



**UNIVERSIDAD NACIONAL
“PEDRO RUIZ GALLO”
ESCUELA DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO**



**“APROPIACIÓN DE BIENES Y DEFRAUDACIÓN AL ESTADO:
INTERPRETACIÓN DE LA DOBLE TIPIFICACIÓN ORDINARIA Y
ESPECIAL (CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL - Art. 384° y 387°
DEL CODIGO PENAL)”**

TESIS

**PRESENTADA PARA OPTAR EL GRADO DE MAESTRO EN
DERECHO CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES**

AUTOR:

Abog. JOSÉ MANUEL RAMIREZ CARRASCO

ASESOR:

Dr. FREDDY WIDMAR HERNÁNDEZ RENGIFO

**Lambayeque – Perú
2019**

Elaborada por:

Abog. JOSÉ MANUEL RAMIREZ CARRASCO
TESISTA

Dr. FREDDY WIDMAR HERNÁNDEZ RENGIFO
ASESOR DE TESIS

Presentada a la Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Para optar el Grado Académico de: **Magister en Derecho Penal con mención en Ciencias Penales**

Aprobada por:

Dr. JOSE MARÍA BALCAZAR ZELADA
PRESIDENTE DEL JURADO

Dr. HUMBERTO FALLA LAMADRID
SECRETARIO DEL JURADO

Mg. RICARDO PONTE DURANGO
VOCAL DEL JURADO

Lambayeque, Julio del 2018

INDICE

RESUMEN.....	8
ABSTRACT	9
INTRODUCCIÓN.....	10
CAPÍTULO I: ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO.....	14
1.1. UBICACIÓN	14
1.1.1. Ubicación Geográfica.....	14
1.1.2. Ubicación Temporal	14
1.2. SURGIMIENTO DEL PROBLEMA.....	15
1.2.1. Planteamiento del problema	17
1.2.2. Justificación e importancia del estudio	18
1.3. MANIFESTACIÓN Y CARACTERÍSTICAS DEL PROBLEMA	20
1.4. DESCRIPCIÓN DE LA METODOLOGÍA	21
1.4.1. Formulación de Hipótesis	21
1.4.2. Objetivos	22
1.4.3. Área de Estudio – Ubicación Metodológica	24
1.4.4. Delimitación de la Investigación	24
1.4.5. Métodos y técnicas.....	24
1.4.6. Población de Estudio.....	25
1.4.7. Muestra de estudio	26
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	27
SUBCAPÍTULO I: DELITO Y FALTA.....	27
1. TEORÍA GENERAL DEL DELITO	27
1.1. Evolución de la teoría general del delito	27
1.2. Concepto	29
1.3. Importancia para el sistema penal	29
1.4. Concepciones del delito	30
1.5. Elementos del delito	32
1.6. Sujetos del delito	32
1.7. La acción en el delito.....	33

1.8. La omisión en el delito	33
1.9. La tipicidad del delito	35
1.10 La antijuricidad del delito	35
1.11. La culpabilidad del delito	36
2. LAS FALTAS	36
2.1. Concepto en el Derecho Penal	36
2.2. Desarrollo Doctrinario	36
2.3. Base Legal	38
2.4. Aplicación en el Sistema Penal	39
 SUBCAPÍTULO II: LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y GESTIÓN PÚBLICA....	40
1. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	40
1.1. Antecedentes	40
1.2. Concepto	40
1.3. Empleados de la administración pública	41
1.5. Empleado de confianza	45
2. GESTIÓN PÚBLICA	46
2.1. Nociones Previas	46
2.2. Gestión Pública	47
 SUBCAPÍTULO III: DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	48
1. SABERES INTRODUCTORIOS	48
1.1. Aspectos Generales	48
1.2. Desarrollo Teórico	49
1.3. Base Legal	50
1.4. Bien Jurídico Protegido	51
2. DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS REGULADOS EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO DE 1991	51
2.1. Aspectos Preliminares	51
2.2. Abuso de Autoridad	52
2.3. Concusión y otros	54
2.4. Peculado	66

3. DELITOS QUE AFECTAN LOS BIENES DESTINADOS AL SERVICIO MILITAR POLICIAL, ACORDE AL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL PERUANO.....	75
3.1. Aspectos preliminares	75
3.2. Delitos de función y la ley penal militar policial	75
3.3. El nuevo Código Penal Militar Policial	78
3.4. DELITOS QUE AFECTAN LOS BIENES DESTINADOS AL SERVICIO MILITAR POLICIAL	98
4. POSTURA DEL AUTOR.....	117
 CAPITULO III: RESULTADOS DEL TRABAJO DE CAMPO	119
3.1. ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS.....	119
3.2. ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS.....	140
3.3. DISCUSIÓN Y CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.....	150
3.4. PRESENTACION DEL MODELO TEORICO	154
 CONCLUSIONES.....	157
RECOMENDACIONES.....	159
BIBLIOGRAFIA.....	160

INDICE DE CUADROS

CUADRO Nº 1 DEFINICION DE PECUALDO _____	122
CUADRO Nº 2: LOS QUE INCURREN EN EL DELITO DE PECULADO _____	123
CUADRO Nº 3: CALIDAD DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS _____	124
CUADRO Nº 4: BIENES DESTINADOS AL SERVICIO MILITAR _____	125
CUADRO Nº 5: LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS TIENEN CALIDAD DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS _____	126
CUADRO Nº 6: TIPO PENAL GENERICO ORIENTADO A LA PROTECCION DE BIENES JURIDICOS _____	127
CUADRO Nº 7: CONFLICTO DE NORMAS APARENTE _____	128
CUADRO Nº 8: EN CASO DE CONFLICTO APARENTE RESULTA EFICAZ _____	129
CUADRO Nº 9: EL NE BIS IDEM AFECTA A LA JUSTICIA ORDINARIA _____	130
CUADRO Nº 10: LOS BIENES DESTINADOS A LA DEFENSA Y SEGURIDAD PUEDEN SUBSUMIR EN EL DELITO DE PECULADO Y COLUSION _____	131
CUADRO Nº 11: TIPO PENAL _____	132
CUADRO Nº 12: SE PUEDE DENUNCIAR LOS DELITOS DE AFECTACION A LOS BIENES PUBLICOS _____	133
CUADRO Nº 13: EL PERSONAL MILITAR ES CONSIDERADO FUNCIONARIO PÚBLICO POR LO QUE ES CONSIDERADO SUJETO ACTIVO DEL DELITO _	134
CUADRO Nº 14: RESPECTO A LA APLICACION DE LOS PRINCIPIOS _____	135
CUADRO Nº 15: FUERO ORDINARIO O FUERO ESPECIAL _____	136
CUADRO Nº 16: EFETOS A GENERARSE CON LA DESREGULACION DE LAS CONDUCTAS CRIMINALES QUE AFECTEN EL BUEN USO DE LOS BIENES DESTINADOS A LA DEFENSA NACIONAL _____	137
CUADRO Nº 17: EL TEMA DEL PRESENTE TRABAJO DE INVESTIGACION AYUDA A SALVAGUARDAR LOS INTERESES DEL ESTADO _____	139

INDICE DE GRAFICOS

GRAFICO Nº 1	122
GRAFICO Nº 2	123
GRAFICO Nº 3	124
GRAFICO Nº 4	125
GRAFICO Nº 5	126
GRAFICO Nº 6	127
GRAFICO Nº 7	128
GRAFICO Nº 8	129
GRAFICO Nº 9	130
GRAFICO Nº 10	131
GRAFICO Nº 11	132
GRAFICO Nº 13	134
GRAFICO Nº 14	135
GRAFICO Nº 15	136
GRAFICO Nº 16	138
GRAFICO Nº 17	139

RESUMEN

Recordemos, la investigación tiene por objeto analizar el aspecto de similitud del delito de afectación del material destinado a la defensa del Estado en el Código Penal Militar Policial, situado en el Título VII delitos que afectan a bienes destinados al servicio militar policial en el Artículo 133º, para delimitar adecuadamente la similitud que existe entre el Artículo mencionado y los Artículos 384º y 387º del Código Penal, que indican los caracteres de colusión y peculado cometidos por funcionarios públicos, por lo cual se plantea derogar o dejar de lado algunos puntos por la necesidad de no invocar al NE BIS IN DEM.

Ahora bien, llegado a este punto deviene en necesario analizar los artículos antes mencionados, en aras de garantizar el debido proceso, por el cual se logren respetar las garantías y principios que rigen, desde la constitución y leyes especiales, el sistema de seguridad jurídica, ello en atención que algunas de las llamadas infracciones administrativas disciplinarias son verdaderas acciones típicas constitutivas de delito, lo que haría crear un ámbito de impunidad penal, en atención al postulado constitucional del *ne bis im ídem* o, en su defecto, del *non bis ídem*, ambos claramente delimitados por el Tribunal Constitucional.

Siendo así, la propuesta de investigación, que se enmarca en un contexto de investigación formal busca establecer los límites exactos de las acciones constitutivas de delitos y de las actuaciones constitutivas de infracciones penales en que pudieran incurrir los miembros de la fuerza militar, en tanto integrantes de la institución llamada a garantizar el cumplimiento de la ley, el orden y la seguridad en toda la República.

PALABRAS CLAVES: apropiación de bienes, defraudación al Estado, servicio Militar Policial, NO BIS IDEM, seguridad jurídica.

EL AUTOR

ABSTRACT

Recall the investigation aims to analyze the aspect of similarity of the crime of appropriation of property and fraud to the State in the military criminal law code located in Title VII crimes affecting property intended for police military service in Article 133, to properly delimit the similarity that exists between the aforementioned article and articles 384 and 387 of the criminal code, which indicate the characters of collusion and embezzlement committed by public officials, for which reason it is proposed to repeal or set aside some points due to the need not to invoke the NO BIS IN DEM.

Now, at this point it becomes necessary to analyze the aforementioned articles, in order to guarantee due process, by which the guarantees and principles that govern, from the constitution and special laws, the legal security system can be respected, this in attention that some of the so-called administrative disciplinary infractions are true typical actions constituting a crime.

Thus, the research proposal, which is part of a formal research context, seeks to establish the exact limits of the actions constituting crimes and actions constituting criminal offenses that might be incurred by members of the military, as members of the institution called to guarantee compliance with the law, order and security throughout the Republic.

KEYWORDS: appropriation of property, defrauding the State, Military Police service, NO BIS IDEM, legal security.

THE AUTHOR

INTRODUCCIÓN

Es importante conocer el tratamiento jurídico que se le da al problema de la tipificación del delito de apropiación de bienes y defraudación al estado, debido a la existencia de una similitud en la tipificación de tal delito, encontrándolo tanto en Código Penal Militar Policial como en el Código Penal, siendo una misma figura, al tener los agentes la calidad de funcionarios públicos ante la comisión de este delito, teniéndose en cuenta la posibilidad de desregular alguno de los dos articulados para efectos de no alterar la aplicación del *ne bis in idem*, en la administración de justicia.

