

**UNIVERSIDAD NACIONAL “HERMILIO VALDIZAN”**

**ESCUELA DE POSGRADO**



---

**“PROTECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO EN EL DELITO DE  
PECULADO EN LA SALA PENAL LIQUIDADORA DE LA  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO 2012 - 2013”**

---

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE  
MAESTRO EN DERECHO**

**MENCIÓN: CIENCIAS PENALES**

**TESISTA: FRANCISCO, CAMARENA BORROVIC**

**ASESOR: DR. JORGE ERNESTO ROMERO VELA**

**HUÁNUCO – PERÚ  
2015**

## DEDICATORIA

El presente trabajo va dedicado con mucho  
afecto:

A la memoria de mi Madre y mi Padre

A mi hermano Jorge

A mi sobrina Fexi

y a mi sucesión eterna en el cielo

## AGRADECIMIENTO

Mi agradecimiento profundo:

A mi familia, por sus consejos valorados,  
tiempo sacrificado, paciencia y cariño duradero.

A mi gran amigo Ronal Sotomayor Herrera,  
por su amistad, apoyo y dedicación  
admirable a la investigación.

A mis maestros de profesión y de vida quienes con sus  
enseñanzas y sabiduría compartida encaminaron  
mi perseverancia para ser un mejor  
hombre de bien.

A mis demás amigos, cuyo esmero, dedicación,  
logros, mejoras y conversaciones han  
inspirado mi propia exigencia.

## RESUMEN

En el presente trabajo de investigación se tomó como punto de análisis e investigación la protección del bien jurídico en el delito de peculado en la Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, puesto que el delito de peculado sanciona al funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le están confiadas por razón de su cargo. Para atribuir la responsabilidad a una persona por el delito de peculado nuestro ordenamiento no sólo exige que el sujeto activo tenga la condición de funcionario público, sino, además, que ostente un vínculo funcional con los caudales o fondos del Estado.

La vinculación funcional resulta un elemento o núcleo de la tipicidad imprescindible para subsumir una conducta en la figura de peculado, a efectos de no ampliar de manera arbitraria el marco de imputación por autoría. La vinculación funcional cumple una doble misión: en primer lugar, sirve para restringir o limitar el círculo de autores, circunscribiéndolo sólo a aquellos que posean los bienes públicos por razón del cargo, excluyendo de cualquier hipótesis de autoría a los que no gozan de tal relación funcional y; en segundo lugar, ésta exigencia constituye un límite que debe de ser advertido por jueces y fiscales, de lo contrario se atentaría el principio de legalidad, en el ámbito del mando de determinación de las normas punitivas.

El delito de peculado constituye un caso paradigmático de delitos de infracción de deber “positivizado”, en el que las expectativas normativas se encuentran directa y formalmente dirigidas a aquellos sujetos que ocupan un *status* especial y su defraudación reside en el incumplimiento del deber institucional de fomentar el funcionamiento de la administración pública.

En ese sentido, podemos afirmar que las conclusiones, así como las sugerencias realizadas demuestran que el problema planteado merece una atención urgente, la misma que debe pasar por la aplicación de soluciones creativas e innovadoras, sean estas referidas a la política criminal que debe aplicarse a las personas que comenten el delito o estén más relacionadas a las modificaciones legislativas y que inevitablemente sugieren el desarrollo del presente trabajo.

## SUMMARY

This In the present investigation was taken as a point of analysis and research the crime of graft sanctions the civil servant or public servant who appropriates or uses, for yes or for other one, flows or effects which perception, administration or he guards are entrusted to him because of his post. To attribute the responsibility to a person for the crime of graft our classification not only demands that the active subject has the government employee's condition, but, in addition, that shows a functional link with the flows or funds of the State.

The functional entail turns out to be an element or core of the indispensable tipicidad to subplunge a conduct in the figure of graft, to effects of not extending in an arbitrary way the frame of imputation for authorship. The functional entail fulfills a double mission: first, it serves to restrict or to limit the authors' circle, it circumscribing only to those that possess the common goods because of the post, excluding from any hypothesis of authorship to that they do not enjoy such a functional relation and; secondly, this one exigency constitutes a limit that must be warned by judges and district attorneys, otherwise the beginning of legality would be attempted, in the area of the control of determination of the punitive procedure.

Since I annotated, the crime of graft constitutes a paradigmatic case of crimes of infraction of duty "positivizado", in that the normative expectations are direct and formally directed to those subjects that occupy a special status and his cheating resides in the breach of the institutional duty of promoting the functioning of the public administration.

In that sense, we can say that the conclusions and suggestions made show that the problem requires urgent attention, it must go through the application of creative and innovative solutions, whether referring to the criminal policy to be applied to people who commit crime or are more related to legislative changes and inevitably suggest the development of the investigation.

## INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo de investigación se desarrolló lo concerniente a la protección del bien jurídico en el delito de peculado en la Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Huánuco 2012 – 2013, puesto que el delito de peculado constituye un delito especial y de infracción de deber vinculado a instituciones positivizadas. Es un delito especial porque formalmente restringe la órbita de la autoría a sujetos cualificados, pero sustentamos que no sólo se trata de un delito de infracción de deber porque el fundamento de la responsabilidad penal en concepto de autor no radica sólo en el dominio sobre el riesgo típico, sino que reside en el quebrantamiento de un deber asegurado institucionalmente y que afecta sólo al titular de un determinado *status* o rol especial y de incumplimiento del dominio del hecho.

La delimitación que se ha realizado hasta ahora de la figura del administrador de hecho se ha basado principalmente en el dominio efectivo, en ese poder de facto que el sujeto ejerce y que le permite, por tanto, situarse en una posición privilegiada con respecto al bien jurídico protegido y en condiciones necesarias para llevar a cabo las conductas típicas. Considero que este concepto no resulta aplicable a los delitos que, como el peculado, aluden a la infracción de un deber y no al dominio de hecho. Tal como se ha delimitado el delito de peculado, entre el administrador de hecho y los caudales o fondos públicos no existe alguna relación jurídica o vínculo funcional de administración, precisamente porque la función del primero se basa no en un nombramiento formal, sino en un poder de actuación material, por tanto, no le será exigible por



no contemplarlo el ordenamiento jurídico-ese deber de lealtad y fidelidad en el ejercicio de la función pública.

Para el estudio, en su conjunto, se ha establecido el siguiente esquema: En el Capítulo I, se plantea y formula el problema de investigación, las hipótesis y variables, del mismo modo, se considera los objetivos, la justificación, importancia y limitaciones. En el Capítulo II, se desarrolla el Marco Teórico, sobre el que se desenvuelve el fenómeno social investigado. En el Capítulo III, la metodología y las técnicas, técnicas e instrumentos utilizados en la investigación. En el IV Capítulo, se presenta los resultados. En el Capítulo V, se presenta la discusión de los resultados, confrontación con el problema planteado, aporte científico; Finalmente se expone las conclusiones, sugerencias, bibliografía y anexos.

## ÍNDICE

Carátula	i
Dedicatoria	ii
Agradecimiento	iii
Resumen	iv
Summary	vi
Introducción	viii
Índice	x

### CAPÍTULO I

#### PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del problema	1
1.2. Formulación del problema	3
1.3. Objetivos	4
1.3. 1 Objetivo general	4
1.3. 2 Objetivos específicos	4
1.4. Hipótesis	4
1.5. Variables	5
1.6. Justificación e importancia	5
1.7. Viabilidad	6
1.8. Limitaciones	7

### CAPITULO II

#### MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes del estudio	8
2.2. Bases teóricas	10
2.3. Definiciones conceptuales	62

**CAPÍTULO III****MARCO METODOLÓGICO**

<b>3.1.</b> Tipo de investigación y Nivel de Investigación	64
<b>3.2.</b> Método de Investigación	65
<b>3.3.</b> Diseño y esquema de investigación	66
<b>3.4.</b> Población y muestra	66
<b>3.5.</b> Definición operativa de los instrumentos de recolección de datos	67
<b>3.6.</b> Técnicas de recojo, procesamiento y presentación de datos	68
<b>3.7.</b> Procesamiento de datos	69

**CAPÍTULO IV****RESULTADOS**

<b>4.1</b> Análisis e interpretación de los resultados en cuadros y gráficos	70
--	----

**CAPÍTULO V****DISCUSIÓN DE RESULTADOS**

<b>5.1</b> Discusión de resultados	79
<b>5.2</b> Confrontación con el problema planteado	79
<b>5.3</b> Aporte Científico	80
<b>CONCLUSIONES</b>	84
<b>SUGERENCIAS</b>	85
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	86
<b>ANEXOS</b>	90

## **CAPÍTULO I**

### **I. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.**

#### **1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA.**

En el engranaje del Estado, como ente de servicio a la población, no sólo se compone por bienes, sean estos muebles o inmuebles, sino también por personas, que como factor fundamental, hacen de aquellos engranajes el sostén y el motor para su funcionamiento; es por ello, preciso y necesario que dichas personas deban ostentar cierto estatus, entiéndase como cargo, dentro del aparato estatal, con la finalidad, no de mejor condición como persona frente a los demás, sino como aquella que cuenta con los requisitos mínimos para que pueda velar por el bueno estado de los bienes que están a su custodia y por el uso y destino correcto que se le debe dar a cada uno de ellos, siempre respetando los procedimientos regulares que el caso amerite.

Sin embargo, lo antes dicho no se cumple como así se ha determinado, puesto que existe personas que por el cargo que ostentan aprovechan de sus atribuciones y se apropian de manera irregular de los caudales y efectos del Estado.

La presente investigación se basa, teniendo en cuenta la importancia de los otros tipos penales vinculados al delito de peculado, como injusto penal base; comprendiendo que el delito ya descrito se configura cuando el funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otros, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo.

Inicialmente la descripción jurídico-legal del delito de peculado aparentemente es precisa, sin embargo haciendo una evaluación detallada, no sólo de su contenido sino también de su aplicación en los casos concretos que se suscitan en la vida práctica judicial, la visión es distinta, y mucho más es la decisión que los magistrados han tomado para decidir causas similares con pronunciamientos distintos; es por ello que nuestro estudio apunta a determinar cuáles son criterios que se tiene y se puede tomar en cuenta en el devenir próximo para establecer la tipificación del delito de peculado si el bien no le fue confiado al agente.

Teniendo en cuenta lo dicho, la discusión se centra en establecer los efectos en la comisión de este delito si el agente no ostenta la condición de administrador, o por el ejercicio de su cargo los bienes que sirvieron para un provecho o ventaja no estuvieron a su cargo y guarda.

Por todo lo dicho, el presente trabajo va a evaluar y a determinar de qué manera se va configurar un delito si no cumple con las exigencias en su tipicidad, y yendo más allá, haremos un estudio del ámbito de la comisión del delito, determinando la existencia de un dominio del hecho como factor determinante que no excluya la culpabilidad del procesado o, simplemente un cumplimiento de deber como eximente de la responsabilidad penal, ello en amparo y protección del bien jurídico protegido, en este caso, el adecuado y regular ejercicio de la Administración Pública.

## **1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA:**

### **1.2.1. PROBLEMA GENERAL:**

¿En qué medida influye la inadecuada protección del bien jurídico en el delito de peculado si el bien no le fue confiado al agente?

### **1.2.2. PROBLEMAS ESPECÍFICOS:**

- a) ¿ Cuáles son los criterios que determinan la tipificación del delito de peculado si el bien no le fue confiado al agente en la Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Huánuco 2012 - 2013?
- b) En qué medida influyen los criterios de ponderación de los Magistrados de la Corte Superior de Justicia de Huánuco frente a la tipificación del delito de peculado?

**1.3. OBJETIVO GENERAL Y ESPECÍFICOS:****1.3.1. OBJETIVO GENERAL:**

Determinar en qué medida afecta la inadecuada protección del bien jurídico en el delito de peculado si el bien no le fue confiado al agente.

**1.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:**

- a) Determinar los criterios que determinan la tipificación del delito de peculado si el bien no le fue confiado al agente en la Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Huánuco 2012 – 2013
- b) Determinar y analizar en qué medida influyen los criterios de ponderación de los Magistrados de la Corte Superior de Justicia de Huánuco frente a la tipificación del delito de peculado

**1.4. HIPÓTESIS Y/O SISTEMA DE HIPÓTESIS:****1.4.1. HIPÓTESIS GENERAL:**

Si, se determina la inadecuada protección del bien jurídico en el delito de peculado si el bien no le fue confiado al agente, entonces cumpliría su objetivo.

#### **1.4.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS:**

- a) si, se determina que existen criterios que fijan la tipificación del delito de peculado si el bien no le fue confiado al agente en la Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Huánuco 2012 – 2013, entonces sería eficaz
  
- b) Si, se determinan cuáles son los criterios que influyen en la ponderación de los Magistrados de la Corte Superior de Justicia de Huánuco frente a la tipificación del delito de peculado, entonces se protegería el bien jurídico.

#### **1.5. VARIABLES:**

- **VARIABLE INDEPENDIENTE**

Protección del bien jurídico

- **VARIABLE DEPENDIENTE**

Delito de peculado

#### **1.6. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA**

La investigación se justifica y es importante porque permitió aplicar válidamente las normas establecidas en nuestro ordenamiento procesal penal, referente a que existe un gran alejamiento entre los objetivos que tienen las instituciones del Derecho Penal y la realidad



judicial-práctica, por cuanto los operadores del derecho, incumplen los verdaderos objetivos de su uso y aplicación con factor determinante de administrar justicia, y, en gran medida, sólo se limitan a realizar una aplicación formal de la norma sustantiva, sobre el grado de imputación del sujeto activo en la comisión del delito de peculado, cuando el bien no le fue confiado al agente, por el mismo cargo que ostenta.

También, es necesario señalar que el trabajo científico realizado servirá como antecedente para futuros trabajos de investigación.

### **1.7. VIABILIDAD**

El presente trabajo de investigación, es viable, pues no se presentó impedimento alguno en la institución a la que se acudió para su desarrollo, ya que el investigador tiene acceso al Poder Judicial por ser miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Huánuco, Entonces se solicitó el permiso correspondiente para tener acceso a la información, revisión de documentos (Expedientes Penales, archivados y de los procesos en ejecución en la Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Huánuco); asimismo se encontró información bibliográfica, revistas especializadas y páginas de internet relacionadas al tema.

Asimismo porque se contó con la logística suficiente para su desarrollo.

## **1.8. LIMITACIONES**

Es pertinente precisar que las limitaciones de la presente investigación, están relacionados a las restricciones propias del tipo del problema abordado, el cual se da por la poca investigación nacional sobre tema, obligándonos a recurrir a la práctica judicial y doctrina nacional y extranjera para complementar el tema de investigación.

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

#### **2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACION**

El tema planteado como problema es novedoso, por lo que no ha sido posible encontrar investigaciones, tesis elaboradas o libros que hayan abordado exclusivamente el problema materia de la investigación y probablemente no se ha advertido la deficiencia o vacío legal existente, siendo pertinente realizar esta investigación desde sus inicios, a efectos de dar alternativas de solución creativas e innovadoras al problema planteado.

- **ANTECEDENTES HISTORICOS**

Desde los albores de la historia muchos hombres han caído en la tentación del uso de poder por el cargo que ostentaban, sin mediar límites ni consecuencias de su actuar en el futuro o frente a sus hechos o conductas que generaban un perjuicio, y que ahora denominados delitos y faltas; su crecimiento ha generado y genera siempre preocupación en la sociedad, como veremos:

En el Derecho Romano. (Según Ferrini y Mommsen) Ya existía el peculado. No propiamente dicho, de igual forma Martínez de Zamora señala que en Roma se tenía en cuenta el uso indebido de la cosa, que en sí era un criterio de agravación dejado al arbitrio del juez su juzgamiento y decisión, Además señala, “que no había un principio general sobre el peculado como circunstancia propia del perjuicio, y como una norma fija de agravación· MARTÍNEZ DE ZAMORA, Antonio. "La Reincidencia". Para un recorrido general sobre la reincidencia por otras culturas como la india, china, persa, hebrea...vid. Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1971 Págs. 16 y 18 ss.

En el Derecho Canónico. (Según Schiappoli), el derecho canónico no poseyó un concepto general de peculado, ni siquiera un término técnico para identificarlo, lo considero como agravante, este derecho aprecia solamente la específica, pues las fuentes legales canónicas contemplan la recaída en el mismo delito y no en otro análogo.

En el Derecho Francés. (Según Pessina), la conversión del peculado por obra del Código Francés de 1810 en causa agravante del delito en general.

En el Derecho Histórico Español. Se desconoce el peculado en su origen como circunstancia agravante genérica. Tradicionalmente tan solo se consideraba el peculado al uso indebido de un bien ajeno,

principalmente los patrimoniales (V. ASUA BATARRITA, Adela "La Reincidencia: su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los códigos penales españoles del siglo XIX" Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1082. En España en el Código Penal de 1822. Posteriormente, los códigos de 1848, 1850, 1870, 1944 y 1973 recogen también esta institución)

En el Derecho Visigodo y en el Derecho Alto y Bajo Medieval. Se observa la misma tendencia del Derecho Histórico (MARTINEZ DE ZAMORA recoge numerosos ejemplos en las distintas leyes medievales (p. 20 a 23).

En el Derecho Peruano. En nuestra legislación nacional se observa que se consideraba como un delito base y por extensión, siendo sus circunstancias comisivas distintas pero no ajenas tal como estaba establecido en el Código Penal primigenio.

## **2.2. BASES TEÓRICAS**

La presente investigación se desarrolló dentro del ámbito del Derecho Penal y Derecho Procesal Penal. Consiguientemente, utilizaremos las categorías e instrumentos conceptuales de esta disciplina jurídica, tales como:

### **2.2.1. Conceptualización del Derecho Penal, sus ramas y sus Disciplinas auxiliares**

El derecho penal es la rama del derecho público interno relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que

tiene por objetivo inmediato la creación y la conservación del orden social.

Como disciplina científica es el conjunto sistemático de principios relativos al delito, a la pena y a las medidas de seguridad.

Mientras el derecho punitivo es conjunto de normas, la ciencia del derecho penal integrase por principios cuyo objeto es el estudio de las normas positivas y fijar la naturaleza del delito, las bases, la naturaleza y los alcances de las responsabilidad y de la peligrosidad, así como la naturaleza, la adecuación y los límites de la respuesta respectiva por parte del Estado.

### **2.2.2. Teoría del Delito**

La acción consiste en actuar o hacer, es un hecho positivo, el cual implica que el agente lleva a cabo uno o varios movimientos corporales y comete la infracción a la ley por sí o por medio de instrumentos, animales, mecanismos o personas.

- a) Voluntad:** Es el querer, por parte del sujeto activo, de cometer el delito. Es propiamente la intención.
- b) Actividad:** Consiste en el hacer o actuar. Es el hecho positivo o movimiento corporal humano encaminado a producir el ilícito.

- c) **Resultado:** Es la consecuencia de la conducta; el fin deseado por el agente y previsto en la ley penal.
- d) **Nexo de causalidad:** Es el ligamento o nexo que une a la conducta con el resultado, el cual debe ser material. Dicho nexo es lo que une a la causa con el efecto, sin el cual este último no puede atribuirse la causa.
- e) **Sujeto activo** es la persona física que comete el Delito, llamado también; delincuente, agente o criminal. Será siempre una persona física, independientemente del sexo, edad, (La minoría de edad da lugar a la inimputabilidad), nacionalidad y otras características. Cada tipo (descripción legal de un delito) señala las calidades o caracteres especiales que se requieren para ser sujeto activo.
- f) **Sujeto pasivo** es la persona física o moral sobre quien recae el daño o peligro causado por la conducta realizada por el delincuente. Se le llama también víctima u ofendido, en cuyo caso una persona jurídica puede ser sujeto pasivo de un delito, (patrimoniales y contra la nación). Estrictamente el ofendido es quien de manera indirecta reciente el delito: Ejemplo: Los familiares del occiso.

En principio cualquier persona puede ser sujeto pasivo; sin embargo, dadas las características de cada delito, en algunos casos el propio tipo señala quien puede serlo y en qué

circunstancias: como el aborto, solo el producto de la concepción en cualquier momento de la preñez puede ser sujeto pasivo.

- g) Sujeto pasivo de la conducta** es la persona que de manera directa recibe la acción por parte del sujeto activo, pero la afectación, en sentido estricto, la recibe el titular del bien jurídico tutelado.
- h) Sujeto pasivo del delito** es el titular del bien jurídico tutelado que resulta afectado.
- i) Objeto material** es persona o cosa sobre la cual recae directamente el daño causado por el delito cometido o el peligro en que se colocó a dicha persona o cosa.

Cuando se trata de una persona, esta se identifica con el sujeto pasivo y el objeto material, por tanto, la persona puede ser física o jurídica.: por Ej. el homicidio, lesiones y difamación.

En estos delitos, el objeto material, que es la persona afectada, coincide con el sujeto pasivo del delito.

Cuando el daño recae directamente en una cosa, el objeto material será la cosa afectada. Así, según la disposición penal, puede tratarse de un bien mueble o inmueble, derechos, aguas, etc. Por Ejemplo: En el robo, la cosa mueble



ajena es el objeto material; en el despojo lo son el inmueble, las aguas o los derechos reales; y en el daño o propiedad ajena lo son los muebles o los inmuebles, indistintamente.

**j) El objeto jurídico del delito** es el interés jurídicamente tutelado por la ley.

El derecho penal, en cada figura típica (delito), tutela determinados bienes que considera dignos de ser protegidos.

Al derecho le interesa tutelar la vida de las personas; así, el legislador crea los delitos de homicidio, aborto y participación en el suicidio, homicidios en razón del parentesco o relación con lo cual pretende proteger la vida humana.

Todo delito tiene un bien jurídicamente protegido. En razón a esto, el CP clasifica los delitos en orden al objeto jurídico (bien jurídico tutelado). Cada título del CP agrupa a los delitos, atendiendo el bien jurídico tutelado.

**k) Diferenciar entre objeto material y objeto jurídico del delito**

Según la forma de la conducta del agente o según la manifestación de la voluntad, los delitos pueden ser de acción y de omisión.

- **Los de acción** se cometen mediante un comportamiento positivo; en ellos se viola una ley prohibitiva. Eusebio Gómez afirma que son aquellos en los cuales las condiciones de donde deriva su resultado, reconocen como causa determinante un hecho positivo del sujeto.
  
  - **En los delitos de omisión** el objeto prohibido es una abstención del agente, consiste en la no ejecución de algo ordenado por la ley. Para Eusebio Gómez, en los delitos de omisión, las condiciones de que deriva su resultado reconocen, como causa determinante, la falta de observancia de parte del sujeto de un precepto obligatorio. Los delitos de omisión violan una ley dispositiva, en tanto los de acción infringen una prohibitiva.
- I) Los delitos de omisión se dividen en: Simple omisión y de comisión por omisión, también llamados delitos de omisión impropia.**
- **Los de simple omisión o de omisión propiamente dichos**, consisten en la falta de una actividad jurídicamente ordenada, con

independencia del resultado material que produzcan; es decir, se sancionan por la omisión misma. Ej.: Auxiliar a las autoridades para la averiguación de delitos y persecuciones de los delincuentes.

- **Los delitos de comisión por omisión o impropios delitos de omisión**, son aquellos en los que el agente decide actuar y por esa inacción se produce el resultado material. Para Cuello Calon, consisten los falsos delitos de omisión en la aparición de un resultado delictivo de carácter positivo, por inactividad, fórmula que se concreta en la producción de un cambio en el mundo exterior mediante la omisión de algo que el derecho ordenaba hacer. Ej.: La madre que, con deliberado propósito de dar muerte a su hijo recién nacido, no lo amamanta, produciéndose el resultado letal. La madre no ejecuta acto alguno, antes bien, deja de realizar lo debido.
  
- **En los delitos de simple omisión**, hay una violación jurídica y un resultado puramente formal. Mientras en los de comisión por omisión, además de la violación jurídica se produce un

resultado material. En los primeros se viola una ley dispositiva; en los de comisión por omisión se infringen una dispositiva y una prohibitiva.

**m) Por los resultados se clasifican en formales o delitos de simple actividad o acción y materiales, o delitos de resultado o de resultado material.**

- **Los delitos formales o de simple actividad o acción** son aquellos en los que se agota el tipo penal en movimiento corporal o en la omisión del agente, no siendo necesario para su integración que se produzca alguna alteración en la estructura o funcionamiento del objeto material. Son delitos de mera conducta; se sanciona la acción (u omisión) en sí misma. Los autores ejemplifican el delito formal con el falso testimonio, la portación de arma prohibida, y la posesión ilícita de enervantes.
- **Los delitos materiales** son aquellos en los cuales para su integración se requiere la destrucción o alteración de la estructura o del funcionamiento del objeto material (homicidio, daño en propiedad ajena).

n) **Por la lesión que causan con relación al efecto resentido por la víctima, o sea en razón del bien jurídico, los delitos se dividen en delitos de daño y peligro.**

➤ **Los de daño, consumados** causan un daño directo y efectivo en interés jurídicamente protegidos por la norma penal violada, como el homicidio, el fraude, etc.

➤ **Los de peligro** no causan un daño directo a tales intereses, pero los ponen en peligro, como el abandono de personas o la omisión de auxilio. El peligro es la situación en que se colocan los bienes jurídicos, de la cual deriva la posibilidad de causación de un daño.

o) **Por su duración los delitos se dividen en instantáneos, instantáneos con efectos permanentes, continuados y permanentes.**

➤ **Instantáneo:** La acción que lo consuma se perfecciona en un solo momento. El carácter de instantáneo-Soler-no se lo dan a un delito los efectos que la causa sino la naturaleza de la

acción a la que la ley acuerda el carácter de consumatoria, puede realizarse mediante una acción compuesta de varios actos o movimientos.

- **Para la calificación** se atiende a la unidad de la acción, si con ella se consuma el delito no importando que a su vez, esa acción se descomponga en actividades múltiples; el momento consumativo expresado en la ley da la nota al delito instantáneo. Existe una acción y una lesión jurídica. El evento consumativo típico se produce en un solo instante, como el homicidio y el robo.

### **2.2.3. La Conducta como elemento del Delito**

Dentro del ámbito jurídico penal la conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo, y es el primer elemento para que exista el delito. A veces un acto o conducta involuntaria puede tener en el derecho penal, responsabilidad culposa predeterminada.

#### **a) La teoría de la acción finalista**

La acción es un acto humano determinante de una modificación del mundo exterior tomada en cuenta por el

legislador para describirla y sancionarla con una pena y debe cumplir de ciertas condiciones.

**En primer término**, que sea producto de la voluntad humana, sin que, todavía haya de atenderse al contenido de esa voluntad. Lo importante para la teoría de la acción se trate de un acto, cualquiera que sea su contenido, originado en el libre albedrío del sujeto, una manifestación de su voluntad consciente y espontánea. Para que se basta que el sujeto quiera su propio obrar.

Se excluye del delito cuando se ejerce sobre el sujeto activo directo y aparenta una violencia insoportable o este se encuentra inmerso en la inconsciencia o el completo sopor.

Además la manifestación de voluntad debe exteriorizarse, ya sean actos positivos o negativos, si no es irrelevante para el Derecho Penal. En consecuencia, el concepto de acción es predicable tanto para los delitos formales como de los materiales.

**En segundo término**, la acción ha de producir un resultado en el mundo exterior, ya que lo que no trasciende puede entrar en el ámbito de la ética, pero

nunca en el del derecho. No obstante, el resultado no tiene por qué conducir siempre a una mutación material para que la acción se dé.

**En tercer término,** ha de existir una relación de causalidad entre esa manifestación de la voluntad del sujeto y el resultado. La caracterización de este elemento ha dado lugar a diversas concepciones de la acción (Teorías casualistas, noción finalista, doctrina social de la acción). En nuestra doctrina es Ecléctica.

**b) Papel y significado de la acción.**

El resultado debe tener como causa un hacer de la gente, una conducta positiva. Es el nexo que existe entre un elemento de hecho (conducta y una consecuencia de la misma conducta: resultado.

**c) Equivalencia de las condiciones.**

Se conoce como teoría de la *conditio sine qua non*, la cual señala que todas las condiciones (conductas) productoras del resultado son equivalentes y, por tanto, causa de este.



**d) Ultima condición.**

También se le llama de la causa próxima o inmediata, considera que de todas las causas, la más cercana al resultado es la que lo origina.

**e) Condición más eficaz.**

Según esta teoría, la causa del resultado será la que tenga eficacia preponderante.