La presente investigación se planteó también como problema la interrogante de: ¿De qué manera la desregulación de la conducta tipificada en el Código Penal Militar Policial como delito de afectación a los bienes destinados a la defensa, seguridad nacional y orden interno, por estar subsumida bajo la competencia de la justicia penal común, en los tipos penales de peculado y colusión, generará como efectos una adecuada protección al bien jurídico tutelado Administración Pública, por tratarse de delitos de función, evitando además impunidades y vulneraciones al debido proceso?, tenemos también como objetivo general: establecer que el bien jurídico tutelado Administración Pública encuentra su adecuada protección con la desregulación de la conducta tipificada en el Código Penal Militar Policial como delito que afectan los bienes destinados al servicio militar policial por estar subsumida bajo la competencia de la justicia penal común, en los tipos penales de peculado y colusión, al tratarse de delitos de función, evitando así impunidades y vulneraciones al debido proceso.

Y los objetivos específicos: a) Determinar la naturaleza jurídica, a través de su confrontación dogmática, de las infracciones administrativas disciplinarias contenidas en el código penal militar policial, con el propósito de establecer su tramitación procesal y una imputación razonable b) Precisar las diversas actuaciones efectuadas por los miembros de la fuerza militar y policial en el ámbito de las configuraciones típicas de las figuras delictivas contenidas en el catálogo penal, a partir de la determinación real de la naturaleza jurídica de las penas contempladas c) Establecer que con la apropiación ilegítima de bienes destinados al servicio del Estado, contenido en el Código Penal Militar Policial y su real adecuación a la acción típica constitutiva de delitos se permitirá la vigencia plena de los principios que rigen el sistema penal siendo una de sus directas consecuencias la evitación de impunidades d) Demostrar que con la apropiación ilegítima de bienes (material) destinado para uso del Estado tiene una clara imputación punitiva dentro del código justicia militar policial y su real adecuación a la acción típica constitutiva de delitos se dará cabida a la vigencia plena del debido proceso, en tanto garantía del Derecho procesal e) Acreditar que apropiación de bienes destinado para uso del Estado y su real adecuación a la acción típica constitutiva de delitos permitirá la prevalencia del respeto a los valores de justicia e igualdad, conducentes a la seguridad jurídica y a la confianza ciudadana en las Instituciones tutelares de su propia seguridad; de hipótesis tenemos: Si, se desregulara la conducta tipificada en el Código Penal Militar Policial como delito de afectación a los bienes destinados al servicio militar policial, por ser un delito de infracción de deber, tipificado en el Código Penal (peculado y colusión); generará

como efectos una adecuada protección al bien jurídico tutelado Administración Pública, evitando impunidades y vulneraciones al debido proceso.

La presente investigación se estructuró en tres capítulos: El primero referido al análisis del objeto de estudio, en donde se abordan temas precisos sobre la ubicación temporal y geográfica del objeto de estudio, la manera cómo surge el problema, la manifestación y características del problema, así como la formulación de la hipótesis debidamente contrastada, a través del cumplimiento de los diversos objetivos: general y específicos, y la utilización de métodos y técnicas empleadas en el desarrollo de toda la investigación.

El segundo capítulo de la investigación corresponde al marco teórico, estructurado en cuatro subcapítulos, el primero que aborda el tema de delito y falta, el segundo subcapítulo comprende la administración pública y gestión pública, el tercer sub capítulo trata respecto a los delitos contra la administración pública.

Finalmente, el último capítulo lo conforma el análisis y discusión de los resultados sobre los datos obtenidos de la encuesta aplicada a jueces, fiscales y abogados de la ciudad de Chiclayo, pertenecientes al Distrito Judicial de Lambayeque, se procedió a plasmar la información en cuadros estadísticos.

Sobre el conflicto existente entre los bienes jurídicos tutelados, cabe señalar que en el actual ordenamiento jurídico penal la tipificación del delito de colusión, así como peculado, son delitos cuyo agente tiene la calidad de funcionario público, mientras que el Código de Penal Militar Policial, se castiga a los miembros de las Fuerzas Armadas, que vendrían a ser funcionarios públicos también, por ende se estaría hablando de una doble tipificación de un mismo delito, lo cual conllevaría a

la posibilidad de la aplicación del *ne bis in idem*, aun teniendo en consideración que los articulados del Código Penal castigan y sancionan de una forma más adecuada, con la finalidad de preservar y resguardar los intereses del Estado.

Lambayeque, mayo de 2018.

Abog. José Manuel RAMIREZ CARRASCO

TESISTA

CAPÍTULO I: ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO

1.1. UBICACIÓN

1.1.1. Ubicación Geográfica

La investigación científica se desarrollará en el Distrito Judicial de Lambayeque, lugar en que se desarrollará el estudio e interpretación de la doble tipificación ordinaria y especial Código Penal y Código Penal Militar Policial) y de manera específica lo relacionado al “Delito de afectación del material destinado a la defensa nacional -133° CPMP”, debiendo abordarse para ello una serie de sub temas, así tenemos : i) Correcta aplicación del ne bis in ídem en los procesos penales en que se imputa la comisión del artículo arriba citado al personal militar y/o policial, ii) Diferenciar la afectación del bien jurídico vulnerado en ambos fueros y iii) Delimitar y precisar la diferencia entre los delitos de función e infracción del deber, en el presente caso.

1.1.2. Ubicación Temporal

El objeto de estudio de la presente investigación se ubica en el tiempo comprendido entre en el año 2018, sobre la doble tipificación ordinaria y especial del delito de afectación del material destinado a la defensa nacional, así como la opinión actual de la comunidad jurídica entre jueces, fiscales y abogados y su apreciación respecto al tratamiento de la conducta contenida en el Artículo 133° del Código Penal Militar Policial.

1.2. SURGIMIENTO DEL PROBLEMA

La Constitución Política del Perú, en su Capítulo XII: De la seguridad y defensa nacional, establece que *“El Estado garantiza la seguridad de la Nación mediante el Sistema de Defensa Nacional”*. En tal sentido, el Art. 163° continúa acotando que: *“La Defensa Nacional es integral y permanente. Se desarrolla en los ámbitos interno y externo. Toda persona, natural o jurídica, está obligada a participar en la Defensa Nacional, de conformidad con la ley”*. Señalándose, para dicho fin, en el Art. 166° que: *“Las Fuerzas Armadas están constituidas por el Ejército, la Marina de Guerra y la Fuerza Aérea. Tienen como finalidad primordial garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República. Asumen el control del orden interno de conformidad con el artículo 137° de la Constitución”*. Para implementar esta función *“Las leyes y los reglamentos respectivos determinan la organización, las funciones, las especialidades, la preparación y el empleo; y norman la disciplina de la Policía Nacional”* (Art. 168°). Finalmente, la Carta Magna precisa en el Art. 173° que *“En caso del delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código Penal Militar Policial...”*.

Consiguientemente, y estando a lo dispuesto por el mandato constitucional en su Art. 168°, el Poder Ejecutivo, premunido de las facultades legislativas otorgadas por el Legislador, mediante el Decreto Legislativo N°1094, procedió a legislar en materia de fortalecimiento de la fuerza militar, el cual establece que *“tiene por objeto fundamental prevenir la comisión de los delitos de función militar o policial, como medio protector y de cumplimiento de los fines*

constitucionales de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, contribuyendo al mantenimiento del orden y la disciplina en sus cuadros”. Aquí caben unas primeras interrogantes, a saber: ¿la afectación del material destinado a la defensa, seguridad nacional y orden interno se puede denunciar como delito de peculado?; ¿el que indebidamente, disponga, destruya, deteriore, abandone, o pierda, armas, municiones, explosivos, combustibles, vehículos terrestres, navales, aéreos, o parte de éstos y demás bienes o pertrechos militares o policiales, puede ser denunciado como un funcionario público por el delito de colusión o de peculado?

Algún sector de la doctrina nacional, con certeza liminar, señalará que las preguntas antes expuestas son atendidas a través de los principios rectores que enmarcan el Código Penal Militar Policial, por los cuales se garantiza la legalidad, la autonomía de la responsabilidad de la afectación de material destinado para defensa nacional, ser sancionados como funcionario público. Siendo aquella la situación problemática del tema de investigación.

La presente investigación tiene por objeto analizar exhaustivamente cada aspecto de similitud del delito de afectación del material destinado a la defensa nacional y de apropiación ilegítima de material destinado al servicio inserto en el Código Penal Militar Policial, situados en el Título VII “Delitos que afectan los bienes destinados al servicio militar policial”, en el Artículo 133º, el propósito de dicho análisis exhaustivo converge en la necesidad de delimitar adecuadamente la similitud que existe entre este artículo mencionado y los artículos 384º y 387º del Código Penal, que indican los caracteres del delito de colusión y peculado cometido por funcionarios

públicos, si se debe de derogar o dejar de lado alguno de estos artículos por la necesidad de no invocar el principio constitucional de NON BIS IDEM, en aras de garantizar el debido proceso, por el cual se logren respetar las garantías y principios que rigen, desde la Constitución y leyes especiales, el sistema de seguridad jurídica; ello en atención que algunas de las llamadas infracciones administrativas disciplinarias son verdaderas acciones típicas constitutivas de delito, lo que haría crear un ámbito de impunidad penal, en atención al postulado constitucional del *ne bis im ídem* o, en su defecto, del *non bis ídem*, ambos claramente delimitados por el Tribunal Constitucional. Siendo así, la propuesta de investigación, que se enmarca en un contexto de investigación formal busca establecer los límites exactos de las acciones constitutivas de delitos y de las actuaciones constitutivas de infracciones penales en que pudieran incurrir los miembros de la fuerza militar, en tanto integrantes de la institución llamada a garantizar el cumplimiento de la ley, el orden y la seguridad en toda la República.

1.2.1. Planteamiento del problema

¿De qué manera la desregulación de la conducta tipificada en el Código Penal Militar Policial como delito de afectación a los bienes destinados a la defensa, seguridad nacional y orden interno, por estar subsumida bajo la competencia de la justicia penal común, en los tipos penales de peculado y colusión, generará como efectos una adecuada protección al bien jurídico tutelado Administración Pública, por tratarse de delitos de infracción de deber, evitando además impunidades y vulneraciones al debido proceso?

1.2.2. Justificación e importancia del estudio

Para el presente caso se tiene que su estudio se justifica porque es importante conocer el tratamiento jurídico que se le da al problema de la tipificación del delito de apropiación de bienes y defraudación al Estado, debido a la existencia de una similitud en la tipificación de tal delito, encontrándolo tanto en nuestro Código Penal, como en el Código Penal Militar Policial, siendo una misma figura, al tener los agentes la calidad de funcionarios públicos ante la comisión de este delito, teniéndose en cuenta la posibilidad de desregular alguno de los dos articulados para efectos de no alterar la aplicación del *ne bis in idem*, en la administración de justicia.