**f) Adecuación.**

También llamada de la causalidad adecuada, consiste en afirmar que la causa del resultado será la más adecuada o idónea para producirlo.

**2.2.4. La tipicidad como elemento del Delito y su ausencia**

**a) El Tipo:** Es la figura abstracta e hipotética contenida en la ley, que se manifiesta en la simple descripción de una conducta o de un hecho y sus circunstancias. Es la descripción legal de un delito. La figura delictiva creada por el Estado a través de una norma jurídica o ley, la descripción del comportamiento antijurídico.

**b) La Tipicidad:** Es la adecuación de la conducta al tipo, es el encuadramiento de una conducta con la

descripción hecha en la ley, la coincidencia del comportamiento con el escrito del legislador, es en suma la adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa.

### c) Elementos del Delito:

- **Acción:** son aquellos en los cuales se requiere de un comportamiento positivo. En ellos se viola una ley prohibitiva. Ej. Robo por apoderamiento.
  
- **Omisión:** Consiste en la no ejecución de algo ordenado por la ley, el delito se da cuando se observa el resultado causado por la inobservancia de un precepto obligatorio. A su vez la omisión se divide en simple y omisión por comisión.
  
- **Omisión Simple:** Consiste en no hacer lo que la ley prohíbe, sin que se produzca un resultado material si no formal. Ej. Portación de armas prohibidas.
  
- **Omisión por Comisión:** Consiste en no hacer una actividad pero que tiene como resultado un daño o una afectación al bien jurídico. Ej. Privar la vida a alguien por no administrar un medicamento.

- **Acción u omisión, Propia e Impropia:** Cuando no se daña el bien jurídico, si no únicamente lo pone en peligro, la ley castiga por el riesgo en que se colocó dicho bien y puede ser:
  - **Efectivo:** Cuando el riesgo es mayor o existe más probabilidad de causar daño. Ej. Disparo de arma de fuego.
  - **Presunto:** Cuando el riesgo de afectar el bien es menor. Ej. Abandono del cónyuge e hijos.

#### 2.2.5. El Dolo

Consiste en el actuar consciente y voluntario dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico.

##### a) Tipos de Dolo

- **Dolo Directo:** El resultado coincide con el propósito del agente. En este tipo de dolo se logra lo que se intenta.
- **Dolo Indirecto:** El agente se propone un fin y sabe que seguramente surgirán otros resultados delictivos. En este tipo de dolo se logra el fin que se

persigue, pero aparejado con este se presentan otros resultados que afectaran a personas o bienes independientes de al que primariamente se quiere dañar.

- **Dolo Intermedio:** Intención genérica de delinquir, sin proponerse un resultado delictivo en especial.
- **Dolo Eventual:** Se desea un resultado delictivo, previéndose la posibilidad de que surjan otros no queridos directamente.

#### **b) Elementos del Dolo:**

- **Elemento Ético:** Está constituido por la conciencia de que se quebrantó el deber.
- **Elemento volitivo o Psicológico:** Consiste en la voluntad de realizar el acto.

#### **2.2.6. La Culpa**

- a) La Culpa Consciente:** Se presenta cuando el sujeto activo prevé como posible la presentación de un resultado típico, el cual no solo no lo quiere, sino que espera que no ocurra.

**b) La culpa inconsciente:** Se presenta cuando la gente no prevé la posibilidad de que se presente el resultado típico, a pesar de que debió de haberlo previsto.

Los delitos culposos encuentran el fundamento para su Punibilidad en la obligación que impone el derecho al agente de actuar observando todas las precauciones necesarias para la conservación del orden jurídico, le impide alterar o resquebrajar dicho orden.

#### **2.2.7. La antijuricidad como elemento del delito y las causas de justificación**

La Antijuricidad es la contradicción al Derecho. En el ámbito penal precisamente radica en contrariar lo establecido a la norma jurídica. Los Elementos esenciales del delito deben estar presentes para que el mismo se configure; la Antijuricidad, hace imposible la integración del delito.

**a) La Antijuricidad es objetiva** y existe cuando una conducta o un hecho violan una norma penal simple y llanamente, sin requerirse del elemento subjetivo, la culpabilidad. Se ocupa de exteriorización de la acción, se refiere al hecho.

**b) La Antijuricidad es subjetiva**, cuando un sujeto activo que tenga conocimiento que está realizando una conducta ilícita por cualquier circunstancia. Ej. En el robo, el activo sabe que se apodera de algo que no le pertenece.

#### **2.2.8. Iter Criminis**

##### **a) Desarrollo del Delito (Iter Criminis)**

El Delito tiene un desarrollo, generalmente, cuando se produce ha pasado por diversas fases o etapas, cuya importancia radica en la Punibilidad, que podrá variar o, en definitiva, no existir. Dicho desarrollo, camino o vida del delito se conoce como *Iter Criminis*.

##### **b) Fases del Iter Criminis**

Antes de producirse el resultado, en el sujeto activo surge la idea o concepción del delito. Se ha puntualizado que la ley castiga la intención solo cuando se exterioriza de forma objetiva en el mundo externo. Sin embargo no es necesario conocer ese recorrido del delito, aun esa fase interna, para comprenderlo mejor. El *iter criminis* consta de dos fases:

- **Fase interna:** Se constituye por el proceso interior que ocurre en la mente del sujeto activo y

abarca, a su vez, las etapas siguientes: Ideación, Deliberación y Resolución.

- **Error accidental:** Cuando recae sobre circunstancias accesorias y secundarias del hecho.
- **Ideación:** Es el origen de la idea criminal, o sea cuando la concepción intelectual de cometer el delito surge por primera vez en la mente del delincuente.
- **Deliberación:** La idea surgida se rechaza o se acepta. El sujeto piensa en ella, de modo que concibe las situaciones favorables y desfavorables. Así, en el interior del sujeto, surge una pugna entre valores distintos.

La fase interna tiene más importancia para la criminología que para el derecho penal, el cual no sanciona esta fase.

- **Fase Externa:** Surge al terminar la resolución y consta de tres etapas: Manifestación, Preparación y Ejecución o Resolución.

- **Manifestación:** La idea aparece en el exterior, es decir, la idea criminal emerge del interior del individuo. Esta fase no tiene todavía trascendencia jurídica, ya que solo se manifiesta la voluntad de delinquir, pero mientras no se cometa el ilícito, no se puede castigar al sujeto.
- **Preparación:** Se forma por los actos que realiza el sujeto con el propósito directo de cometer el delito, es decir, actos preparatorios que por sí solos pueden no ser antijurídicos y, en consecuencia, no revelaran la intención delictuosa, a menos que por sí solos constituyan delitos.
- **Resolución:** El sujeto decide cometer el delito, o sea, afirma su propósito de delinquir, o bien rechaza la idea definitivamente

#### 2.2.9. La Tentativa

La tentativa es un grado de ejecución que queda incompleta por causas no propias del agente y, puesto que no denota la intención delictuosa, se castiga.



La tentativa es punible cuando, usando medios eficaces e idóneos, se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere.

#### **a) Tipos de tentativa**

- **Tentativa Acabada:** También se llama delito frustrado y consiste en que el sujeto activo realiza todos los actos encaminados a producir el resultado, sin que este surja por causas ajenas a su voluntad.
  
- **Tentativa Inacabada:** Conocida igualmente como delito intentado, consiste en que el sujeto deja de realizar algún acto que era necesario para producir el resultado, por lo cual este no ocurre. Se dice que hay una ejecución incompleta.

No todos los delitos admiten la posibilidad de que se presente la tentativa, como por Ej. El abandono de personas. Otras figuras relacionadas con el

tema son el desistimiento, el delito imposible y el delito putativo.

- **Desistimiento:** Cuando el sujeto activo suspende espontáneamente los actos tendientes a cometer el delito o impide su consumación, no se le castiga.
- **Delito imposible:** El agente realiza actos encaminados a producir el delito, pero este no surge por no existir el bien jurídico tutelado, por no ocurrir el presupuesto básico indispensable o por falta de idoneidad de los medios empleados, por Ej. Quien quiere matar a X y dispara pero ya estaba muerto.
- **Delito Putativo:** También llamado delito imaginario, consiste en actos tendientes a cometer lo que el activo cree que es un delito, pero en realidad no lo es.

#### 2.2.10. Teoría de la Pena

El principal medio de que dispone el Estado como reacción frente al delito es la pena en el sentido de "*restricción de derechos del responsable*". El orden jurídico prevé además

las denominadas "*medidas de seguridad*" destinadas a paliar situaciones respecto de las cuales el uso de las penas no resulta plausible. De manera que el sistema de reacciones penales se integra con dos clases de instrumentos; penas y medidas de seguridad. Desde la antigüedad se discuten acerca del fin de la pena fundamentalmente tres concepciones que en sus más variadas combinaciones continúan hoy caracterizando la discusión, así, para explicar estos remedios incluidos en la legislación penal se ofrecen estas diversas teorías que parten de puntos de vista retributivos o preventivos, puros o mixtos que se encargan de fundamentar de diverso modo y de explicar los presupuestos que condicionan el ejercicio del "*ius puniendi*" y la finalidad perseguida por el Estado con la incriminación penal.

#### **a) Teorías Absolutas de la Pena**

Son aquellas que sostienen que la pena halla su justificación en sí misma, sin que pueda ser considerada como un medio para fines ulteriores.

"*Absoluta*" porque en ésta teoría el sentido de la pena es independiente de su efecto social, se "*suelta*" de él.

El primer punto de vista es:

➤ **La Teoría de la Justa Retribución**

Desarrollada por Kant, para quien la pena "*debe ser*" aun cuando el estado y la sociedad ya no existan, y Hegel cuya fundamentación de la pena pública, fue la base que permitió la sistematización de la teoría del delito, (elaborada a partir de la teoría de las normas de Binding) concibe al delito como al negación del derecho, y a la pena, como al negación de la negación, como anulación del delito, como restablecimiento del derecho, entiende que la superación del delito es el castigo. En coincidencia con Kant, tampoco Hegel reconoce finalidades de prevención, como el mejoramiento y la intimidación, como fines de la pena. Esta construcción gravitó decisivamente en relación a la ulterior evolución del Derecho penal y, debido a que no existen aun alternativas consolidadas, actualmente conservan relativa vigencia. En la jurisprudencia la teoría de la retribución ha tenido un importante papel hasta hace poco tiempo.

Esta concepción recibe su característica de "*absoluta*" debido a que ve el sentido de la pena no en la prosecución de alguna finalidad social útil, sino que sostiene que dicho sentido radica en que

la culpabilidad del autor sea compensada mediante la imposición de un mal penal, o sea que agota todo el fin de la pena en la retribución misma, explicada por Kant como un imperativo categórico emergente de la idea de justicia y fundamentada dialécticamente por Hegel como la negación de la negación del Derecho. Así, niega una concepción del castigo que se fundamente en razones de utilidad social que ilícitamente convierta al hombre en un "*medio*" instrumental en beneficio de la sociedad ya que tanto para Binding como para todos los defensores de la teoría de la retribución, las concepciones preventivas resultan incompatibles con la dignidad humana porque sólo cabe motivar con el castigo a los animales, respecto de los seres humanos la única motivación admisible es la que surge de la propia norma, concebida como una orden-no matarás-que precede a la descripción legal-al que matare a otro se le impondrá una pena de, cuya existencia es independiente de la sanción.

El mal de la pena está justificado por el mal del delito, es concebida como un mal que debe sufrir el delincuente para compensar el mal causado con su

comportamiento, pensamiento que reconoce como antecedente la Ley del Tali3n. Ella niega o aniquila al delito, restableciendo el derecho lesionado, ha de imponerse por el delito aunque resulte innecesaria para el bien de la sociedad, aunque no se logre un efecto intimidatorio ni exista riesgo alguno de reincidencia debe igualmente aplicarse. Esto no significa que las teorías retribucionistas no asignen funci3n alguna a la pena: por una u otra vía le atribuyen la funci3n de realizaci3n de justicia. La opini3n m3s generalizada afirma que la pena presupone la reprochabilidad del comportamiento sometido a ella y expresa esa reprochabilidad. Es concebida por 3sta teoría como reacci3n por lo sucedido y desvinculada del porvenir ya que su fin es reparar el delito y no evitar delitos futuros. Esto explica la s3lida interconexi3n establecida entre las teorías del delito y la pena:

- El fin de la pena es restablecer el orden alterado por el delito.
- El delito, condici3n de la pena, exige la realizaci3n de un comportamiento contrario a la

norma, más, la existencia de culpabilidad en el autor del mismo.

- El sistema se basa en el libre albedrío siendo culpable aquél sujeto que pudiendo motivarse en el respeto de la norma optó por la opción contraria y delinquirió. El haberse mantenido al margen de las exigencias que le plantaba el orden jurídico, no obstante haber podido ajustarse a ellas (el haber podido obrar de otro modo) es el criterio generalmente aceptado sobre el cual se fundamenta el juicio de culpabilidad.
- La medida de la pena depende de la gravedad del hecho realizado y el grado de culpabilidad del autor, estableciéndose así un criterio de proporcionalidad entre el delito y la pena.

### **b) Teorías Relativas de la Pena**

Las teorías preventivas renuncian a ofrecer fundamentos éticos a la pena, ella será entendida como un medio para la obtención de ulteriores objetivos, como un instrumento de motivación, un remedio para impedir el delito. Para explicar su utilidad, en relación a

la prevención de la criminalidad, se busca apoyo científico.

➤ **Teorías de la Prevención Especial:**

Desarrollada por diversas corrientes de pensamiento penal, como la escuela alemana de Liszt, el positivismo criminológico italiano, el correccionalismo y la escuela de la defensa social. Aunque cada una de ellas presente matices, resulta factible enunciar sus principales formulaciones. Es la posición extrema contraria a la teoría de la retribución.

Según éste punto de vista preventivo-especial, el fin de la pena es disuadir al autor de futuros hechos punibles, es decir, evitar las reincidencias (versión moderna de la teoría) y sólo es indispensable aquella pena que se necesite para lograrlo, se procurará readaptar al autor mediante tratamientos de resocialización. Así, la necesidad de prevención especial es la que legitima la pena, según Von Liszt; *"sólo la pena necesaria es justa"*. Se habla de *"relativa"* porque su finalidad está referida a la *"evitación del delito"*.



La prevención especial no quiere retribuir el hecho pasado, no mira el pasado, sino que ve la justificación de la pena en que debe prevenir nuevos delitos del autor. Esta concepción, influenciada por el determinismo, no admite la libertad de voluntad, niega que la culpabilidad pueda ser fundamento y medida de la pena.

Von Liszt se dedicó a clasificar delincuentes considerando que la eficacia de la incriminación exige que ella se adapte a cada sujeto, procurando corregir, intimidar o inocuizar, según la personalidad de cada individuo sobre el que la pena deba cumplir su función preventiva, de modo que para dicho autor la prevención especial actúa de tres maneras:

- a. Corrigiendo al corregible: resocialización.
- b. Intimidando al intimidable.
- c. Haciendo inofensivos a quienes no son corregibles ni intimidables.

La necesidad de la pena es la que fundamenta en esta teoría de la imposición.

Pese a que existen razones para considerarlo concepción dominante, éste punto de vista también es vulnerable. Algunas objeciones a la teoría de la prevención especial: En cuanto al fundamento y límites del "*ius puniendi*".

- El ideal de corrección explica el fin que persigue la pena pero no contiene ninguna justificación del "*ius puniendi*".
- No sirve para fundamentar la conminación de penas, sino en todo caso, para fundamentar la aplicación y ejecución de penas.
- No posibilitan una delimitación del "*ius puniendi*" en cuanto a su contenido.
- Pueden crear el riesgo de fundamentar el Derecho Penal contra los inadaptados-enemigos políticos-o los asociales-mendigos, vagabundos, prostitutas, etc.

Resulta válido cuestionar el derecho del Estado a someter a tratamiento contra su voluntad a una persona, especialmente si es adulta, porque puede

traducirse en una manipulación de la personalidad para obligarla a dejar de ser lo que quiere. La imposición coactiva de un proceso de resocialización entra en contradicción con la idea de un estado de derecho que exige pluralismo.

Así, el fin de resocialización será de tan poca precisión que podría ampliar incontroladamente el poder del Estado en el campo del Derecho Penal. Incluso debería perseguirse un tratamiento hasta que se dé la definitiva corrección, aún a riesgo de que la duración sea indefinida.

### **Imposibilidad de Determinar la Necesidad de la Pena:**

En la mayoría de los casos, nuestros conocimientos empíricos no bastan para delimitar la necesidad de la pena, lo que resulta extensivo a lo relativo a naturaleza y quantum de la pena. En aquellos supuestos en que resulte posible determinar la falta de necesidad de prevención especial la única conclusión viable sería la impunidad, o sea:

- Delincuentes primarios y ocasionales: Porque no manifiestan peligro de volver a delinquir.
  
- Delitos graves: en ciertos casos no hay peligro de repetición.
  
- Delitos cometidos en situaciones excepcionales: porque casi con seguridad no se volverán a repetir.
  
- Delincuentes habituales: a veces no hay posibilidad de resocializarlos.
  
- Delincuentes por convicción: se dificulta la resocialización debido a que para que la misma resulte viable es indispensable la colaboración del delincuente y no cabe su imposición coactiva, no podría aplicársele por la fuerza.

En el ámbito de individualización de la pena, surgen nuevas objeciones por la imposibilidad de predecir los efectos del tratamiento (si la pena se prolonga hasta que el tratamiento tenga éxito, el condenado queda a merced de la intervención estatal).

**Ilegitimidad de la Resocialización Coactiva:**

El Estado o la sociedad no tienen derecho alguno que les permita readaptar a según las reglas socialmente impuestas, en forma coactiva, al autor de un delito determinado.

No se puede, además, agotar el sentido de la pena en la readaptación social del condenado y el propósito de evitar la reincidencia. La razón por la cual la teoría de la prevención especial quedó detenida en su evolución, no logrando superar las críticas apuntadas, se relacionan con su prematuro abandono de los conocimientos de las ciencias sociales y de la investigación empírica para construir las categorías de autor que debían servir de base al sistema.

**➤ Teorías de la Prevención General:**

Tiene origen científico en Feuerbach, concibe a la pena como una amenaza que por medio de las leyes se dirige a toda la colectividad con el fin de limitar al peligro derivado de la delincuencia latente en su seno. Esta coacción formulada en abstracto se concretiza en la sentencia, cuando el juez

refuerza la prevención general al condenar al autor debido a que por éste acto está anunciando a los demás lo que les ocurrirá si realizan idéntica conducta (por eso, la lógica de éste criterio exige que las penas sean cumplidas, de lo contrario, el fin intimidatorio se ve afectado). Así, en su formulación pura, estas concepciones no se fijan en los efectos que la pena puede surtir sobre el autor mismo, de manera que, "*prevención general*", significa también evitación de los delitos mediante la producción de efectos sobre la generalidad.

Estas teorías suelen ser identificadas con el aspecto intimidatorio de las penas ya que su justificación estará dada por su fin de evitar la comisión de hechos punibles respecto de sus potenciales autores. La prevención general actúa no sólo con la conminación general de penas, sino que adquiere mayor efectividad con su imposición y ejecución. La conminación penal debe intimidar y la ejecución penal debe confirmar la seriedad de la amenaza. Según Fouerbach; La ejecución de la pena tiene lugar "*para que la amenaza de la ley sea una verdadera amenaza*".

Esta teoría parece presentar la ventaja de no tener que recurrir al criterio clásico de la culpabilidad sino al de motivabilidad del autor. Así, el tipo penal consiste en la descripción de la conducta prohibida y su fin es motivar (mediante la amenaza con una pena) para que esa conducta no se realice.

- **Teoría de la Prevención General Positiva:**

La prevención general puede ser entendida de un modo diverso al precedentemente expuesto. Por una parte, puede manifestarse por la vía de la intimidación a los posibles delincuentes (prevención general negativa), y, por la otra, como preavalecimiento o afirmación del derecho a los ojos de la colectividad. Así se adjudica a la pena ya un fin de conservación del orden, o de conservación del derecho, o para fortalecer la pretensión de validez de las normas jurídicas en la conciencia de la generalidad, o bien reforzar las costumbres sociales y la fidelidad al derecho o como afirmación de la conciencia social de la norma.

### c) Teorías Mixtas o de la Unión

La polémica entre teorías absolutas y relativas de la pena evidencia que existe más de un fin de la pena ya que ninguna de las mencionadas concepciones agota el fundamento para su explicación. De allí se derivan teorías de la unión que procuran articular una síntesis entre las doctrinas en pugna. Parten del supuesto realista de que no es posible adoptar una fundamentación desde las formas puras precedentemente señaladas porque ellas ofrecen varios flancos a la crítica. Surgen así teorías pluridimensionales de la pena que suponen una combinación de fines preventivos y retributivos e intentan configurar un sistema que recoja los efectos más positivos de cada una de las concepciones puras hasta aquí analizadas.

Los intentos para presentar una fundamentación coherente de la pena, que contemple al mismo tiempo las teorías absolutas y las relativas, son variados. Además, éstas "*teorías de la unión*" son dominantes en el Derecho penal contemporáneo. Algunos autores señalan que su existencia pone en evidencia una crisis cuya manifestación más evidente es la ausencia de respuestas doctrinarias y legislativas armónicas para



justificar el "*ius puniendi*" estatal, "*con todas las consecuencias de inseguridad que de allí se derivan*".

Comúnmente las teorías mixtas le asignan al Derecho Penal la función de protección a la sociedad, sin embargo, tal función no reviste iguales características en todas las teorías. Pueden reconocerse dos grupos de fundamentaciones:

- Aquellas que postulan que la protección de la sociedad ha de basarse en la retribución justa y que los fines de la prevención sólo juegan un papel complementario dentro del marco de la retribución.
- Las que sostienen que fundamento de la pena es la defensa de la sociedad, y a la retribución corresponde únicamente la función de límite máximo de las exigencias de la prevención, impidiendo que conduzcan a una pena superior a la merecida por el hecho cometido.

En ambos casos, la protección de la sociedad es entendida en el sentido de protección de bienes jurídicos y las conminaciones penales se justifican sólo, y siempre, por la necesidad de protección de bienes jurídicos.

En algunos exponentes de estas teorías mixtas, la prevención general se presenta como la forma concreta de protección de bienes jurídicos en virtud de que el fin de protección de bienes jurídicos, por sí solo, no legitima la pena.

Se sostiene que el criterio unificador se concreta en la afirmación de que cada concepción tiene influencia diversa según el momento en que se la considere. De modo que el criterio preventivo general es el que más gravita a nivel legislativo, es decir cuando se sanciona la norma que prevé sanción para todo aquel que realice determinado comportamiento. Los puntos de vista retributivos pasarían a primer plano durante el proceso y especialmente en la individualización judicial de la pena, ya que la sentencia debe establecerse considerando preferentemente la gravedad del hecho cometido y la culpabilidad del autor.

Pasarían a segundo plano consideraciones preventivas especiales vinculadas a la personalidad del autor u al pronóstico de reincidencia, limitándose la influencia de la prevención general a una función residual, relacionada con evitar la imposición de una pena tan

reducida que suponga efectos contraproducentes para el control social.

La teoría de más incidencia durante la ejecución sería la prevención especial en su versión moderna, debido a que el sistema penitenciario debe orientarse al logro de la readaptación social del condenado.

En resumen: la teoría de la pena aquí sostenida puede ser resumida de la siguiente manera; la pena sirve a finalidades de prevención especial y general. Es limitada en su monto mediante la medida de la culpabilidad, pero puede no alcanzar esta medida, en tanto esto sea necesario para las necesidades de prevención especial y no se opongan a ello requisitos mínimos de prevención general.

#### **2.2.11. El Delito de Peculado**

El delito de peculado sanciona al funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le están confiadas por razón de su cargo. Para atribuir la responsabilidad a una persona por el delito de peculado nuestro ordenamiento no sólo exige que el sujeto activo tenga la condición de funcionario público, sino,

además, que ostente un vínculo funcional con los caudales o fondos del Estado.

La vinculación funcional resulta un elemento o núcleo de la tipicidad imprescindible para subsumir una conducta en la figura de peculado, a efectos de no ampliar de manera arbitraria el marco de imputación por autoría. La vinculación funcional cumple una doble misión: en primer lugar, sirve para restringir o limitar el círculo de autores, circunscribiéndolo sólo a aquellos que posean los bienes públicos por razón del cargo, excluyendo de cualquier hipótesis de autoría a los que no gozan de tal relación funcional y; en segundo lugar, ésta exigencia constituye un límite que debe de ser advertido por jueces y fiscales, de lo contrario se atentaría el principio de legalidad, en el ámbito del mando de determinación de las normas punitivas.

El delito de peculado constituye un delito especial y de infracción de deber vinculado a instituciones positivizadas. Es un delito especial porque formalmente restringe la órbita de la autoría a sujetos cualificados, pero se trata de un delito de infracción de deber porque el fundamento de la responsabilidad penal en concepto de autor no radica en el dominio sobre el riesgo típico, sino que reside en el quebrantamiento de un deber asegurado institucionalmente

y que afecta sólo al titular de un determinado *status* o rol especial.

Se afirma que en cuanto a esta clase de delitos no tiene importancia la cualidad externa de la conducta del autor, debido a que la sanción se afirma sobre una persona que infringe las exigencias que tiene, que se derivan del papel o del rol social que desempeña. De esta manera, no es el dominio del hecho el criterio para definir quién es autor, sino que es la infracción de un deber extrapenal que está lógicamente pre-ordenado a la ley, ya que procede de otros ámbitos jurídicos.

En virtud de que la sanción prevista en el tipo se funda en la inobservancia de un deber especial, poco importa que la infracción sea por acción o por omisión. Por ello puede sostenerse en general que funcionario público es quien ocupa un *status* especial y tiene un deber de garante para con la sociedad y el Estado, de suerte que debe de evitar la lesión de los intereses de la administración pública.

Siguiendo esta vez a JAKOBS, la autoría por este delito, se funda en la infracción de un deber vinculado a instituciones positivas las que derivan de su condición de funcionario público con vínculo funcional con los caudales o efectos

públicos frente a la administración pública; por ello, aquí el deber se dirige al obligado especial, no para que simplemente “no dañe”, sino para que *“fomente y mantenga seguros los bienes situados bajo su esfera jurídica frente a las amenazas ajenas de peligro o de lesión”*. Es decir, en este delito entre el funcionario y los caudales situados en su esfera jurídica existe una relación de corte institucional que lo sujeta a un mundo común donde actúa como portador del deber positivo de administrar y custodiar los bienes del Estado.

En esa perspectiva, en los delitos de infracción de deber, la idea del dominio del hecho no rige como criterio para determinar la conducta típica de autoría, sino-en esencia-el quebrantamiento del deber extrapenal. El fundamento material de la limitación de la autoría en los delitos especiales, como el peculado, se basa en el ejercicio de una función específica, que determina una estrecha y peculiar relación entre el sujeto competente para su ejercicio y el o los bienes jurídicos involucrados en el ejercicio de aquella función, y que GRACIA MARTÍN la ha llamado *“relación de dominio social”*. Según este autor, el “dominio social” es definido como la posibilidad normativa de ejercicio de dominio del hecho y constituye un criterio rector de interpretación. Su concreción se da a través de

los siguientes criterios normativos: a) El dominio social como accesibilidad al bien jurídico; en los delitos contra la administración pública los bienes jurídicos que se protegen no se hallan en un espacio social accesible a todos, sino que desempeñan una concreta y específica función social dentro de unas estructuras sociales o institucionales “cerradas” a la que no tienen acceso legítimo todos los individuos; b) La implicación del bien jurídico en el ejercicio de una función social derivada de un status personal; es decir, cuando el sujeto ejercita una función determinada en el ámbito de sus competencias ostenta el dominio social, y en consecuencia controla también la estructura social o institucional en la que se encuentra el bien jurídico por lo que tiene la posibilidad de llevar a cabo aquellas acciones adecuadas para lesionarlo o ponerlas en peligro de un modo típico; y c) Las características de la acción típica de dominio social; la lesión penalmente relevante al bien jurídico sólo puede tener lugar mediante acciones realizadas en el curso del ejercicio de la función, la cualidad específica de la acción típica es esencial al ejercicio de la función, cuyo monopolio ostentan sólo una determinada clase de sujetos.

Por ello, sólo quien sea funcionario público y tenga, además, la vinculación funcional por razón del cargo con

los fondos o efectos públicos deberá de estar en la posibilidad real o potencial de vulnerar los deberes funcionariales para efectos de imputarle la autoría de ese delito.