Teniendo como finalidad establecer su correcta tratativa jurídica, en pos de un adecuado sistema de justicia nacional; siendo que de por sí el tema guarda relación con la efectividad de la aplicación de la norma, así como la adecuada aplicación de principios y normas para determinados casos.

Sobre el conflicto existente entre los bienes jurídicos tutelados, cabe señalar que en el actual ordenamiento jurídico penal la tipificación del delito de colusión, así como peculado, son delitos cuyo agente tiene la calidad de funcionario público, mientras que el Código Penal Militar Policial, se castiga a los miembros de las Fuerzas Armadas, que vendrían a ser funcionarios públicos también, por ende se estaría hablando de una doble tipificación de un mismo delito, lo cual conllevaría a la posibilidad de a aplicación del *ne bis in idem*, aun teniendo en consideración que los articulados del Código Penal castigan y sancionan de una forma más adecuada, con la finalidad de preservar y resguardar los intereses del Estado.

No es menos correcto sostener la importancia de la investigación en el hecho de que permitirá conocer que el delito de apropiación de bienes y defraudación al Estado, teniendo similitud con lo normado en el Código Penal mediante las figuras de peculado y colusión, envuelven entre sí una misma figura jurídica, que es necesario adecuar, con la finalidad de establecer criterios unificadores que permitan la correcta aplicación de la norma en cuestión.

La urgencia de la propuesta se haya establecida en el hecho de que las normas del Código Penal resguardan los intereses de los bienes jurídicos tutelados y en el caso de la presente investigación se trata de bienes del Estado, cuya regulación similar podría generar conflicto entre normas o incluso la aplicación inadecuada de una norma, dejando en peligro de vulnerabilidad los bienes del Estado.

La utilidad teórica viene dada por la unificación de criterios dogmáticos para tratar una misma problemática, efectuando las comparaciones debidas entre las legislaciones materia de la presente investigación; lo cual nos permitirá obtener conocimiento a los fines de obtener un conocimiento válido en torno a los intereses del Estado que requieren de una mayor protección.

Se obtendrán las bases epistemológicas para la sustanciación de la propuesta de desregulación de uno de los articulados que tipifican de forma similar el delito en cuestión, a fin de resguardar de la forma más adecuada

los bienes del Estado y por ende se sancione también a los agentes que incurran en la comisión del delito en cuestión.

1.3. MANIFESTACIÓN Y CARACTERÍSTICAS DEL PROBLEMA

La presente investigación tiene por objeto analizar exhaustivamente cada aspecto de similitud del delito de **afectación del material destinado a la defensa nacional**, en el código Penal Militar Policial, situados en el artículo 133, el propósito de dicho análisis exhaustivo converge en la necesidad de delimitar adecuadamente la similitud que existe entre este artículo mencionado y los artículos 384º y 387º del Código Penal, que indican los caracteres del delito de colusión y peculado cometido por funcionarios públicos, si se debe de derogar o dejar de lado alguno de estos artículos por la necesidad de no invocar el principio constitucional de ***non bis ídem***, en aras de garantizar el debido proceso, por el cual se logren respetar las garantías y principios que rigen, desde la Constitución y leyes especiales, el sistema de seguridad jurídica; ello en atención que algunas de las llamadas infracciones administrativas disciplinarias son verdaderas acciones típicas constitutivas de delito, lo que haría crear un ámbito de impunidad penal, en atención al postulado constitucional del *ne bis im ídem* o, en su defecto, del *non bis ídem*, ambos claramente delimitados por el Tribunal Constitucional. Siendo así, la propuesta de investigación, que se enmarca en un contexto de investigación formal busca establecer los límites exactos de las acciones constitutivas de delitos y de las actuaciones constitutivas de infracciones penales en que

podrían incurrir los miembros de la fuerza militar, en tanto integrantes de la institución llamada a garantizar el cumplimiento de la ley, el orden y la seguridad en toda la República.

1.4. DESCRIPCIÓN DE LA METODOLOGÍA

1.4.1. Formulación de Hipótesis

1.4.1.1. Hipótesis:

Si, se desregulara la conducta tipificada en el Código Penal Militar Policial como delito de afectación del material destinado a la defensa, nacional, por tratarse de un delito de función, tipificado en el Código Penal como peculado y colusión; entonces, se generará como efectos una adecuada protección al bien jurídico tutelado Administración Pública, evitando impunidades y vulneraciones al debido proceso.

1.4.1.2. Identificación de Variables:

- a. Variable Independiente:** fundamentación dogmática de la disposición de material destinado a la defensa nacional, conforme al Decreto Legislativo N°1094 y los artículos 384° y 387° del Código Penal Peruano.

b. Variables Dependientes:

1. El acogimiento de la fundamentación dogmática de la disposición de material destinado a la defensa nacional del Estado, conforme al Decreto Legislativo N°1094, frente a los delitos de colusión y peculado permitirá:
2. La adecuación, real y efectiva, de las acciones típicas constitutivas de delitos, según corresponda, evitando impunidades.
3. La vigencia plena de los principios que rigen el sistema penal y el sistema procesal penal.
4. El adecuado cumplimiento de la garantía constitucional del debido proceso.
5. La prevalencia de los valores jurídicos de justicia e igualdad.
6. La conducción certera hacia la seguridad jurídica y confianza ciudadana en las instituciones tutelares de administración de justicia.
7. La no invocación del principio constitucional de *non bis idem*.

1.4.2. Objetivos

1.4.2.1. Objetivo General

Establecer que el bien jurídico tutelado Administración Pública encuentra su adecuada protección con la desregulación de la conducta tipificada en el Código Penal Militar Policial, como delito de afectación al material destinado a la defensa nacional del Estado Peruano, ello en razón de estar subsumida bajo la competencia de la justicia penal común, en los

tipos penales de peculado y colusión, al tratarse de delitos de función, evitando así impunidades y vulneraciones al debido proceso.

1.4.2.2. Objetivos Específicos

1. Determinar la naturaleza jurídica, a través de su confrontación dogmática, de las infracciones administrativas disciplinarias contenidas en el Código Penal Militar Policial, con el propósito de establecer su tramitación procesal y una imputación razonable.
2. Precisar las diversas actuaciones efectuadas por los miembros de la fuerza militar y policial en el ámbito de las configuraciones típicas de las figuras delictivas contenidas en el catálogo penal, a partir de la determinación real de la naturaleza jurídica de las penas contempladas.
3. Establecer que con la afectación del material destinado a la defensa nacional del Estado; inserto en el Código Penal Militar Policial y su real adecuación a la acción típica constitutiva de delitos se permitirá la vigencia plena de los principios que rigen el sistema penal siendo una de sus directas consecuencias, evitar impunidades.
4. Demostrar que, con la afectación del material destinado a la defensa nacional del Estado, se tiene una clara imputación punitiva dentro del Código Penal Militar Policial y su real adecuación a la acción típica constitutiva de delitos se dará cabida a la vigencia plena del debido proceso, en tanto garantía del derecho procesal.
5. Acreditar que con la afectación del material destinado a la defensa nacional y su real adecuación a la acción típica constitutiva de delitos

permitirá la prevalencia del respeto a los valores de justicia e igualdad, conducentes a la seguridad jurídica y a la confianza ciudadana en las instituciones tutelares de su propia seguridad.

1.4.3. Área de Estudio – Ubicación Metodológica

- a. Área de estudio** : dimensión praxiológica
- b. Nivel epistemológico** : valoración.
- c. Tipo de investigación** : explicativa.
- d. Campo de investigación** : investigación jurídico-social.

1.4.4. Delimitación de la Investigación

- a. Espacial:** Distrito judicial de Lambayeque.
- b. Temporal:** tiempo necesario en analizar el tema bajo estudio.
- c. Cuantitativa:** cantidad de procesos en los cuales se alega el principio de *ne bis in ídem* a fin de evitar el juzgamiento en el fuero común en el Distrito judicial de Lambayeque.
- d. Cualitativa:** nivel de valoración de las opiniones de los operadores del derecho en cuanto a la aplicación del *ne bis in ídem* en los procesos del fuero común (corrupción de funcionarios) alegado por los miembros de las fuerzas armadas en el Distrito judicial de Lambayeque.

1.4.5. Métodos y técnicas

- A. Métodos:** Entre los métodos tenemos: Inductivo-deductivo, exegético, analítico, sintético, descriptivo-explicativo, dogmático.

B. Técnicas: Tenemos: la observación, bibliográficas, documental, fichaje y encuesta.

1.4.6. Población de Estudio

La aplicación de los métodos y técnicas de investigación señalados, y otros que serán agregados en el transcurrir de la investigación, nos permitirán recopilar la información necesaria para los efectos de contrastar la hipótesis planteada. Y, siendo así, por la naturaleza del estudio y los efectos de la propuesta a formular, la población estará conformada por todos aquellos aspectos que de una u otra manera permitan relacionar lo que constituye el eje central de la presente investigación, analizar exhaustivamente cada aspecto de similitud del delito de afectación del material destinado a la defensa nacional, en el Código Penal Militar Policial, ubicado en el TÍTULO VII **Delitos que afectan los bienes destinados al servicio militar policial** en el Artículo 133°, el propósito de dicho análisis exhaustivo converge en la necesidad de delimitar adecuadamente la similitud que existe entre este artículo mencionado y los Artículos 384° y 387° del Código Penal, que indican los caracteres del delito de colusión y peculado cometido por funcionarios públicos, si se debe de derogar o dejar de lado alguno de estos artículos por la necesidad de no invocar el principio constitucional de ***non bis idem***, en aras de garantizar el debido proceso

Y, siendo que la POBLACIÓN es el conjunto de individuos, objetos, situaciones, cursos, etc., de los que se desea conocer, investigar o saber

algo en una investigación; en tanto que la MUESTRA, es una pequeña porción representativa y adecuada de la población, a partir de la cual el investigador va obtener datos que son puntos de partida de las generalizaciones, se tiene que la población de estudio estará conformada por los profesionales del Derecho que ejercen en la ciudad de Lambayeque y Chiclayo, ya sean como magistrados, jueces, fiscales o abogados de la defensa, a quienes se procederá a aplicar encuestas innominadas y entrevistas (de ser el caso), para obtener mayores datos estadísticos, conforme al sustento teórico a desarrollar en la investigación.