El delito de peculado sanciona al funcionario público que se apropia o utiliza “...*los caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le están confiados por razón del cargo...*”. Definitivamente, cuando quien comete el ilícito resulta ser el funcionario público que administra legal o jurídicamente los caudales o efectos públicos todo ejercicio de subsunción típica no ofrecerá mayores dificultades, esto es claro. Lo contrario sucede cuando quien realiza la conducta resulta ser el llamado “*administrador de hecho o de facto*”, a delimitar su contenido me ocuparé inmediatamente.

El concepto de administrador de hecho ha sido tratado de manera amplia por la doctrina del llamado Derecho penal económico y, en concreto, por la del Derecho penal empresarial, con el fin de imputar responsabilidad penal a quienes ejercen indebidamente la función de administración de una sociedad. Este concepto presupone una escisión entre la titularidad de la empresa y gobierno de la misma por una divergencia entre situación formal y



situación material. Lo fundamental en esta cuestión no es la calificación formal o jurídica que se le otorga al sujeto activo, sino la posibilidad fáctica que ostenta para poder cometer el delito y lesionar así el bien jurídico protegido.

En este punto MEINI afirma que *“El fundamento dogmático de la punición del administrador de hecho, en cuanto actúa en lugar de otro, ha de ser ubicado en el acceso al dominio social que consigue, lo que determina la existencia de una relación externa entre el administrador de hecho (extraneus) y el bien jurídico, idéntica a la que cabría establecer entre bien jurídico y el intraneus”*. GRACIA MARTÍN, por su parte, anota que *“...si un sujeto que no ostenta la cualidad de representante legal asumiera de hecho tales funciones, por ejemplo un sujeto que se arrogara la facultad de administrador judicial de una sociedad sin haber sido designado para tal efecto por la autoridad judicial, entonces el problema jurídico-penal se resolvería satisfactoriamente según una de estas dos hipótesis: a) para que sus acciones pudieran llegar a producir la lesión del bien jurídico-para que se comprobara la antijuricidad material- tendrían que pasar el filtro de la tolerancia de quienes ejercen el dominio social en el concreto ámbito en el que actúa; si dichas personas ejercen el adecuado control, el principio de intervención*

*mínima relega la necesidad de incriminar aquellos actos usurpador que, a lo sumo, merecerá la pena de la tentativa de autor inidóneo; b) si las personas que ejercen el dominio social en la esfera en la que aquél actúa toleran sus actos y dejan que lleguen efectivamente a producir la lesión del bien jurídico responderán por la omisión si es equivalente a la acción...”.*

La delimitación que se ha realizado hasta ahora de la figura del administrador de hecho se ha basado principalmente en el dominio efectivo, en ese poder de facto que el sujeto ejerce y que le permite, por tanto, situarse en una posición privilegiada con respecto al bien jurídico protegido y en condiciones necesarias para llevar a cabo las conductas típicas. Considero que este concepto no resulta aplicable a los delitos que, como el peculado, aluden a la infracción de un deber y no al dominio de hecho. Tal como se ha delimitado el delito de peculado, entre el administrador de hecho y los caudales o fondos públicos no existe alguna relación jurídica o vínculo funcional de administración, precisamente porque la función del primero se basa no en un nombramiento formal, sino en un poder de actuación material, por tanto, no le será exigible-por no contemplarlo el ordenamiento jurídico-ese deber de lealtad y fidelidad en el ejercicio de la función pública.

Como anoté, el delito de peculado constituye un caso paradigmático de delitos de infracción de deber “positivizado”, en el que las expectativas normativas se encuentran directa y formalmente dirigidas a aquellos sujetos que ocupan un *status* especial y su defraudación reside en el incumplimiento del deber institucional de fomentar el funcionamiento de la administración pública.

#### **2.2.12. La consumación del delito de peculado**

La consumación del delito constituye la fase última del “*iter criminis*”, es un asunto de la tipicidad y se concreta en una relación dialéctica entre el *disvalor* del acto y el de resultado. Su carácter relativo radica en la forma en que cada ley determine legalmente la infracción en cada tipo respectivo. Por ello, el momento consumativo de los tipos penales depende de la manera en que ha sido redactado por el legislador; unos están contemplados a nivel de resultado y otros al nivel de la mera actividad.

El delito de peculado es instantáneo y de resultado “*La consumación se realiza instantáneamente al producirse la apropiación de los caudales o efectos por parte del sujeto activo, vale decir, cuando éste incorpora parte de su patrimonio público a su patrimonio personal, o en su*

*segunda modalidad, a través de la utilización o uso del caudal o del efecto. Cuando el destino de los caudales o efectos va dirigido a tercero, la consumación no está definida por el momento en que éste recibe o se beneficia con los bienes, pues para que se produzca este momento ya previamente el funcionario o servidor público debió de haberse apoderado de los caudales o efectos y por lo mismo consumir el delito". ROJAS VARGAS indica, además, que en el delito instantáneo las "...implicancias de este delito radican en el hecho de que ya no es posible ni la agravación del mismo, ni la existencia subseguida de participación y concurso, que desde ese momento se tornan irrelevantes, pues el delito se ha perfeccionado con plenitud. Asimismo, en el delito instantáneo la violación de la norma penal y el efecto lesivo se identifican en una sola unidad jurídica".*

En el *iter criminis* externo debe de fraccionarse el desplazamiento de la conducta para efectos típicos, y la delimitación y frontera de lo "*punitivo*" es en el momento mismo, que el sujeto activo (funcionario público) dispone jurídicamente de los bienes públicos. Después de esto, no puede haber ninguna forma de criminalizar el comportamiento. Se puede afirmar que en el peculado doloso por apropiación la tenencia de los bienes públicos

resulta posible, teniendo el carácter de delito plurisubsistente o de ejecución compuesta, como para su cumplimiento requiere de varios actos, desde el efectivo desapoderamiento de la administración pública, hasta la realización de un acto de disposición, de manera que el *iter criminis* puede resultar interrumpido por factores ajenos a la voluntad del sujeto activo.

La delimitación del *iter criminis* tiene importantes consecuencias para el ámbito de la autoría delictiva, ya que sólo aquel que haya traspasado la frontera de actos preparatorios a actos ejecutivos (en este caso de “*apropiación*”) será considerado autor de peculado. Después puede haber otra figura delictiva (por ejemplo, encubrimiento o receptación), pero ya no peculado.

Para determinar si el hecho imputado reúne las exigencias mínimas para ser calificado como peculado es preciso tener en cuenta que el precepto descrito en el artículo 387º del Código Penal, hace referencia a dos modalidades de consumación: Uno de apropiación y otro de uso. Para descartar el peculado de uso a los efectos del análisis es importante precisar que en la instrucción el objeto material resulta ser un bien ultrafungible: fondos públicos. Por ello, en el presente caso, la naturaleza del bien hace que el uso

se equipare a la apropiación. Por apropiación se entiende “la ejecución o materialización de actos de disposición *Uti Dominus*, es decir, actos de señor y dueño, lo que comportaría, de un lado, el que bien entrase, por un instante siquiera, en la esfera de disponibilidad jurídica del agente delictual y, del otro, obviamente, la salida de ese bien de la esfera de disponibilidad jurídica del titular real y verdadero del mismo que, en este caso, no es otro que la misma Administración.

Así las cosas, la consumación del peculado doloso se produciría cuando el sujeto activo haya incorporado a su esfera de dominio a los caudales públicos separándolos, extrayéndolos, quitándolos o desviándolos “de las necesidades del servicio, haciéndolos suyos”. Esto tiene coherencia con la postura objetiva-individual, que indica que los actos ejecutivos se inician, según el plan del autor, con una peligrosidad cercana para el bien jurídico. BACIGALUPO nos dice que la doctrina se ha propuesto pues, una solución, el hecho de recurrir a una determinada cercanía de los actos con la acción ejecutiva del delito al peligro corrido por el bien jurídico (puntos de vista objetivos) o bien se ha intentado apoyar la decisión en el propio juicio del autor (puntos de vista subjetivos basados en el plan del autor). No obstante, el citado autor español-

argentino, siguiendo a JAKOBS, opina que debe distinguirse en este aspecto entre criterios obligatorios (negativos) y criterios variables (positivos). En los criterios negativos no debe tenerse para la ejecución del delito aquellas situaciones que no se encuentran en *cercanía con la consumación* y aquellos comportamientos socialmente habituales, por tal motivo se deben excluir, en principio, del ámbito de la punibilidad acciones como dirigirse al lugar del hecho, ingresar en un lugar público, etc. Mientras que los criterios de decisión variables se conecta con la cercanía temporal con la acción misma y el comienzo de ejecución se debe admitir cuando el autor se introduce en la esfera de protección de la víctima o actúa sobre el objeto de protección (por ejemplo, se introduce en la casa donde va a robar o tiene en sus manos el documento que ha decidido falsificar en ese momento).

PEÑA CABRERA, considera que los actos de apropiación pueden expresarse de distintos modos, mencionaré tres ejemplos: a manera de consunción (en aquellas cosas consumibles que pierden su individualidad con el primer uso) o por enajenación (en casos de actos traslativos de dominio: por ejemplo, una permuta) o por distracción (desviar una cosa del destino acordado). En cambio, el uso como modalidad delictiva en el peculado importa el utilizar

los bienes públicos sin el propósito de apoderarse para sí o para otro.

Dice ROJAS VARGAS, que no es elemento necesario del tipo de peculado exigir que el agente haya alejado el bien de la esfera física de dominio de la administración y lo haya incorporado en la propia suya, en los términos espaciales de desplazamiento de lugar, pues el peculado se consuma en un contexto interno de control del funcionario o servidor público, siendo secundario o irrelevante en no pocos casos el alejamiento de los bienes.

El tipo no exige el provecho económico o utilidad ni en el sujeto activo ni en el tercero, ello representa la etapa de agotamiento, irrelevante para efectos de tipificar el delito. Más todavía, cuando el tipo del 387 del Código Penal hace referencia al *“para sí o para otro”* describe un elemento del tipo subjetivo y no objetivo; a dicho tipos penales la doctrina la ha denominado *“delitos mutilados en dos actos”* en tanto el primer acto sirve para realizar un segundo por el mismo sujeto, cuya realización no exige el tipo, al cual basta el primero cuando ha sido llevado a cabo con la intención de efectuar el segundo.



### 2.3. DEFINICIONES CONCEPTUALES

- **CRITERIO DE RAZONABILIDAD.** Se define cuando el Juzgador vierte las razones que lo conducen a resolver, como también aquellas que demuestran como justiprecia los argumentos que han sido sometidos a consideración.
- **DECISIONES INADECUADAS.** Es la apreciación que realiza el Magistrado con criterios interpretativos deficientes que recurriendo a conceptos jurídicos implicantes entre sí.
- **DEFICIENCIAS EN LA APRECIACIÓN PROBATORIA.** Es cuando la racionalidad de la decisión judicial debe manifestarse bajo dos parámetros estrictamente definidos.
- **LIMITACIONES DE APRECIACIÓN JURISDICCIONAL.** Es la apreciación judicial como componente de la tutela jurisdiccional efectiva, debe responder a estándares mínimos de objetividad al sustentarse una decisión, de tal manera que su ponderado arbitrio judicial se refleje al exteriorizarlo en la sentencia tanto en el ámbito de la justificación interna como externa; restringirlo arbitrariamente constituye una limitación.
- **PECULADO DOLOSO.** Es el delito que sanciona al funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, para sí o para otro, caudales

o efectos cuya percepción, administración o custodia le están confiadas por razón de su cargo. Para atribuir la responsabilidad a una persona por el delito de peculado nuestro ordenamiento no sólo exige que el sujeto activo tenga la condición de funcionario público, sino, además, que ostente un vínculo funcional con los caudales o fondos del Estado.

- **SANA CRÍTICA.** Fórmula legal para la entregar al ponderado arbitrio judicial la apreciación de las pruebas, ante los peligros de la prueba tasada y por imposibilidad de resolver en los textos legales de complejidad de las situaciones infinitas de las probanzas.
- **VALORACIÓN.** Es la operación intelectual o mental que realiza el Juez destinada a esclarecer el mérito o valor eficacia conviccional de los elementos de prueba actuadas en el proceso.
- **VERDAD JURÍDICA.** Es la afirmación jurisdiccional de la verdad histórica, sobre enunciados fácticos considerando que un evento punible requiere de afirmación jurídica a efectos de sancionarlo; pues como se sostiene en un hecho concreto el Juez no ha tenido acceso directo a los hechos, de modo que lo que inmediatamente conoce son enunciados sobre los hechos, cuya verdad hay que acreditarlo y que este proceso no es sino lo que se conoce como la verdad legal o verdad jurídica.

## **CAPÍTULO III**

### **MARCO METODOLOGICO**

#### ÁMBITO DE ESTUDIO

Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Huánuco 2012–2013.

#### **3.1. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN**

##### **3.1.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN**

- La presente investigación por su finalidad es APLICADA, se caracteriza porque busca la aplicación o utilización de los conocimientos que se adquieren. ya que a partir de la DESCRIPCIÓN y análisis de la problemática, impulsé estrategias de cambio.
- Por su finalidad es FACTUAL, ya que está orientada a describir y explicar, con la intención de predecir y transformar la realidad, a partir del descubrimiento de los factores causales que han podido incidir en la ocurrencia del fenómeno, emplearé diseños, muestras, métodos y técnicas.
- Por el período de ejecución es TRANSVERSAL porque se hará la investigación en un momento determinado

### 3.1.2 NIVEL DE INVESTIGACIÓN

La presente investigación se enmarca dentro del nivel de investigación DESCRIPTIVA – EXPLICATIVA

Por cuanto las investigaciones de nivel descriptivo, consiste, fundamentalmente, en caracterizar un fenómeno o situación concreta indicando sus rasgos más peculiares o diferenciadores por lo que se refiere al objeto de estudio de examinar un tema o problema poco estudiado. Y del mismo modo el nivel explicativo trata de efectuar un proceso de abstracción a fin de destacar aquellos elementos, aspectos o relaciones que se consideran básicos para comprender los objetos y procesos.