1.4.7. Muestra de estudio

La población de abogados que ejercen en el Distrito judicial de Lambayeque oscila entre aproximadamente tres mil quinientos ochenta y nueve (3589), según los datos obtenidos del último proceso electoral en el Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

SUBCAPÍTULO I: DELITO Y FALTA

1. TEORÍA GENERAL DEL DELITO

1.1. Evolución de la teoría general del delito

Partiendo del periodo primitivo, en donde el hombre buscaba repeler todo aquello que consideraba que atentaba contra su grupo, está claro que no había una noción de la justificación de lo que era correcto. El tabú entendido para aquel entonces era suficiente para determinar si una conducta era un peligro o no para los individuos. Esto último puede constituir el primer antecedente del tipo penal que conocemos hoy. Además, para esta época, la forma rigurosa de las tribus en responder a las ofensas cometidas en sus territorios constituye un antecedente de uno de los pilares que conocemos hoy en día en el derecho penal, que es el principio de territorialidad. (JIMENEZ DE ASÚA, 1964, p. 241).

De los castigos que recaían en estos contextos, podemos agruparlos en aquellos que fueron muy severos ya que no ponían un límite en su ejecución, siendo el daño del castigo mayor al que hubiese sido provocado. De la misma forma se tomaba la decisión de que el sujeto que haya atentado en alguna modalidad contra la tribu sea expulsado del territorio. Esto último lo conocemos actualmente como la figura de la extradición.

El primer antecedente escrito lo tenemos en el Código Hammurabi, que con la famosa aplicación del talión ponía en evidencia la irracional forma de solución de conflictos entre los ciudadanos de aquella época.

Con respecto a la edad media, consideramos importante mencionar la conocida teoría del contrato social. Esta describía la manera de cómo los hombres, mediante concertaciones mutuas, buscaban garantizar la convivencia para poder plenamente en sociedad. Este acuerdo sostenía como propósito poder sancionar todas aquellas conductas que iban contra el ordenamiento acordado por todos los miembros de la sociedad. Todo lo moralmente incorrecto se consideraba prohibido. (ZAFFARONI, 1981, p. 34)

Siendo más sistemáticos en el análisis, ya a fines del siglo XIX, tomando en cuenta básicamente el actuar de las personas, el sistema causalista emerge entre todas las ideas y teorías que se venían planteando para esa época, estableciendo que la acción humana es un fenómeno causal, que tiene como consecuencia un determinado resultado.

La culpabilidad es considerada como un elemento importante para tener en cuenta la valoración de la conducta de la persona, de si hubo o no una plena voluntad o conciencia del contexto.

Posteriormente, WELZEL (1993) y su destacada teoría de la acción final, terminaron conllevando a la creación de un sistema finalista. Esto se da ya a mediados del siglo XX. En dicha teoría fundamenta que, como seres humanos racionales que podemos ser, nuestras acciones siempre están destinadas a una finalidad cuyo resultado ha sido previsible. (p. 5)

La culpabilidad en este caso se centra en poder resolver si la conducta típica y antijurídica puede ser imputada al sujeto a quien se le atribuya respectivo acto. Claro está que otros puntos importantes respecto al delito, planteados por esta teoría, mantenían el mismo rubro.

Todos los estudios que ha venido recogiendo la doctrina a lo largo de los años se ven reflejadas actualmente en las normas positivas que están vigentes hoy en día en sus respectivos campos de aplicación. Con respecto a nuestra legislación, tenemos el Código Penal de 1991, el cual en todo el Libro I de su contenido señala, de forma precisa y sistemática, las características de la aplicación de la pena, así mismo, como de la realización del hecho punible y de las consecuencias que estas lleva, para la intervención del poder punitivo del Estado.

1.2. Concepto

La teoría general del delito, se entiende como aquella disciplina que busca estructurar sistemáticamente las características que tienen en común todas dichas conductas que atenten contra el ordenamiento general y pongan en peligro el bien jurídico de la sociedad. (VILLA STEIN, 2014, p. 241)

La teoría general del delito se ocupará del análisis de cada uno de los elementos que constituyen el hecho a sancionar, para de esa manera poder denominarlo delito. Este análisis irá acompañado de todos los saberes recogidos por la doctrina para poder evaluar si el accionar del sujeto tiene la relevancia suficiente para la intervención del Estado. (MUÑOZ CONDE, 1990, p. 1).

1.3. Importancia para el sistema penal

El sistema penal requiere que para la sanción a sus ciudadanos se pueda aplicar adecuadamente la norma respectiva, por ende, la teoría general del delito permitirá que se pueda analizar eficientemente a la conducta del ser

humano para poder determinar si el accionar de algún sujeto es merecedor de un castigo. (ROXIN, 1997, p. 192)

Más allá de las simples definiciones o conceptos que se tengan presente, lo que permitirá la teoría general del delito es la atribución de características fundamentales que en la práctica pasarán a tratarse como requisitos que deberán prevalecer si es que queremos saber que estamos frente a un hecho en que deba intervenir el ius puniendi.

1.4. Concepciones del delito

Es importante tener en cuenta las distintas acepciones de cómo se ha concebido al delito en el sistema penal. Para esto es importante tener en cuenta lo siguiente:

1.4.1. Concepción formal o nominal:

Desde esta concepción el delito se constituye como aquella conducta humana que contraviene el ordenamiento jurídico, pudiendo ser público o privado el daño. (FERRI, 1993, p. 364)

Esta definición, por lo que apreciamos nos da una vista muy general de lo que es el delito. Además, se señala que el delito dependerá de la norma jurídica, prevaleciendo el principio de legalidad, mostrando de esta forma el carácter positivista de esta concepción.

1.4.2. Concepción substancial o material:

Para este caso tomaremos en cuenta al maestro MEZGER (1935) que señala que al delito como: “una acción típica, antijurídica, culpable”. (p. 156)

Como podemos observar en la concepción substancial del delito, esta al señalar la definición está indicando los elementos constitutivos que se necesitan para que se pueda calificar determinada conducta. Las legislaciones penales en el mundo toman muy en cuenta estos preceptos para poder constituir su doctrina.

1.4.3. Concepción jurídica del delito:

Esta concepción establece que el delito, al encontrarse en una norma escrita, siempre va a señalar sus presupuestos, de lo cual resultará una consecuencia, que bien puede ser, como es en el caso de nuestro Código Penal Peruano de 1993, una pena o medida de seguridad.

1.4.4. Concepción filosófica del delito:

De acuerdo con esta concepción, el delito radica en el hecho de haber transgredido de alguna manera el deber. Dentro de este punto es importante tener en cuenta el deseo de los promotores de esta concepción de globalizar el concepto de delito. Se afirma además que el delito puede perder la persecución del Estado con el pasar del tiempo. (MIR PUIG, 1976, p. 227)

1.4.5. Concepción dogmática

El planteamiento que se hace del delito en este punto es uno de los más estructurados, pues se trabaja con la idea de que este se constituye por la acción u omisión, que, por voluntad de su autor, es a su vez típica, antijurídica y culpable. (MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARAN, 2004, p. 405).

1.4.6. Concepción sociológica del delito

Desde esta apreciación, el delito es tomado como a todas aquellas acciones de transgreden de alguna forma a los sentimientos altruistas primordiales, como lo es la piedad y honradez. Estos sentimientos son esenciales para que el individuo pueda realizarse en la sociedad de manera conjunta con sus semejantes. (ROXIN, 1980, p. 95)

1.5. Elementos del delito

Mantenemos la postura de que el delito se constituye por 4 elementos que son: la acción, la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Cuando se dé el caso en que concurren todas estas características, estaremos frente a un acto delictivo, merecedor de la intervención del derecho penal.

1.6. Sujetos del delito

1.6.1 Sujeto activo

Es quien efectúa la acción típica y provoca de esta manera la intervención del poder punitivo estatal. Es importante hacer la apreciación que el Estado, dentro de su facultad de usar su poder sancionador, debe aplicar de la mejor manera el mismo, reconsiderando los elementos que forman parte del delito. Una vez dado cuenta de que el sujeto activo es merecedor de la pena a imponer, se buscará que ésta misma pena a aplicarse sea proporcional para la reinserción a la sociedad del sujeto que haya delinquido. (VILLA STEIN, 2014, p. 280-281)

1.6.2 Sujeto pasivo

Se le denomina así al titular sobre quien recae la acción del sujeto activo. Cuando se trata de un hecho típico, el sujeto activo puede poner en peligro o lesionar el bien jurídico tutelado del sujeto pasivo. (VILLA STEIN, 2014, p. 281)

1.7. La acción en el delito

Se entiende como la acción en el aspecto penal a aquella conducta delictiva que conduce hacia un fin que perjudica el bien jurídico público. El individuo debe exteriorizar su pensamiento que lo impulsa a cometer el hecho típico, lo cual será valorado por los operadores de justicia. (JESCHECK, 1972, p. 168)

Es importante mencionar que el accionar del sujeto activo, una vez iniciado, pero que por causas ajenas no se llega a concluir, es tratado como tentativa, la cual también es punible, pero que a diferencia de un hecho que sí se concluyó provocando consecuencias, se trata con menor severidad a la hora de imponer su respectiva pena.

1.8. La omisión en el delito

Esta figura señala que el sujeto, estando en la obligación de actuar conforme a ley, no lo hace, a pesar de que está a su alcance poder hacerlo.

La omisión se da en el caso donde hay un necesario deber de actuar en salvaguarda de un bien jurídico, pero el sujeto opta por desistir de esa

obligación dejando de lado el principio de solidaridad humana. (COSSIO, 1962, p. 466).

Debemos precisar que esta omisión ha de provocar consecuencias jurídicas para poder ser merecedora de la intervención del poder punitivo del Estado.

El connotado ex juez supremo y actual abogado litigante, VILLA STEIN (2014) señala que la omisión puede darse en las siguientes modalidades:

1.8.1. Omisión propia o pura

Esta sostiene una definición más rigurosa, señalando que el sujeto sabe que con su actuar, incumpliendo alguna norma imperativa, está violentando o atentando contra algún bien jurídico protegido. (p. 333)

La base legal en nuestro país se limita únicamente a lo que está en el Libro I del Código Penal, no pueden haber supuestos que no sean los que el legislador no ha establecido.

1.8.2. Omisión impropia o comisión por omisión

En este caso el agente omite una acción que debe hacer, realizando otra que pudiese impedir el acto lesivo. La conducta del sujeto activo es esencial a analizar para que la acción que se esté realizando puede considerarse como un reemplazo a otra que sí debió ejecutarse. (p. 335-336)

1.9. La tipicidad del delito

Para muchos doctrinarios, este es el primer elemento constitutivo del delito, el cual consiste en que la norma que crea el legislador para buscar amparar bienes jurídicos será la que fije qué hechos son considerados como delitos.

Su naturaleza descriptiva permite fijar los requisitos materiales que deben tener las conductas para que pasen a considerarse delitos. Todo tipo penal debe fijarse en alguna norma del ordenamiento jurídico. (MUÑOZ CONDE, 1990, p. 39).