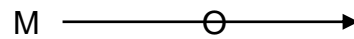
### 3.2. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN

En cuanto al método de investigación en el desarrollo del presente trabajo de investigación, se utilizarán los métodos lógicos (deductivo, inductivo, analítico – sintético). Que consiste en descomponer el fenómeno en cada una de sus partes para estudiarlos describiéndolos y para posteriormente explicarlos, interpretando de manera conjunta los elementos involucrados, puesto que se pretende hacer una explicación de los factores, causas y consecuencias que repercuten en los procesos.

### 3.3. DISEÑO Y ESQUEMA DE INVESTIGACIÓN

El diseño utilizado es el **DESCRIPTIVO SIMPLE**.

Cuyo empleo es para describir características de la realidad del problema en investigación y cuya representación gráfica es el siguiente:



Donde:

M = Muestra de estudio.

O = Observación realizada a dicha muestra.

En este diseño, el investigador buscará y recogerá información con respecto a la protección del bien jurídico en el delito de peculado, si el bien no le fue confiado al agente.

### 3.4. POBLACIÓN Y MUESTRA

#### 3.4.1. POBLACIÓN:

La población estuvo compuesta por 170 expedientes relacionados al tema de investigación, correspondiente al año 2012 - 2013 de la Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Huánuco y 50 Abogados Litigantes en la Provincia de Huánuco especialistas en materia Penal.

### 3.4.2. MUESTRA:

La muestra está determinada por el muestreo NO PROBABILISTICO de manera empírica o azar por un total de 34 expedientes que corresponde al (20%) correspondiente al año 2012 - 2013 de la Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Huánuco y 23 Abogados litigantes en la Provincia Huánuco.

### 3.4.3. UNIDADES DE ANÁLISIS

Expedientes judiciales referentes al tema de investigación, contenidos en el período 2012 - 2013 perteneciente a la Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Huánuco Y resultado del cuestionario realizados a los Abogados litigantes.

## 3.5. DEFINICIÓN OPERATIVA DE LOS INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

En primer lugar se debe precisar que para que un instrumento cumpla con su cometido, es decir constituya el medio más eficaz para la recolección de los datos en una investigación, debe cumplir con dos requisitos esenciales: la **validez** es decir que debe medir lo que debe medir y la **confiabilidad**, es decir que aplicado varias veces a una muestra los datos deben ser similares, partiendo de esta premisa los instrumentos que se utilizaron en la presente tesis fueron: datos estadísticos, libretas de apuntes o cuaderno de notas y fichas, así como usb para almacenar la información del análisis de la

casuística o. adicionalmente, formularios que contengan las encuestas o cuestionarios, computadora, fotocopidora e Internet.

### **3.6. TÉCNICAS DE RECOJO, PROCESAMIENTO Y PRESENTACIÓN DE DATOS.**

Técnica de Recojo de Datos: Las técnicas utilizadas en la presente investigación son las que a continuación se detallan:

- **ANÁLISIS DE DOCUMENTOS**, con esta técnica se obtuvo la información sobre los expedientes o procesos en ejecución de la Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia durante el período 2012 - 2013.
- **FICHAJE DE MATERIALES ESCRITOS**, para obtener la información general del marco teórico y la situación de la legislación, para su modificación.
- **ENCUESTA A LOS ABOGADOS LITIGANTES**. A través de la aplicación de un cuestionario que constará de 07 ítems.

### **3.7. INSTRUMENTOS PARA OBTENER INFORMACIÓN**

Son los recursos auxiliares que nos sirven para recolectar los datos de las fuentes, con el manejo de las técnicas adecuadas para cada una de ellas y que nos permite obtener la información para la realización de nuestra investigación, por lo que utilizaremos los siguientes instrumentos:

- **FICHA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL;** que se ha aplicado a las lecturas de los expedientes judiciales y del material bibliográfico que nos permitió registrar los datos necesarios para la realización de la presente investigación.
- **CUESTIONARIO APLICADO A LOS ABOGADOS;** en número de 07, orientados a la obtención de datos necesarios requeridos en el presente trabajo de investigación

### **3.8. PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS**

Los resultados se presentan en tablas y gráficos, analizados con la aplicación de la estadística descriptiva, seguidamente se procederán a analizarlos e interpretarlos.

Para el procesamiento de los datos se utilizaron las herramientas informáticas como: Ms Excel, Ms Word y el Ms Process, presentándose los resultados en cuadros de doble entrada y gráficos respectivamente, teniendo en cuenta las variables de la investigación



## **CAPÍTULO IV**

### **RESULTADOS**

Después de aplicar los instrumentos a los Abogados especializados en materia penal, involucrados en el presente trabajo de investigación, se procedió a la tabulación de los datos.

Los resultados se han sistematizado en cuadros, tablas y gráficos según las encuestas realizadas, para finalizar con la prueba de hipótesis.

#### **4.1. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS EN CUADROS Y GRÁFICOS.**

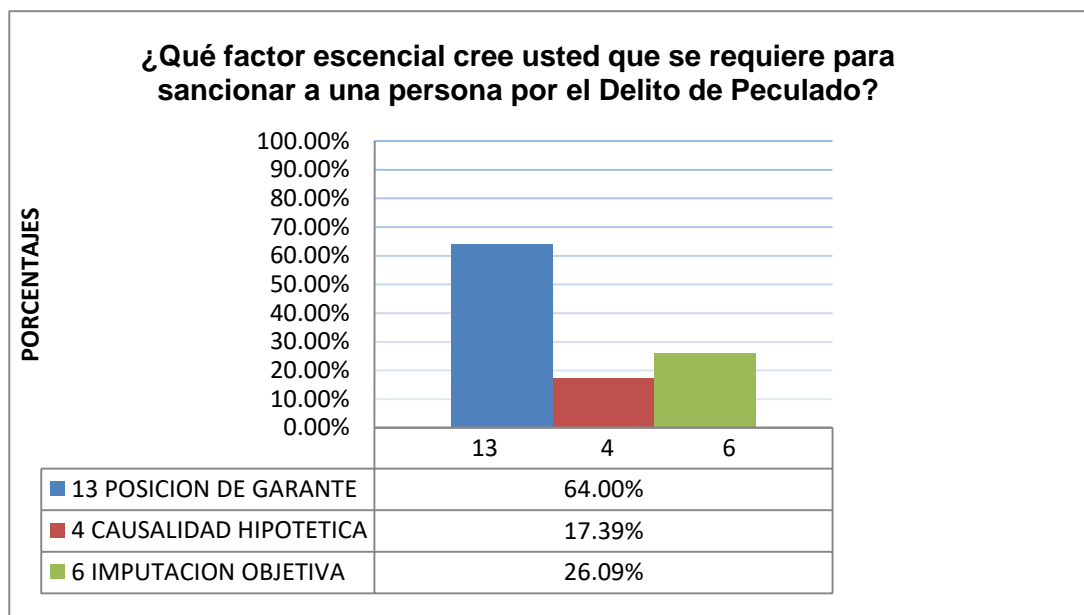
Después de haber tabulado los resultados obtenidos a través del cuestionario, se obtuvieron los siguientes resultados ordenados en la forma que sigue:

##### **4.1.1 ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS DEL CUESTIONARIO APLICADO A LOS ABOGADOS LITIGANTES:**

CUADRO N° 1

¿QUÉ FACTOR ESENCIAL CREE USTED QUE SE REQUIERE PARA SANCIONAR A UNA PERSONA POR EL DELITO DE PECULADO?		
ESCALA VALORATIVA	fi	%
LA POSICION DE GARANTE	13	56.52
LA CAUSALIDAD HIPOTETICA	4	17.39
LA IMPUTACIÓN OBJETIVA	6	26.09
<b>TOTAL</b>	<b>23</b>	<b>100</b>

GRÁFICO N° 1



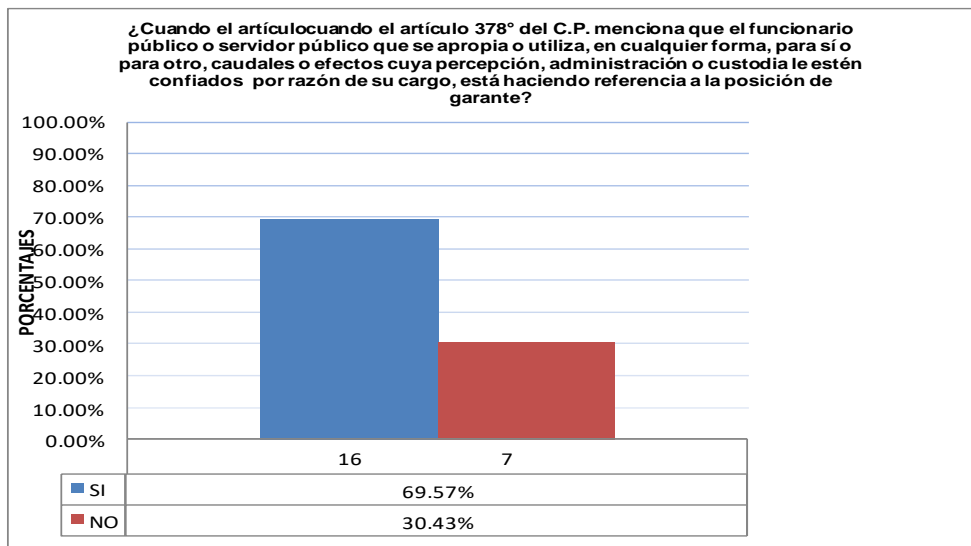
## INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

Se aprecia que un 56.52% de los encuestados considera que la posición de garante es el factor esencial para sancionar a una persona por el delito de peculado. Mientras que un 26.09% ha respondido en el sentido de que la imputación objetiva es el factor esencial para sancionar a una persona por el delito de peculado.

Lo que nos lleva a la conclusión de que la mayoría de los Abogados litigantes consideran la posición de garante como factor fundamental en la comisión del delito de peculado.

**CUADRO N° 2**

<b>¿CUANDO EL ARTÍCULO 378° DEL C.P. MENCIONA QUE EL FUNCIONARIO PÚBLICO 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, ESTÁ HACIENDO REFERENCIA A LA POSICIÓN DE GARANTE?</b>		
<b>ESCALA VALORATIVA</b>	<b>fi</b>	<b>%</b>
SI	16	69.57
NO	7	30.43
<b>TOTAL</b>	<b>23</b>	<b>100</b>

**GRÁFICO N° 2****INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS**

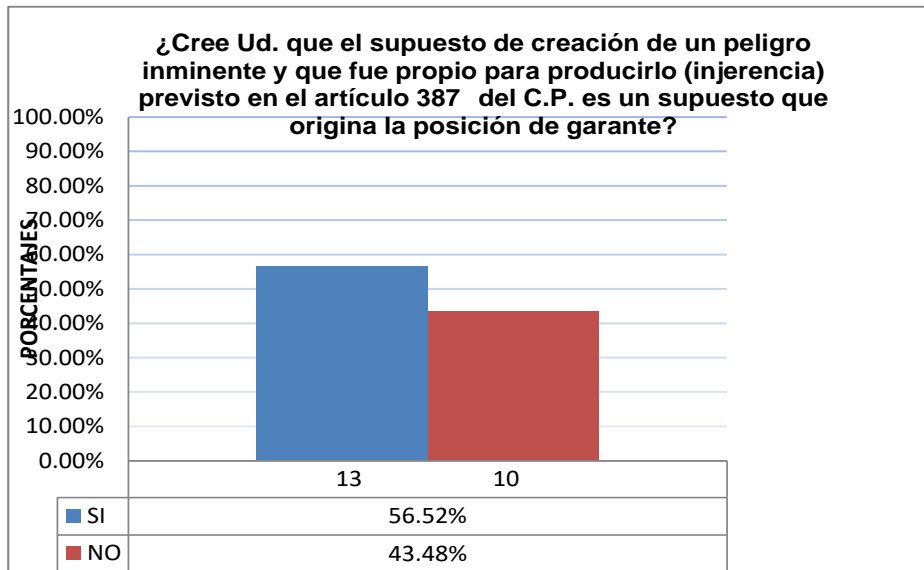
A la pregunta que antecede podemos apreciar que un 69.57% ha respondido indicando que el contenido del artículo 378° del C.P. está haciendo referencia a la posición de garante, demostrando con esto que los jueces y secretarios tienen un lineamiento de interpretación literalmente legal de la norma ya citada; generando así, por la otra parte, un 30.43% que aduce que el articulado no se enmarca dentro de la posición de garante.

Con esto, demostramos que no hay una correcta aplicación extensiva de la ley, en salvaguarda de los bienes del Estado.

CUADRO N° 3

<b>¿CREE UD.QUE EL SUPUESTO DE CREACIÓN DE UN PELIGRO INMINENTE Y QUE FUERA PROPIO PARA PRODUCIRLO (INJERENCIA) PREVISTO EN EL ARTÍCULO 387° DEL C.P., ES UN SUPUESTO QUE ORIGINA LA POSICIÓN DE GARANTE?</b>		
<b>ESCALA VALORATIVA</b>	<b>fi</b>	<b>%</b>
SI	13	56.52
NO	10	43.48
<b>TOTAL</b>	<b>23</b>	<b>100</b>

GRÁFICO N° 3



### INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

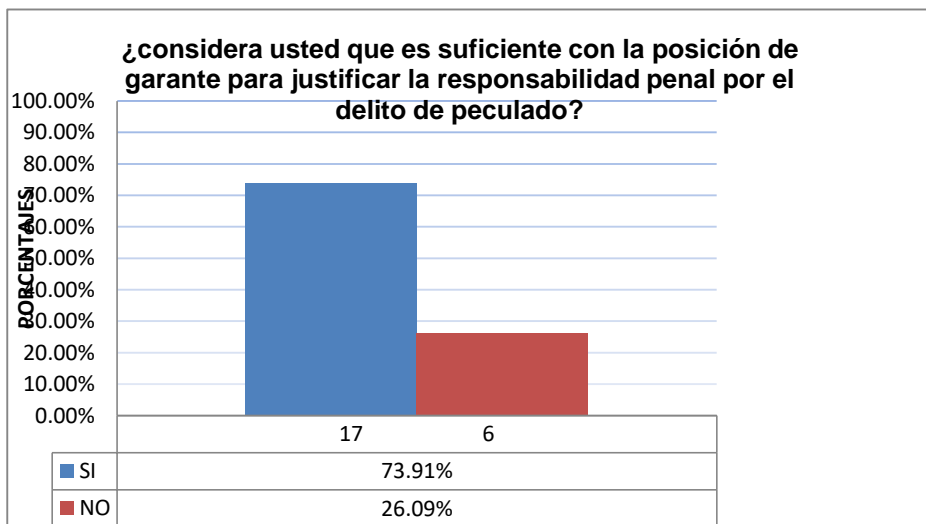
Preguntados los encuestados sobre si el supuesto de creación de un peligro inminente previsto en el artículo 387° del C.P., es un supuesto que origina la posición de garante, un 56.52% considera que si, mientras que un 43.48% ha respondido que no.

Este resultado nos demuestra que los criterios sobre el particular están divididos y que generalmente el criterio mayoritario es que para el delito de peculado hay un peligro inminente con el hecho de la posición de garante del sujeto activo del hecho.

CUADRO N° 4

<b>¿CONSIDERA UD. QUE ES SUFICIENTE CON LA POSICIÓN DE GARANTE PARA JUSTIFICAR LA RESPONSABILIDAD PENAL POR EL DELITO DE PECULADO?</b>		
<b>ESCALA VALORATIVA</b>	<b>fi</b>	<b>%</b>
SI	17	73.91
NO	6	26.09
<b>TOTAL</b>	<b>23</b>	<b>100</b>

GRÁFICO N° 4



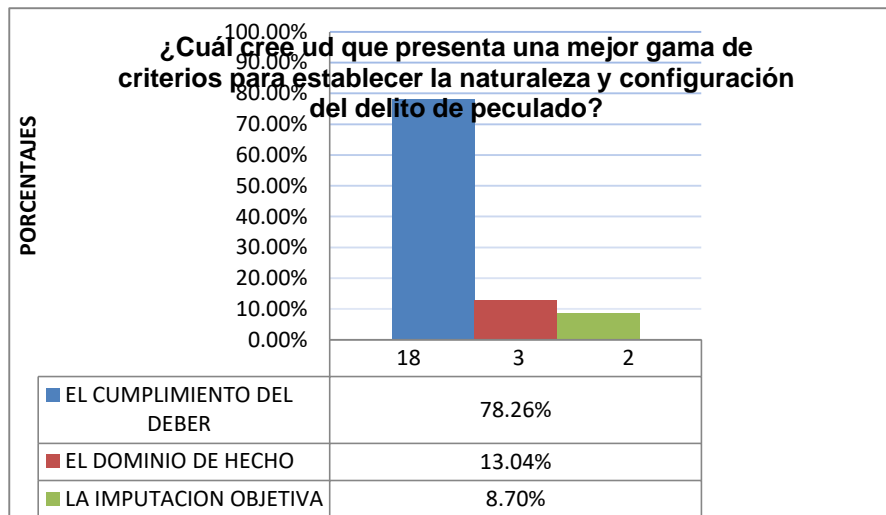
### INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

En la figura que antecede, se ha ilustrado la respuesta que indica si se considera suficiente con la posición de garante para justificar la responsabilidad penal por el delito de peculado, a lo cual un significativo 73.91% considera que si, y que simboliza 17 encuestados. Asimismo, un 26.09%, que configura una encuesta de 6 abogados litigantes.

Teniendo estos resultados, demostramos que la protección del bien jurídico en el delito de peculado si el bien no le fue confiado al agente debe basarse en un dominio del hecho.

**CUADRO N° 5**

<b>¿CUÁL CREE UD. QUE PRESENTA UNA MEJOR GAMA DE CRITERIOS PARA ESTABLECER LA NATURALEZA Y CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE PECULADO?</b>		
<b>ESCALA VALORATIVA</b>	<b>fi</b>	<b>%</b>
EL CUMPLIMIENTO DE DEBER	18	78.26
EL DOMINIO DEL HECHO	3	13.04
LA IMPUTACIÓN OBJETIVA	2	8.7
<b>TOTAL</b>	<b>23</b>	<b>100</b>

**GRÁFICO N° 5****INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS**

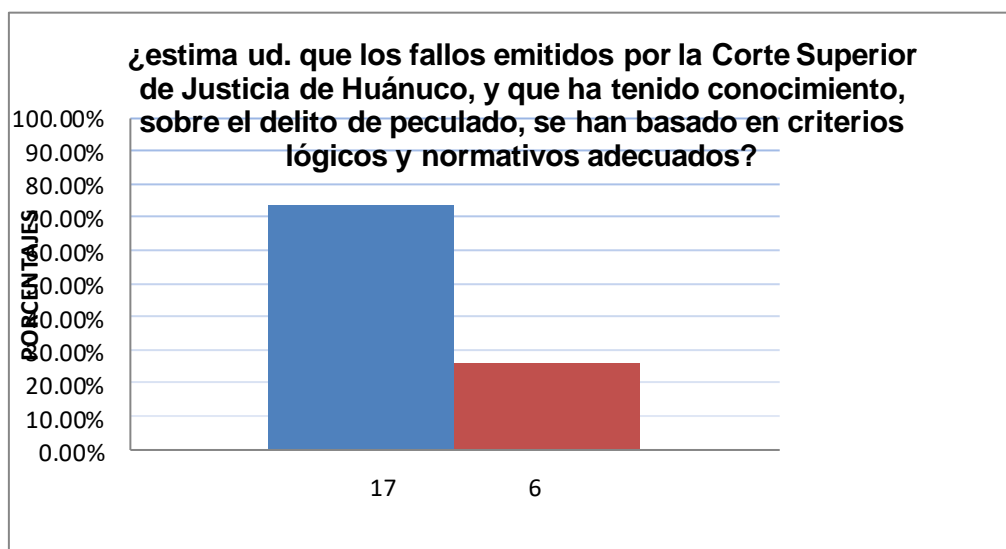
Frente a la interrogante, han manifestado un 78.26% de los encuestados, es el cumplimiento de deber, mientras que un 13.04% dijo que el factor preponderante es el dominio del hecho. Estos criterios enfrentados, nos llevan a corroborar que en algunos casos, sólo se considera un factor subjetivo externo de no cuidado pero si de responsabilidad de deber y de función de cuidado.

Debemos ampliar, que existe un porcentaje que si hace un control de sus actuaciones y cree necesario una variación de justificación en la comisión del delito de peculado, basándose en un dominio del hecho, como factor determinante.

CUADRO N° 6

¿ESTIMA UD. QUE LOS FALLOS EMITIDOS POR LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO, Y QUE HA TENIDO CONOCIMIENTO, SOBRE EL DELITO DE PECULADO, SE HAN BASADO EN CRITERIOS LÓGICOS Y NORMATIVOS ADECUADOS?		
ESCALA VALORATIVA	fi	%
NO	17	73.91
SI	6	26.09
<b>TOTAL</b>	<b>23</b>	<b>100</b>

GRÁFICO N° 6



### INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

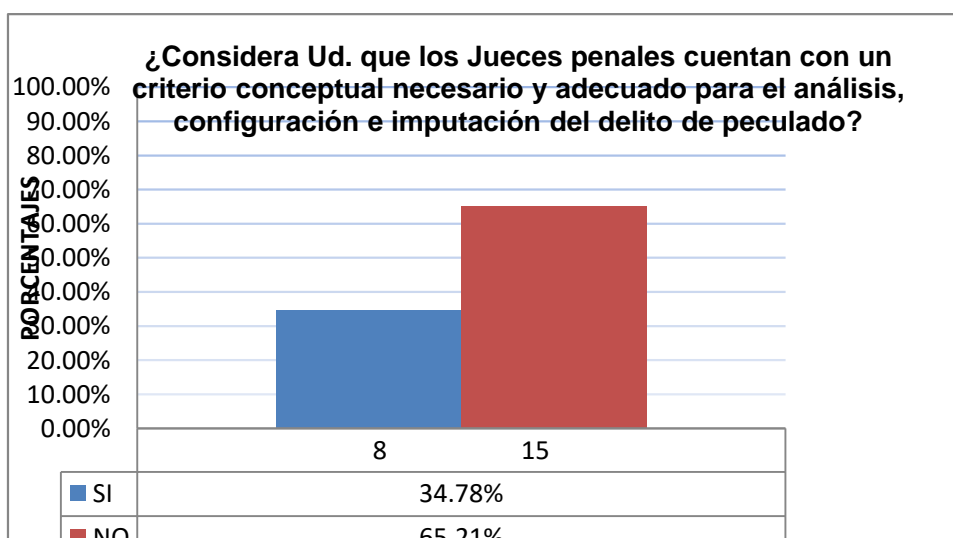
Como se puede apreciar, se tiene que un 73.91% niega, que los fallos emitidos por la Corte Superior de Justicia de Huánuco, y que ha tenido conocimiento, sobre el delito de peculado, se ha basado en criterios lógicos y normativos adecuados, y por su parte un 26.09% afirma lo contrario.

Con esto, demostramos que no hay una correcta aplicación extensiva de la ley, Y la falta de capacitación en temas específicos, demasiada carga procesal que conlleva a determinar, un examen insubstancial en la mayoría de los casos.

CUADRO N° 7

<b>¿CONSIDERA UD. QUE LOS JUECES PENALES CUENTAN CON UN CRITERIO CONCEPTUAL NECESARIO Y ADECUADO PARA EL ANÁLISIS, CONFIGURACIÓN E IMPUTACIÓN DEL DELITO DE PECULADO?</b>		
<b>ESCALA VALORATIVA</b>	<b>fi</b>	<b>%</b>
SI	8	34.78
NO	15	65.21
<b>TOTAL</b>	<b>23</b>	<b>100</b>

GRÁFICO N° 7



### INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

A la interrogante, contestaron 8 de ellos que no, lo que significa un 34.78%, y por otra parte 15 personas adujeron que no se cuenta con criterios conceptuales ni análisis profundo del delito de peculado, lo que simboliza un 65.21% ha respondido que no.

Este resultado nos demuestra que los criterios sobre el particular están divididos y que generalmente el criterio mayoritario es que para el delito de peculado debe de haber un mejor análisis y toma de decisión, no solo oportuna sino también adecuada que conlleve un estudio de los componentes y naturaleza del delito de peculado.

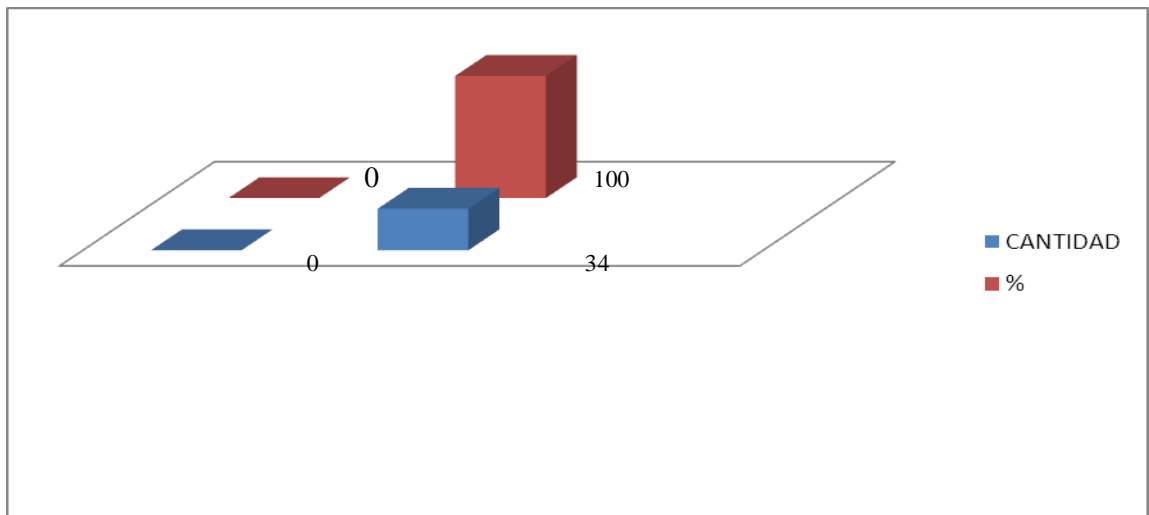


#### 4.1.2. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA REVISIÓN DE EXPEDIENTES:

**CUADRO N° 8**

	Fi	%
APLICACIÓN CORRECTA EN SENTENCIAS DEL DELITO DE PECULADO	0	0
APLICACIÓN INCORRECTA EN SENTENCIAS DEL DELITO DE PECULADO	34	100
TOTAL	34	100

**GRÁFICO N° 9**



#### INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

LUEGO DE REVISAR POR MUESTREO, 34 EXPEDIENTES, LOS RESULTADOS FUERON LOS SIGUIENTES:

- (0) Las resoluciones de sentencias determinan, que la aplicación correcta en sentencias del delito de peculado, haciendo un 0%
- (34) Las resoluciones de sentencias determinan, la aplicación incorrecta en sentencias del delito de peculado, haciendo un 100%.

## **CAPÍTULO V**

### **5.1. DISCUSIÓN DE RESULTADOS**

Es necesario realizar la confrontación de la situación problemática planteada, de las bases teóricas y de la hipótesis propuesta con los resultados obtenidos; confirmándose que: Si, se determina la inadecuada protección del bien jurídico en el delito de peculado si el bien no le fue confiado al agente, entonces cumpliría su objetivo.

### **5.2. CONFRONTACIÓN CON EL PROBLEMA PLANTEADO**

La interrogante formulada al iniciar la investigación es:

En qué medida influye la inadecuada protección del bien jurídico en el delito de peculado si el bien no le fue confiado al agente?

Luego de haber concluido la investigación y a la luz de los resultados se pudo determinar qué: Si, se determina la inadecuada protección del bien jurídico en el delito de peculado si el bien no le fue confiado al agente, entonces cumpliría su objetivo.

Tal como se evidencia en los cuadros y gráficos obtenidos al concluir la presente tesis.

### 5.3. APORTE CIENTÍFICO

Después de haber concluido con el desarrollo de la investigación, sobre: “Protección del bien jurídico en el delito de peculado en la Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Huánuco 2012 - 2013”

Considero de trascendental importancia la presente investigación, porque sienta un precedente académico para el tratamiento político criminal.