1.10 La antijuricidad del delito

La antijuricidad consiste en aquella característica constitutiva del delito en la que la conducta típica no está justificada en alguna norma del ordenamiento jurídico. (BACIGALUPO, 1994, p. 139)

El ordenamiento jurídico es tomado como el criterio general para considerar si un hecho típico puede ser considerado como antijurídico.

En muchos casos las normas que están conformando el ordenamiento jurídico no sólo solo son de carácter imperativo o de prohibición, por lo que pueden tratarse también de enunciados permisivos, trayendo como consecuencia la proposición de que no todo acto típico sea ilícito.

La antijuricidad toma a la tipicidad como su fundamento real y de vigor (ratio essendi) y al delito como un acto que es típicamente antijurídico. No obstante, a esto, como se maneja actualmente en la práctica, de la misma forma como proponen los seguidores de los conceptos de la ratio cognoscendi, el acto puede ser justificado, por lo que no siempre una acción que lesione o ponga

en peligro un bien jurídico será ilícita a pesar de su tipicidad. (HIRSCH, 1996, p. 23)

1.11. La culpabilidad del delito

La culpabilidad es entendida por la doctrina como el buen estado de la conciencia para poder actuar con total libertad en una acción que perjudica o atenta contra algún bien jurídico.

La capacidad psíquica del sujeto debe de comprender la antijuridicidad de su comportamiento. La ejecución de la conducta típica y antijurídica no puede ser suficiente para condenar al sujeto activo de una acción delictuosa.

Es fundamental que el sujeto activo tenga esas condiciones vitales, tanto físicas como psíquicas, para que pueda entender la antijuridicidad de su accionar y que a su vez pueda dirigir su conducta con raciocinio.

2. LAS FALTAS

2.1. Concepto en el Derecho Penal

Una definición desde el derecho penal para las faltas, sería el de la acción típica y antijurídica que atenta contra algún bien jurídico público, pero al no tener esta conducta una consecuencia de gravedad, no se le puede considerar como un acto delictivo.

2.2. Desarrollo Doctrinario

San Martín (2006) con respecto a este tema indica lo siguiente:

"Las faltas son simples injustos menores en relación con los delitos; no hay entre ambas diferencias cualitativas, pues sus elementos son exactamente iguales, pero como quiera que las faltas conciernen sanciones más leves, y están referidas a vulneraciones a bienes jurídicos, de menor intensidad, es del caso, tratarlas distintamente en función a la simple diferencia cuantitativa que existen entre ellos". (p. 1261)

De esta idea se puede comprender que el poder punitivo del Estado debe intervenir para el caso de faltas con una severidad que sea proporcional al daño causado, además que se debe analizar bien al sujeto activo, por ejemplo, el caso de que haya sido un menor de edad. Las sanciones leves buscarán, de la misma forma que las severas, que el individuo pueda reinsertarse a la sociedad.

En nuestro sistema normativo, así como en otras legislaciones, es común que a las acciones antisociales que tengan particularidades penales de poca jerarquía o mínima consecuencia se les trate como faltas. Por tal razón, al estudio de la misma no se le ha dado tanta importancia en el desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia, infiriéndose de que tanto para la sociedad y el Estado, las faltas no son de gran interés, permitiendo que la política preventiva para estos casos sea muy débil. Encontrado en: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/faltas/faltas.htm>

El Código Penal Peruano de 1991, en el Libro Tercero, tipifica a las faltas en sus distintas modalidades. Nuestro sistema, al igual que el español, sigue la estructura bipartida, al clasificar las conductas que van contra el bien jurídico,

como delitos y faltas. El mismo artículo 11° de nuestra norma sustantiva vigente señala que, "son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley". De esta premisa se entiende que a los actos que el sujeto activo pueda realizar, sea la forma que fuese perjudicando el bien jurídico público, se le denominará falta o delito. De la misma manera, se entiende en este artículo que solo se le podrá considerar como falta o delito a aquellas conductas prohibidas que se encuentren reguladas en el ordenamiento jurídico, concordando de esta manera con el principio de legalidad.

Podemos coincidir entonces que la lesión que provocan las faltas no son de daño considerable y que por su naturaleza el Estado propone en la legislación como objetivo poder educar, corregir y advertir el delito.

2.3. Base Legal

En nuestro Código Penal de 1991, es importante tener en cuenta los siguientes artículos que regulan las faltas de la esta manera:

- Disposiciones generales (Artículo 440°)
- Faltas contra la persona (Artículo 441° al 443°)
- Faltas contra el patrimonio (Artículo 444° al 448°)
- Faltas contra las buenas costumbres (Artículo 449° al 450°)
- Faltas contra la seguridad pública (Artículo 451°)
- Faltas contra la tranquilidad pública (Artículo 452°)

2.4. Aplicación en el Sistema Penal

La abogada Pezo Roncal (2016) ya ha señalado sobre la aplicación de las faltas empezando por mencionar que estas poseen los mismos requisitos que un delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad). La distinción que podemos señalar es que la propia ley decide calificarla en lugar de delito, como una falta, haciendo caso a la menor gravedad que tiene como consecuencia.

Las penas pecuniarias o las de privaciones de algunos derechos, sirven para que el derecho penal sancione de manera proporcional los actos que no han dejado un daño considerable. De esta manera, la congestión que hay en las cárceles, ve en la aplicación de la sanción de las faltas, una solución efectiva. Encontrado en (<http://polemos.pe/faltas-tipificadas-codigo-penal-peruano-1991-necesidad-intervencion-penal/>)

Si bien es cierto que actualmente, la cantidad de reclusos en los penales supera al aforo de las mismas, el Estado debe profundizar más en el sentido de promover que no toda acción típica, antijurídica y culpable, sea sancionada con la privación de la libertad.

SUBCAPÍTULO II: LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y GESTIÓN PÚBLICA

1. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1.1. Antecedentes

Desde la antigüedad, la base para que las sociedades pudiesen organizarse de la mejor manera, fue tener un aparato de administración interno. El poder de control significó mucho para un desarrollo político, económico y social. La definición de la administración pública justamente recae en todos esos actos que se hacían desde las antiguas civilizaciones, los cuales a través de los organismos e instituciones con los que contaba un Estado, permitía administrar los bienes y recursos. Varios de estos organismos solían ser autónomos al Estado, pero sus funciones mantenían un lazo estrecho a ella. (PEÑA CABRERA, 2016, p. 13)

Coincidimos en que la administración pública es un elemento especialmente significativo en lo que respecta al correcto trabajo del Estado ya que es gracias a las acciones que se realizan a través de estos organismos es que se pueden llevar a la realidad todas las decisiones que se toman. Desde el tiempo en que los mismos Estados funcionan, se considera que existe la administración pública. Podemos resaltar que a toda esa serie de decisiones y actos que tomaban los operadores de la administración se le puede denominar gestión.

1.2. Concepto

El doctor PEÑA CABRERA FREYRE (2016) señala que la administración pública es una organización que el Estado utiliza para regularizar

adecuadamente el nivel político, económico y social su territorio y todo lo concerniente a él. (p. 14)

El concepto dado anteriormente nos muestra lo disímil y complejo que puede ser la organización, en la forma de que contiene en su raíz diferentes espacios y especialistas que se encargan particularmente de una labor.

Dentro de las instituciones que hacemos mención, el motor de las mismas son las personas, que al pertenecer al aparato estatal se constituyen como funcionarios, que en su conjunto integran la burocracia, la cual va cumpliendo su función impulsada por la ética.

1.3. Empleados de la administración pública

1.3.1. Funcionario público

La ley 28175, Ley Marco del Empleo Público, establece en su Artículo 4° como funcionario público *“el que desarrolla funciones de preeminencia política, reconocida por norma expresa, que representan al Estado o a un sector de la población, desarrollan políticas del Estado y/o dirigen organismos o entidades públicas.”* Encontrado en:

(<http://www.minedu.gob.pe/politicas/pdf/pdf-normas/ley-n28175.pdf>)

De la misma forma, se indica en el mismo artículo citado, que los funcionarios públicos pueden ser elegidos mediante:

a) Elección popular directa y universal o confianza política originaria.

Esta forma citada es la que conocemos como democracia, en donde cada cierto periodo los ciudadanos acuden a las urnas para poder elegir

entre distintos candidatos a la persona que los representará en determinado órgano estatal. La elección popular es muy utilizada en distintas partes del mundo, pues como muchos denominan, es símbolo de “la voz del pueblo”. Se señala que esta forma es el mejor modo de poder elegir a los funcionarios públicos, sin embargo, es importante tener en cuenta que la población debe tener cierta noción de los candidatos a postular al cargo para que el voto emitido sea a conciencia y sin influencia de alguna condición material, como es lo que ocurre y se ve actualmente en los sectores rurales mayoritariamente. En nuestro país esto es aprovechado por las personas de altos recursos. De acuerdo con el Artículo 5° de la Ley de funcionarios públicos y empleados de confianza, son funcionarios públicos de elección popular, directa y universal: el Presidente de la República, los vice presidentes de la República, los Congresistas de la República., así como Presidentes, Vicepresidentes, Consejeros Regionales, Alcaldes y Regidores.

b) El nombramiento y remoción regulados.

Para este caso, debe haber una normativa vigente que permita que se den ambas figuras, como la del nombramiento y remoción. Solo mediante el amparo legal se podrá designar funcionarios públicos. La ley de Funcionarios públicos y Empleados de Confianza en su Artículo 5° señala que son funcionarios públicos de nombramiento y remoción los: Titulares, presidente y miembros de los órganos constitucionales, los titulares de las entidades públicas con personalidad jurídica, el Presidente de la Corte

Suprema y Vocales Supremos, los Rectores, Vicerrectores y Decanos de las Facultades de la Universidades Públicas, el Jefe y miembros del Consejo Directivo de los organismos reguladores, los Vocales integrantes de los Tribunales Administrativos de las entidades públicas y todos aquellos establecidos por ley especial.

c) De libre nombramiento y remoción.

En esta modalidad, queda a la libre decisión del funcionario público, que, mediante su idoneidad, pueda elegir a los funcionarios públicos. Son funcionarios públicos de libre nombramiento y remoción: Ministros de Estado, Vice Ministros, Secretarios Generales de entidades del Poder Ejecutivo, Presidentes del Directorio y Secretarios o Directores Ejecutivos o de rango similar de los organismos públicos descentralizados, Presidentes y miembros del Directorio y Gerencia General de las empresas estatales en las cuales el Estado tiene participación mayoritaria, así como de las empresas municipales, los Gerentes Generales de los Gobiernos Regionales y Locales, los Prefectos y Sub Prefectos y todos aquellos establecidos por norma especial.

1.3.2. Servidor Público

Siguiendo lo señalado por la ley en mención, se le considera como servidor público a aquella persona en la que se confía ejecutar una labor con el propósito de generar bienestar entre la sociedad. Con lo mencionado no aseveramos que el trabajo del servidor público sea ad

honorem, sino que muy aparte del salario que perciba, su vital peculiaridad es que su función no está propuesta a la actividad privada, sino al servicio de la sociedad. (Numeral 3 del Art. 4º)

Los servidores públicos se hallan laborando al favor del Estado, en su mayoría de casos en la administración pública. Como se puede apreciar, los funcionarios públicos son como una variante de los servidores públicos, no obstante, no todo servidor público es funcionario público.

De acuerdo con el numeral 3 del artículo 4 de la ley mencionada, los servidores públicos se le clasifican en:

a) Directivo superior:

De acuerdo con lo que nos dice el artículo del cual hacemos mención, el directivo superior desenvuelve funciones administrativas relativas a la dirección de un órgano programa o proyecto, así como a la supervisión de los empleados públicos, de la misma manera como tiene de tarea la elaboración de políticas de actuación administrativa y la colaboración en la formulación de políticas de gobierno que puedan ayudar a mejorar su sector.

Para ocupar este cargo se debe someter por concurso de méritos y capacidades de los servidores ejecutivos y especialistas.

b) Ejecutivo:

Es el que, dentro de sus funciones administrativas, tenga como facultad al ejercicio de autoridad, así como de las atribuciones resolutivas, además

de la de fe pública, asesoría legal preceptiva, supervisión, fiscalización, auditoría y, en general. También, la esfera de sus funciones está dentro de aquellas que requieren la garantía de actuación administrativa objetiva, imparcial e independiente a las personas.

c) Especialista:

En el artículo que venimos tratando en este caso, se nos hace una breve definición al especialista. En donde se nos señala que no ejerce función administrativa y que se desenvuelve en las labores de ejecución de servicios públicos.

d) De apoyo:

De la misma forma que en los anteriores puntos, el Artículo 4° menciona sobre las labores que implica un servidor público de apoyo. Sobre este se nos dice que desarrolla labores auxiliares, pero también de complemento.

1.5. Empleado de confianza

En el numeral 2 del Artículo 4° de la Ley N° 28175, se aclara que aquel que desenvuelva su función por un cargo de confianza técnico o político, diferente al del funcionario público será considerado como empleado de confianza. De la misma forma se estipula que su designación o remoción es libre. Por ejemplo, tenemos el caso de algún funcionario público que desee tener un asesor. Esta persona que asigne el funcionario pasa a ser considerada como un funcionario de confianza.

2. GESTIÓN PÚBLICA

2.1. Nociones Previas

Más allá de las ideologías u opiniones culturales, la gran cantidad de países occidentales han promulgado distintas reformas que persiguen como objetivo prestar una mejor calidad en cuanto a los servicios que brinda el Estado y la administración pública del mismo. Justamente sobre la administración pública, como ya se ha tratado en párrafos anteriores, es la que hace posible que los servicios del Estado puedan llegar a la población. Encontrado en ([http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/9506FA981DDF086405257C2B0056BEF1/\\$FILE/Gesti%C3%B3n_P%C3%ABlica.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/9506FA981DDF086405257C2B0056BEF1/$FILE/Gesti%C3%B3n_P%C3%ABlica.pdf))

El modo de administrar las organizaciones públicas tenía desde la antigüedad ciertos principios, como la preferencia del ideal de lo público, así como el rol de la política, la ética del bienestar general, el modelo burocrático en la organización, entre otros más, que conforme el paso de los años fue dando lugar a que otros modelos con principios de mayor eficacia y efectividad puedan implantarse buscando un mayor beneficio en la prestación de los servicios a la población.

El bienestar general que siempre se buscó priorizar, fue perdiendo importancia, dando de esta manera paso a que, si antes se buscaba centrar todo al Estado, se fijara ahora la manera de concentrar lo posible en el mercado. Por lo que el enfoque del desarrollo de la administración pública fue teniendo un aspecto mucho más ligado a lo económico, financiero y tecnológico, sin perder algunos rasgos de lo cultural. Encontrado en:

(<http://www.undp.org/content/dam/peru/docs/Gobernabilidad%20democr%C3%A1tica/pe.Estudio%20proceso%20de%20descentralizacion.pdf>)

La burocracia ha ido cambiando a la administración pública, que, en esa transformación gradual, pasa a dar un origen positivista a lo que llamamos gestión pública.

Para una mayor responsabilidad política por parte de los gerentes públicos, estos deben ser más autónomos con la toma de decisiones dentro de la esfera de su función administrativa.

No es suficiente con que las decisiones tomadas por los gestores públicos impliquen elegir los medios más adecuados para lograr los fines deseados, sino que también estas deben responder de la manera más idónea a las necesidades que suele presentar las personas. Encontrado en:

(<http://www.scielo.br/pdf/cebape/v4n4/v4n4a04>)

Un funcionario público debe estar bien capacitado para que en el ejercicio de sus funciones no pueda provocar consecuencias que contravengan contra lo que persigue la sociedad colectivamente. Por lo que se considera pertinente que haya una constante capacitación del funcionario público sobre toda la serie de actividades que realiza en su gestión.

2.2. Gestión Pública

Se entiende por gestión pública al hecho de tomar decisiones que hace cualquier institución que sea parte del aparato estatal para poder alcanzar el fin que tiene establecido. Encontrado en:

(<http://www.monografias.com/trabajos87/nueva-gestion-publica/nueva-gestion-publica.shtml>)

Una correcta gestión pública permite al Estado poder llegar a sus fines mediante el adecuado y efectivo uso de los recursos que dispone. Esto trae como consecuencia el desarrollo del país, ya sea en el aspecto político, económico y social.

Mientras más alto sea el rango del funcionario público que ejecuta una decisión, más repercusión tendrá esta en la sociedad, por lo que el cuidado que se debe tener con las consecuencias que lleven es importante para evitar perjudicar al Estado.

SUBCAPÍTULO III: DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. SABERES INTRODUCTORIOS

1.1. Aspectos Generales

Para sumergirnos en el desarrollo desde una perspectiva teórica del tema que nos compete en el presente trabajo de investigación, debemos tener presente ciertos puntos que pasaremos a mencionar.

Hemos sido testigos de la forma cómo, desde las antiguas civilizaciones, la ambición por tener el poder vino generando grandes conflictos provocados por las personas con mayor influencia económica, dejando a cientos de pueblos subsumidos en la miseria, mientras el disfrute de los representantes políticos era reprochable e indignante. (PEÑA CABRERA, 2016, p. 188)

Tal problemática no es ajena a nosotros, por lo que actualmente muchos países se han visto en la obligación de ver la forma de lidiar con este tipo de

situaciones, creando distintas figuras legales para poder frenar estos tipos de actos que atentan contra el buen funcionamiento de los aparatos estatales.

La administración pública, la podemos entender como un aspecto abstracto que tiene el Estado, aspecto que se concreta con toda la serie de actividades que realizan los individuos en su calidad como funcionarios y servidores públicos. Justamente este punto es el que nos llama a la reflexión, pues el mal servicio y funcionamiento de este se debe por el actuar de los sujetos que laboran dentro de él. (ROJAS VARGAS, 2002, p. 76)

En consecuencia, de lo mencionado, es importante la intervención del derecho penal, a fin de limitar aquellas conductas de los funcionarios y servidores públicos que contravengan al ordenamiento jurídico, garantizando de esta manera el normal desarrollo de la sociedad.

1.2. Desarrollo Teórico

Acorde a cómo ha ido desarrollando la doctrina este punto, los delitos contra la administración pública los podemos entender como todas aquellas acciones o decisiones que comete un servidor o funcionario público, que haciendo uso de su calidad de tal, busca sacar un provecho para otro o para sí.

SALINAS SICCHA (2011) nos definía este tipo especial como:

Cualquier hecho punible que se realice por parte de los encargados (funcionarios o servidores públicos) de poner en funcionamiento la administración pública en la consecución de sus fines, la lesiona o pone en peligro en forma directa. (p. 5)

De la definición citada se puede desprender claramente la idea de que el funcionario o servidor público que esté cometiendo estos actos lesivos contra la administración pública debe perseguir necesariamente un fin personal, el cual es importante precisar que, para poder considerarse como delito, el provecho que se quiera obtener de este no necesariamente debe ser destinado para sí. Concluimos entonces que bastará que el accionar del funcionario o servidor público busque desviar el funcionamiento de cualquiera de las instituciones del Estado por un interés particular para considerarse como un delito.

1.3. Base Legal

En nuestro sistema normativo el legislador ha ubicado estos delitos en el Título XVIII del Libro segundo del Código Penal.

Es importante resaltar la complejidad que tienen los delitos contra la administración pública. Esto se ve plasmado en los cuatro capítulos que tiene actualmente nuestra norma sustantiva, los cuales dividen a los delitos a su vez en secciones, permitiendo aún un análisis más a profundidad de estos tipos especiales que tiene nuestra legislación penal.

Estos delitos se encuentran clasificados en el Libro II de nuestro Código Penal vigente de la siguiente manera:

TITULO XVIII: Delitos Contra la Administración Pública (Artículo 361° al 426°).

- Capítulo I: Delitos cometidos por particulares (Artículo 361° al 375°).
- Capítulo II: Delitos cometidos por funcionarios públicos (Artículo 376° al 401°).

- Capítulo III: Delitos contra la administración de justicia (Artículo 402° al 424°).
- Capítulo IV: Disposiciones comunes (Artículo 425° al 426°).

1.4. Bien Jurídico Protegido

Desde nuestro punto de vista, consideramos que en estos tipos especiales el bien jurídico que se busca amparar es al buen desarrollo y funcionamiento de la administración pública, ya que de este devienen muchos servicios y recursos que son distribuidos en la población.

Lo mencionado anteriormente se entiende como bien jurídico general, pues cada uno de los tipos que enmarca el Título XVIII, pretende amparar de manera particular un objeto en específico. (POLITOFF, MATOS, RAMÍREZ. 2004, p. 488)

2. DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS REGULADOS EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO DE 1991

2.1. Aspectos Preliminares

Son muchos los delitos que estipula nuestro actual Código Penal, por lo que encontrar ciertas fallas suele ser una costumbre por los administradores de justicia. Sin embargo, nuestra norma sustantiva es bien clara cuando hace mención de las distintas figuras que están constituidas como delitos contra la administración pública. Se tiene muy bien aceptado por la doctrina que hay un buen desarrollo de la descripción de la acción típica en cada artículo. (BERNAL PINZÓN, 1965, p.3)

Como lo mencionábamos anteriormente, cada acto contra el buen funcionamiento de la administración pública se encuentra regulado en varios tipos en nuestro código penal. Por lo que creemos necesario poder hacer mención de manera específica en esos delitos que son los más ligados estrechamente a nuestro trabajo de investigación, de manera que el análisis a presentar pueda ser el más objetivo posible para una mayor comprensión.