Nuestro aporte está orientado a ampliar el margen de responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos por la función que desempeñan y por los caudales y efectos que administra por razón de su cargo, hecho que debe ser tipificado de la forma siguiente, según el artículo 387º del Código Penal vigente:

#### NORMA 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 y por ciento ochenta o a trescientos sesenta y cinco días-multa**”.*
- *Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad*

*no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.*

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

EN TAL SENTIDO, mi aporte científico desde la perspectiva político criminal de las ciencias penales se circunscribe en realizar una propuesta Legislativa al Congreso de la República a efectos que se modifique el artículo 387° del Código Penal, que deberá ser presentado por intermedio de las instituciones o autoridades investidas de iniciativa legislativa, para que puedan ser debatidas y

aprobadas conforme lo establece la Constitución Política del Estado, ya sea de manera simultánea o alternativa; la cual consiste en:

- *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 **o de su responsabilidad por la condición de deber de cuidado**, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de **seis** ni mayor de **diez** años y por ciento ochenta o a trescientos sesenta y cinco días-multa”.*
- *Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.*
- *“Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de la libertad será no menor de **diez** ni mayor de **catorce** años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa”.*
- *“Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de **cuatro** años y con*

*prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de **cinco** ni mayor de **siete** años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa”.*

Con la modificatoria legal se pretende ampliar el margen de responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos por la función que desempeñan y por los caudales y efectos que administra por razón de su cargo, hecho que debe ser tipificado de la forma propuesta.

Por consiguiente, constituye un aporte en la investigación que puede ser tomado como un antecedente en la formulación de teorías ulteriores respecto a este tema, además porque su tratamiento fue llevado a través del método transversal explicativo científico, siguiendo en consecuencia todas sus etapas y pasos para su validación como tal.

## CONCLUSIONES

- Se determinó que la protección del bien jurídico en el delito de peculado si el bien no le fue confiado en el agente debe basarse en un dominio del hecho, por existir ponderación de responsabilidades y conocimiento de la causa que debe protegerse, como es los caudales y efectos del Estado, en el delito de Peculado.
- Se ha establecido que los criterios que determinan la tipificación del delito de peculado si el bien no le fue confiado al agente debe ser orientado hacía una interpretación sistemática y correlacionada entre la doctrina, la norma y la jurisprudencia, de tal forma que no se genere impunidad innecesaria, susceptible de ser evitada.
- La determinación de ponderación de los magistrados de la Corte Superior de Justicia de Huánuco frente a la tipificación del delito de peculado debe estar supeditada a una capacitación y especialidad proba, que genere un clima de seguridad jurídica en la aplicación de la norma legal y de la interpretación del Delito de Peculado en su sentido extenso.
- Según la investigación realizada referente a los expedientes de la Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Huánuco periodo 2012 - 2013, se colige que las resoluciones de sentencias determinan la aplicación incorrecta en sentencias del delito de peculado, haciendo un 100%.

## SUGERENCIAS

- Examinar y legislar de forma amplia y ponderada las responsabilidades de los funcionarios y servidores públicos; así como el conocimiento de la causa que deben proteger, como es los caudales y efectos del Estado respecto al Delito de Peculado si no lo son confiados por razón de su cargo.
- Aunar y afianzar los factores y criterios que determinan la tipificación del delito de peculado si el bien no le fue confiado al agente, así como ofrecer y orientar a los operadores de derecho hacia una interpretación sistemática y correlacionada entre la doctrina, la norma y la jurisprudencia.
- La capacitación y especialidad proba de los servidores judiciales debe ser constante, lo cual generará un clima de seguridad jurídica en la aplicación de la norma legal y de la interpretación del Delito de Peculado en su sentido extenso.
- Proponer un proyecto de Ley ante el Poder Legislativo a fin de que el Estado opte por la modificatoria legal del artículo 387° del Código Penal, con la cual se pretende ampliar el margen de responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos por la función que desempeñan y por los caudales y efectos que administra por razón de su cargo, hecho que debe ser tipificado de la forma propuesta.



## BIBLIOGRAFÍA

- ASTI VERA, Armando. Metodología de la Investigación. Tercera edición, Editorial Kapeluz. Buenos Aires, Argentina, 1993.
- ÁVILA ACOSTA, Roberto (1998) Elementos de la Estadística Estudios y R.A, Lima.
- BRAMONT ARIAS TORRES Luis Miguel, Manuel; Manual de Derecho Procesal Penal; Lima; Rhodas; 2002;
- BACIGALUPO, Enrique. "LINEAMIENTOS DE LA TEORÍA DEL DELITO", Editorial Hammurabi, Buenos Aires-Argentina, 1989.
- BACIGALUPO, Enrique. "LA IMPUTACIÓN OBJETIVA". En: *Rev. de Colegio de Abogados Penalistas de Caldas*, Manizales-Colombia, 1992.
- BACIGALUPO, Enrique. "PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL. PARTE GENERAL". Cuarta edición, Editorial Akal, Madrid-España, 1997.
- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luís Miguel. "LECCIONES DE LA PARTE GENERAL Y EL CODIGO PENAL", Editorial San Marcos, Lima-Perú, 1997.
- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luís Miguel. "MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL", Editorial Santa Rosa, Lima-Perú, 2000.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "LA IMPUTACIÓN OBJETIVA". En: *Teorías actuales en el derecho penal*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires-Argentina, 1998.

- CANCIO MELIÁ, Manuel. “LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA Y LA NORMATIVIZACIÓN DEL TIPO OBJETIVO”. En: *El sistema funcionalista del derecho penal*, Editorial Grijley, Lima-Perú, 2000.
- CARO JOHN, José Antonio. “LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA PARTICIPACIÓN DELICTIVA”. En: *Comentarios a la jurisprudencia penal*, N° 01, Editorial Grijley, Lima-Perú, 2003.
- CASTILLO ALVA, José Luis. “PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL”, Editorial Gaceta Jurídica, Lima-Perú, 2002.
- GRACIA MARTIN, Luís. “DELITOS CONTRA BIENES JURÍDICOS FUNDAMENTALES”, Editorial Tirant Le Blanch, Valencia-España, 1993.
- HURTADO POZO, José. “MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL I”, 1ª. Edición, Editorial Grijley, Lima-Perú, 2005.
- JAKOBS, Gunther. “LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL DERECHO PENAL”, Traducción de Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá-Colombia, 1995.
- JAKOBS, Gunther. “DERECHO PENAL PARTE GENERAL. FUNDAMENTOS Y TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN”, Traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Editorial Pons, Madrid-España, 1997.
- JAKOBS, Gunther, “EL OCASO DEL DOMINIO DEL HECHO: UNA CONTRIBUCIÓN A LA NORMATIVIZACIÓN DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS”. En: *El sistema funcionalista del derecho penal*, Editorial Grijley, Lima-Perú, 2000.

- JAKOBS, Gunther. "TEORÍA Y PRAXIS DE LA INJERENCIA". En: *El sistema funcionalista del derecho penal*, Editorial Grijley, Lima-Perú, 2000.
- JAKOBS, Gunther. "LA NORMATIVIZACIÓN DEL DERECHO PENAL EN EL EJEMPLO DE LA PARTICIPACIÓN". En: *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid-España, 2001.
- KAUFMANN, Armin. "TEORIA DE LAS NORMAS. FUNDAMENTOS DE LA DOGMATICA PENAL MODERNA", Editorial Desalma, Buenos Aires- Argentina, 1977.
- MIR PUIG, Santiago. "VALORACIONES, NORMAS Y ANTIJURIDICIDAD PENAL". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Nº 15, Editorial Idemsa, Lima-Perú, 2004.
- MIR PUIG, Santiago. "LÍMITES DEL NORMATIVISMO EN DERECHO PENAL". En: *Libro Homenaje a Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Editorial Thomson-Civitas, Madrid-España, 2005.
- PEÑA-CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. "TEORÍA GENERAL DE LA IMPUTACIÓN DEL DELITO", Editorial Rhodas, Lima-Perú, 2004.
- ROXIN, Claus. "POLITICA CRIMINAL Y SISTEMA DEL DERECHO PENAL", Traducción de Muñoz Conde, Editorial Bosch, Barcelona-España, 1972.
- ROXIN, Claus. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL. FUNDAMENTOS. LA ESTRUCTRA DE LA TEORÍA DEL DELITO", Tomo I, Traducción de Luzón / Díaz y García Conlledo / De Vicente Remesal, Editorial Civitas, Madrid-España, 1997.

- VILLA STEIN, Javier. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL", Editorial San Marcos, Lima-Perú, 1998.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Luís Felipe. "LECCIONES DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL", Editorial Cuzco, Lima-Perú, 1990.
- WELZEL, Hans. "ESTUDIOS DE DERECHO PENAL. ESTUDIOS SOBRE EL SISTEMA DE DERECHO PENAL. CAUSALIDAD Y ACCIÓN. DERECHO PENAL Y FILOSOFÍA", Editorial B de F, Montevideo-Uruguay, 2003.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL", Volumen II, Editorial EDIAR, Buenos Aires-Argentina, 2000.

# **ANEXOS**

## MATRIZ DE CONSISTENCIA

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	METODOLOGÍA			
				POBLACIÓN Y MUESTRA	TIPO DE INVESTIGACIÓN	MÉTODO Y DISEÑO	TÉCNICAS E INSTRUMENT.
<p><b>GENERAL:</b> ¿En qué medida influye la inadecuada protección del bien jurídico en el delito de peculado si el bien no le fue confiado al agente?</p> <p><b>ESPECÍFICOS</b></p> <p>a) ¿Cuáles son los criterios que determinan la tipificación del delito de peculado si el bien no le fue confiado al agente en la Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Huánuco 2012 - 2013?</p> <p>b) ¿En qué medida influyen los criterios de ponderación de los Magistrados de la Corte Superior de Justicia de Huánuco frente a la tipificación del delito de peculado?</p>	<p><b>GENERAL:</b> Determinar en qué medida afecta la inadecuada protección del bien jurídico en el delito de peculado si el bien no le fue confiado al agente.</p> <p><b>ESPECÍFICOS</b></p> <p>a) Determinar los criterios que determinan la tipificación del delito de peculado si el bien no le fue confiado al agente en la Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Huánuco 2012 - 2013.</p> <p>b) Determinar y analizar en qué medida influyen los criterios de ponderación de los Magistrados de la Corte Superior de Justicia de Huánuco frente a la tipificación del delito de peculado</p>	<p><b>GENERAL:</b> Sí, se determina la inadecuada protección del bien jurídico en el delito de peculado si el bien no le fue confiado al agente, entonces cumpliría su objetivo.</p> <p><b>ESPECÍFICAS:</b></p> <p>a) Sí, se determinan que existen criterios que fijan la tipificación del delito de peculado si el bien no le fue confiado al agente en la Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Huánuco 2012 - 2013, entonces sería eficaz</p> <p>b) Sí, se determinan cuáles son los criterios que influyen en la ponderación de los Magistrados de la Corte Superior de Justicia de Huánuco frente a la tipificación del delito de peculado, entonces se protegería el bien jurídico.</p>	<p><b>A. VARIABLE INDEPENDIENTE (VI)</b></p> <p>Protección del bien Jurídico</p> <p><b>B. VARIABLE DEPENDIENTE (VD)</b></p> <p>Delito de Peculado</p>	<p><b>POBLACIÓN</b> Abogados litigantes especializados en materia penal y expedientes concernientes al tema de investigación correspondiente al período 2012 - 2013 de la Sala Penal Liquidadora del Distrito Judicial de Huánuco.</p> <p><b>MUESTRA</b> La muestra de estudio estuvo constituida por un total de 34 expedientes y 23 Abogados litigantes especialistas en materia penal correspondiente al período 2012 - 2013.</p>	<p>Por su Tipo es APLICADA</p> <p>Por su Finalidad es FACTUAL</p> <p>Por el período de ejecución es TRANSVERSAL</p> <p><b>NIVEL DE INVESTIGACIÓN</b></p> <p>Descriptiva - Explicativa</p>	<p><b>MÉTODO:</b> En cuanto al método de investigación en el desarrollo del presente trabajo de investigación, se utilizarán el método: Analítico - Sintético.</p> <p><b>DISEÑO:</b></p> <p>El diseño utilizado es el: DESCRIPTIVO SIMPLE</p> <p>M →</p> <p>Dónde: M = Muestra de estudio. O = Observación realizada a dicha muestra.</p>	<p><b>TÉCNICAS</b> a utilizarse son las siguientes:</p> <p>análisis de documentos casuísticos</p> <p>fichaje.</p> <p>Observación directa y entrevista.</p> <p>Se utilizarán los siguientes</p> <p><b>INSTRUMENTOS:</b></p> <p>cuestionario</p> <p>Fichas de análisis de documentos</p> <p>Análisis de contenidos documentales</p> <p>cuestionario a los Abogados</p>

## CUESTIONARIO

### DIRIGIDO A LOS ABOGADOS LITIGANTES DE LA REGIÓN HUÁNUCO

#### **TITULO: “PROTECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO EN EL DELITO DE PECULADO EN LA SALA PENAL LIQUIDADORA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO”**

**INSTRUCCIONES:** Responda los ITEMS marcando con una X dentro del paréntesis ( )

1. ¿Qué factor esencial cree usted que se requiere para sancionar a una persona por el delito de peculado?
  - a) La posición de garante ( )
  - b) La causalidad hipotética ( )
  - c) La imputación objetiva ( )
  
2. ¿Cuándo el artículo 378° del Código Penal menciona que el funcionario público 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, está haciendo referencia a la posición de garante?
  - a) Si ( )
  - b) No ( )
  
3. ¿Cree Ud. que el supuesto de creación de un peligro inminente y que fuera propio para producirlo (injerencia) previsto en el artículo 387° del C.P., es un supuesto que origina la posición de garante?
  - a) Si ( )
  - b) No ( )
  
4. ¿Considera Ud. qué es suficiente con la posición de garante para justificar la responsabilidad penal por el delito de peculado?
  - a) Si ( )
  - b) No ( )
  
5. ¿Cuál cree Ud. que presenta una mejor gama de criterios para establecer la naturaleza y configuración del delito de peculado?
  - a) El cumplimiento de deber ( )
  - b) El dominio del hecho ( )
  - c) La imputación objetiva ( )
  
6. ¿Estima Ud. que los fallos emitidos por la corte superior de justicia de Huánuco, y que ha tenido conocimiento, sobre el delito de peculado, se han basado en criterios lógicos y normativos adecuados?
  - a) Si ( )
  - b) No ( )

7. ¿Considera Ud. que los jueces penales cuentan con un criterio conceptual necesario y adecuado para el análisis, configuración e imputación del delito de peculado?

a) Si ( )

b) No ( )

**Gracias por su colaboración.**