En este subcapítulo basaremos nuestro análisis en los principales delitos cometidos por funcionarios públicos que se encuentran tipificados en el Capítulo II del Título XVIII del actual Código Penal Peruano.

2.2. Abuso de Autoridad

2.2.1. Base Legal

Artículo 376.- Abuso de autoridad

El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena un acto arbitrario que cause perjuicio a alguien será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.

Si los hechos derivan de un procedimiento de cobranza coactiva, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años.

2.2.2. Tipicidad Objetiva

2.2.2.1. Sujeto Activo

Se le considera sujeto activo a cualquier funcionario público que haciendo uso de sus atribuciones como tal, ordena o ejecuta, sin justo fundamento alguno, uno o varios actos hacia un tercero.

Aprovechando que estamos señalando las cualidades del sujeto activo, es importante hacer una observación en este punto a la diferencia entre el abuso de autoridad en la justicia ordinaria y el abuso de autoridad en el fuero militar. Para esto nos ayudamos de una sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, del 2 de setiembre de 2008, que es la Stc N°02284-2007-HC/TC, en la cual se aborda lo discutido de la siguiente manera:

“Es pertinente indicar que el Código Penal también sanciona en su Artículo 376° el delito de abuso de autoridad. Se advierte entonces que en nuestro ordenamiento jurídico a nivel legislativo existe un delito de abuso de autoridad “común” (siendo competente para su instrucción la justicia ordinaria) y un delito de abuso de autoridad “militar” (el cual corresponde ser analizado en el fuero militar).

La existencia de un delito de abuso de autoridad previsto en el Código Penal Militar Policial, cuyo juzgamiento está previsto en el fuero militar no implica que todos los actos de abuso de autoridad cometidos por personal policial o militar en el ejercicio de sus funciones deban de ser conocidos y juzgados en el fuero militar, sino solo aquellos que impliquen la vulneración de bienes jurídicos militares o policiales (es decir, bienes que se configuran a partir de las finalidades encomendadas por la norma fundamental tanto a las Fuerzas Armadas como a la Policía Nacional); esto es, cuando constituyen delitos de función.” Encontrado en: (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02284-2007-HC%20Nulidad.html>)

De los párrafos citados es importante resaltar que los bienes jurídicos que han sido puestos en peligro son de gran relevancia para considerar si un funcionario público, perteneciendo a las Fuerzas Armadas o a la Policía Nacional del Perú, sea procesado mediante la justicia ordinaria o por el fuero militar. Se señala que el sujeto activo cumple un segundo plano en este caso, pues por más que se cumpla con este requisito material, se tomará en cuenta el bien jurídico que haya sido vulnerado. En cuanto a la legislación ordinaria, lo que se protege es al correcto desenvolvimiento de la administración pública, mientras que, para entrar al proceso especial del Fuero Militar Policial, los bienes jurídicos transgredidos deben ser militares o policiales, estipulados en las respectivas normas fundamental de ambas instituciones. (FONTÁN, 1969, p. 814).

2.2.2.1. Sujeto Pasivo

Se le puede considerar tanto al Estado por los actos antijurídicos de uno de sus funcionarios en el ejercicio de sus funciones, así como a la persona hacia la cual se le ha destinado el acto arbitrario del funcionario respectivo. (PEÑA CABRERA, 2016, p. 207).

2.3. Concusión y otros

2.3.1. Introducción

Acorde a cómo están los artículos establecidos en la Sección II del capítulo que estamos tratando de nuestra norma sustantiva penal, optaremos por

agrupar de esta manera los siguientes delitos, los cuales constituyen un elemento sustancial para el eje central del tema a desarrollar. (CREUS, 1996, p. 314)

Siguiendo el orden que se estipula en el Código Penal, trataremos sobre la concusión, el cobro indebido y, para terminar en este punto, pero con un análisis más exhaustivo, al delito de colusión.

2.3.2. Concusión

2.3.2.1. Base Legal

Artículo 382. Concusión

El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años; **inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36**; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

2.3.2.2. Tipicidad Objetiva

2.3.2.1. Sujeto Activo

La persona que realiza el supuesto delictivo que se menciona, pero teniendo esa cualidad de tener ese vínculo laboral con el Estado, entiéndase funcionario o servidor público. (MOLINA ARRUBLA, 2000, p. 60).

2.3.2.2. Sujeto Pasivo

Tanto el Estado, ya que los funcionarios y servidores se ven favorecidos en su investidura, así como también el particular que se ve limitado en la libre voluntad de decisión. (PEÑA CABRERA, 2016, p. 271).

2.3.3. Cobro Indebido

2.3.3.1. Base Legal

Artículo 383. Cobro indebido

El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años **e inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36.**

2.3.3.2. Tipicidad Objetiva

2.3.3.2.1. Sujeto Activo

Debe ser el funcionario o servidor público legalmente competente que realice la acción típica mencionada en el artículo del código sustantivo. (BERNAL PINZÓN, 1965, p. 93).

2.3.3.2.2. Sujeto Pasivo

Como representante titular de cualquier actividad pública que se realice, el sujeto pasivo es el Estado. A su vez se le puede considerar en este caso como sujeto pasivo a la persona que se le ha hecho el cobro

indebido, sea particular o pública. (PEÑA CABRERA, 2016, p. 341).

2.3.4. Colusión

2.3.4.1. Consideraciones Generales

Como podemos ser testigos a diario, el Estado, a través de sus distintos órganos, realiza contrataciones con la finalidad de poder realizar obras que beneficien a determinados sectores de la población, acuerdo a la zona donde se efectúen.

Tanto los servicios como de agua, luz, salud, entro otros más, necesitan de un proceso complejo para poder ejecutarse. Dentro de estos procedimientos que se efectúan, el funcionario público tiene, en primer lugar, el deber de seleccionar a la empresa que será la encargada de ejecutar tal obra, mediante un concurso público. (MOLINA ARRUBLA, 2000, p. 316)

Al final del proceso de selección, la empresa que sea la ganadora de la licitación será la encargada de llevar a cabo la obra que quiere ejecutar el Estado mediante cualquier de sus órganos.

A simple vista no observamos ningún problema, pero si analizamos más a fondo nos encontraremos con una triste realidad al ver los tantos casos de corrupción, que son resultado de los acuerdos y concertaciones que funcionarios públicos y particulares realizan con el fin ilícito de obtener un beneficio y provecho propio al proceso de adquisición o contratación que realiza el Estado, perjudicando la correcta selección y adjudicación para la ejecución de obras y/o servicios, trayendo como consecuencia de esta manera el atentado contra los recursos del Estado y contra los pueblos que

deberían verse beneficiados con la correcta ejecución de tales obras.
(GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2005, p. 688)

Por tal motivo es importante la intervención del derecho penal con la finalidad de que los intereses particulares no terminen perjudicando al bienestar público. La tipificación que maneja nuestra legislación limita justamente esa conducta de los funcionarios públicos y los particulares, buscando la prevención de los delitos de corrupción y la sanción de los mismos. (SALAZAR, 2005, p. 191).

2.3.4.2. Concepto

De manera general, podemos afirmar que el delito de colusión consiste en aquel hecho que se constituye por el acto de pactar con un tercero, siendo este un acuerdo ilícito. Extraído de:

(http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/boletin/octubre_2011_n07.pdf)

Una definición similar se señala en nuestra doctrina, en donde a la colusión se le indica como el acto en donde el funcionario público, haciendo uso de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública que suelen realizar los aparatos estatales, interviene de manera directa o indirecta a favor de algún interesado, llegando de esta manera a defraudar al Estado. (MOLINA ARRUBLA, 2000, p. 313)

2.3.4.3. Base Legal

Artículo 384. Colusión simple y agravada

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años; **inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36**; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años; **inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36**; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

2.3.4.4. Bien jurídico protegido

Así como en los delitos tratados en este trabajo de investigación, el bien jurídico genérico que se ve afectado es el del correcto funcionamiento de la administración pública.

Es menester mencionar que en nuestra jurisprudencia se ha hecho mención de este punto, ejemplo de eso tenemos el R.N. N° 2029-2005 y el R.N. N° 3017-2004, ambos emitidos por la Corte Suprema, en que se menciona tanto a la actuación conforme al deber que importa el cargo y al aseguramiento de la imagen institucional como los bienes jurídicos que se ven vulnerados por el delito de colusión. Encontrado en: (<https://vlex.com.pe/vid/-472528126> y <https://vlex.com.pe/vid/recurso-nulidad-corte-penal-permanente-32393753>).

2.3.4.5. Los sujetos en el delito de colusión

2.3.4.5.1. Sujeto Activo

Importante tener en cuenta el Expediente N°00148-2012, emitido por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima, el 28 de octubre de 2013, en el cual se señala al sujeto activo, en el caso de colusión de la siguiente manera:

“En el delito de colusión, tratándose de un delito especial propio, solo puede ser sujeto activo el funcionario o servidor público. Contemplándose en el artículo 425° del Código Penal, las personas a las que la ley penal considera funcionarios o servidores públicos. Se trata de una ficción efectuada por el legislador, para utilizarla únicamente a efectos penales, pues el concepto de funcionario o servidor público referido no es coincidente con el concepto empleado por el derecho administrativo, siendo esta una norma de reenvío. Sin embargo, en el caso del inciso 3 del citado artículo 425° del Código Penal, no se produce el reenvío, considerándose que es un concepto propio a efectos penales, que debe coincidir necesariamente con el concepto empleado por la Convención Interamericana de lucha contra la corrupción”. Extraído de: (https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a8ebe18041b55d9e9202fa33346afa48/D_Expediente_00148_2012_041013.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=a8ebe18041b55d9e9202fa33346afa48)

La apreciación que se desprende de lo anterior, el delito de colusión, al tratarse de un tipo penal especial, necesariamente el sujeto activo debe tener ese vínculo laboral con el Estado de funcionario o servidor público.

2.3.4.5.2. Sujeto Pasivo

En este punto podemos identificar, tanto al Estado, ya que es quien efectúa las contrataciones para destinar su patrimonio a determinadas obras, así como también cualquier otro proveedor, al cual se ve perjudicado por el injusto favorecimiento de una empresa. (PEÑA CABRERA, 2016, p. 299).

2.3.4.6. Acción típica

2.3.4.6.1. Colusión simple

Por esto se puede entender que el sujeto activo, haciendo provecho de su cargo, interviene de cualquier manera en el proceso ya sea de adquisición o contratación por parte del Estado. Esto se precisa claramente en el primer párrafo del artículo 384° del Código Penal.

2.3.4.6.2. Colusión agravada

A diferencia de la colusión simple, para este caso se requiere que se defraude el patrimonio del Estado. Tal como se establece en el segundo párrafo del Artículo 384°, se debe haber causado un perjuicio efectivo al patrimonio estatal.

2.3.4.6.3 Colusión por extensión según el Artículo 386° del Código Penal:

Dicho artículo establece claramente que otros sujetos también podrán responder por el delito de colusión. Esto debido a que se considera que los sujetos especiales en este delito pueden intervenir de cualquier forma

en la toma de decisiones para las adquisiciones o contrataciones por parte del Estado, perjudicando de esta manera el patrimonio o administración del mismo.

2.3.4.6.4. Modalidad Típica

Es menester hacer mención el Artículo 15° de la Ley N.º 30225 (Ley de Contrataciones del Estado), en la cual encontramos cuáles son los procesos de selección. En el reglamento de la citada ley se explican de mejor forma su ejecución. Encontrado en:

(<http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/Ley/Ley%2030225%20Ley%20de%20contrataciones-julio2014.pdf>)

2.3.4.7. Tipicidad Subjetiva

Por lo expuesto, se puede entender que, en el tipo de colusión, el agente voluntariamente ha actuado haciendo uso de su cargo, defraudando de tal forma la confianza depositada. En el caso de este delito, solo es exigible que haya habido dolo.

Conforme a esto, SALINAS SICCHA (2011) cuando cita a ABANTO VÁSQUEZ (2003) hace mención de que en este caso solo es posible el dolo directo, y que esto se desprende de la exigencia de conocer y querer por parte del agente, del elemento concertar para defraudar al Estado. (p. 83).

2.3.4.8. Antijuricidad

Una vez mencionado todos los elementos que constituyen la tipicidad, analizamos si puede concurrir alguna de las causas de justificación, tal como se estipula en el artículo 20 de nuestra norma sustantiva.

Se entiende del Artículo 384°, ya analizado anteriormente, que para que el delito se efectúe, el sujeto activo se colude con los proveedores para defraudar los intereses del Estado. (PEÑA CABRERA, 2016, p. 312)

En cuanto a la forma agravada se requiere que esos acuerdos defraudan de forma considerable el patrimonio estatal, por lo que se infiere que resulta casi imposible que haya alguna causa de excluir de la responsabilidad al funcionario o servidor público, puesto que la voluntad de actuar es esencial para que se haya completado un pacto. Es importante mencionar que hay ciertas excepciones como el caso de que el contexto sea un estado de necesidad.

2.3.4.9. Infracción del deber

La colusión, es recogida por la doctrina debido a los componentes de su tipicidad, como un delito de infracción del deber. Encontrado en: (<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e741c08041bf820599c2ff49cfca7f5d/LA+TEOR%C3%8DA+DE+LOS+DELITOS+DE+INFRACCI%C3%93N+DE+DEBER1SALINAS.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e741c08041bf820599c2ff49cfca7f5d>)

Es importante tratar este punto desde un enfoque a la infracción del deber especial que tiene el funcionario o servidor público.

2.3.4.10. Causas de justificación y exculpación

2.3.4.10.1. Estado de necesidad

El estado de necesidad puede excluir tanto la antijuricidad como la culpabilidad de todas las conductas del delito de colusión. Ejemplo de esto tenemos a la Corte Suprema, que en el R.N. N°79-2003 - Madre de Dios, debido al contexto extraordinario del caso al ser un Estado de Emergencia, descartó la antijuricidad de la conducta colusoria. Extraído de: (<https://vlex.com.pe/vid/recurso-nulidad-primera-penal-transitoria-32392601>)

2.3.4.10.2. Error de prohibición

Ejemplo de esto tenemos al R.N. N° 1034-2011 - Cusco, emitido por la Corte Suprema, en el que se afirma que el desconocimiento de los procedimientos, debido a una falta de educación o capacitación, no puede tipificarse como un delito de colusión. Extraído de:

(http://dataonline.gacetajuridica.com.pe/resource_apc/PubOnlinePdf/06032015/16%20Los%20delitos%20contra%20la%20administracion%20publica%20en%20la%20jurisprudencia.pdf).

2.3.4.11. Imperfecta Ejecución

De acuerdo al R.N. N° 2664-2003- Arequipa, el delito de colusión fraudulenta establece como exigencia básica que se efectúe el fraude a la

hacienda pública. Se afirma además que no basta con la vinculación indebida con funcionarios públicos y el hecho de haber vendido y otorgado productos, entre cualquier otro medio que carezca de relevancia penal. Extraído de: (<https://vlex.com.pe/vid/-472533150>)

2.3.4.11.1 Tentativa

Tanto la colusión simple como la agravada no admiten tentativa.

2.3.4.11.2. Consumación

En el 2011, la Ley N° 29758 configura a la colusión en simple y agravada, lo que dejaba atrás una gran serie de confusiones que se habían hecho en base a varias interpretaciones respecto a este tipo. Encontrado en: <http://cdn01.pucp.education/idehpucp/wpcontent/uploads/2017/06/27215816/normanac077.pdf>

De esta forma la colusión simple, la cual está en el primer párrafo del Artículo 384°, se configuraba como un delito de peligro, al hacerse gran énfasis a que debía de darse la concertación, mientras que la colusión agravada, que se configuraba dentro del segundo párrafo del artículo mencionado, quedaba como un delito de lesión y de resultado, haciéndose énfasis a la defraudación.

2.3.4.12. Concurso de delitos

Conforme a la intervención que pueda tener el sujeto activo en el caso, la posibilidad de que se pueda resolver mediante un concurso real, ideal o concurso aparente de delitos, es abierta. Extraído de:

<http://www.monografias.com/trabajos14/unidad-concurso/unidad-concurso.shtml>

2.3.4.13. Aplicación de la pena

De probarse el supuesto de colusión simple la pena privativa de libertad es no menor de tres ni mayor de seis años.

En lo que respecta a colusión agravada, la pena privativa de libertad va disminuye desde los 6 años hasta los 15 años, de acuerdo con lo estipulado en nuestro actual Código Penal.

2.4. Peculado

2.4.1. Introducción

Antiguamente, en Roma, se usaba el término “peculatus” para designar el hurto de cualquier cosa mueble perteneciente al Estado, generalmente para designar el hurto de animales, ya que al ser estos destinados al sacrificio eran los que tenían más jerarquía entre los comunes y públicos.

Actualmente, este término se emplea para designar a la conducta delictuosa en la cual un funcionario o servidor público hace uso de su vínculo laboral con el Estado para hacer uso particular de los recursos de éste, sacándolos de la esfera administrativa. (PEÑA CABRERA, 2010, p. 280)

Es de gran relevancia la intervención del derecho penal, puesto que, de la misma forma de cómo la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado

ha tenido una gran serie de deficiencias por los funcionarios y servidores públicos en los que se confió, la administración de la masa patrimonial estatal también ha sufrido grandes deficiencias. (ibíd., p. 285)

2.4.2. Concepto

De acuerdo con las definiciones que ha recogido nuestra doctrina, por peculado podemos atribuirle a la acción que realiza el operador estatal, entiéndase por esto funcionario o servidor público, quien haciendo uso de su cargo en cualquier forma, aprovecha para destinar a favor de sí o de otro, los efectos o caudales que sean propiedad de las actividades propias del Estado. (SALINAS SICCHA, 2009, p. 292)

Muchas personas suelen confundir el delito de malversación de fondos con el delito de peculado. A simple vista ambas figuras se parecen, sin embargo, su diferencia se desarrolla con el R N. N°1336-2012, Ejecutoria Suprema que fue emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de Lima, el 10 de enero de 2013, aquí es importante resaltar lo siguiente:

“Cabe precisar respecto a los hechos objeto de acusación, que los delitos de malversación de fondos y peculado son conductas típicas diferentes, pues aun cuando protegen el correcto funcionamiento de la administración pública, se diferencian porque la malversación consiste en una aplicación diferente y definitiva a los bienes públicos, mientras que el peculado consiste en una apropiación en provecho de terceros ajenos al Estado.” Encontrado en: http://www.cedpe.com/centro_info/archivos/jurisp/jurisp_parte_especial_08.pdf

2.4.3. Tipo Penal

Artículo 387. Peculado doloso y culposo

El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; 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 o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; 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 o inclusión 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.

2.4.4. Bien Jurídico

Tal como venimos planteando a lo largo del presente trabajo de investigación, el principal bien jurídico que se ve lesionado con este delito es el de la correcto funcionamiento y desarrollo administración pública. De esto se puede desprender la idea de que se protege además el patrimonio estatal.

Encontrado de:

(http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/2331/acreditacion_dolo.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

2.4.5. Peculado doloso y culposo

2.4.5.1. Conceptos preliminares

Es importante tener en cuenta los puntos ya mencionados, y que de estos se desprende la idea de que el delito de peculado presenta una compleja estructura de su tipo penal, por lo que es necesario hacer un análisis muy complejo para poder entenderlo, tomando en cuenta además la extensión con la que el legislador la ha tratado en nuestra norma sustantiva. (PEÑA CABRERA, 2016, p. 335)

2.4.5.2 Tipicidad objetiva

2.4.5.2.1 Los sujetos en el delito de peculado

2.4.5.2.1.1 Sujeto activo

El artículo 387° del Código Penal, es muy claro cuando se hace mención del vínculo laboral con el Estado del sujeto que comete este tipo penal. Además, es importante hacer mención que el accionar ilícito del sujeto activo, debe ir relacionado a la función que desempeña, de esta manera podemos diferenciarlo de otros tipos penales como el de un hurto. (PEÑA CABRERA, 2010, p. 342)

2.4.5.2.1.2. Sujeto Pasivo

El Estado resulta siendo el titular del bien jurídico lesionado. Es importante tener en cuenta el R.N. N.º 106-2005-Cusco, en el que se menciona que, si el supuesto tiene como agraviado a una entidad pública, no se constituye como agraviado al Estado, sino únicamente a la entidad misma que se ve vulnerada

por el perjuicio económico. Encontrado en
(<https://vlex.com.pe/vid/370924514>)

2.4.5.3. Modalidades:

2.4.5.3.1. Objeto material

El objeto material sobre el cual recae el delito es sobre los caudales públicos. Es importante precisar que no es necesario que pertenezcan al Estado, pues basta con que se encuentren dentro del círculo de la administración pública. (PEÑA CABRERA, 2016, p. 376).

2.4.5.2.2.2. Peculado por Apropiación

El funcionario o servidor público, al estar con los efectos o caudales del Estado a su poder, obra con intención de apoderamiento. (CREUS, 1996, p. 296).

2.4.5.2.2.3 Peculado por Utilización

El funcionario o servidor público no tiene ánimo de quedarse con el bien que esté en su poder, pero sí hace uso de este para un provecho particular. (HUGO ÁLVAREZ, 2006, p. 294).

2.4.5.4 imperfecta ejecución

En cuanto a la modalidad de apropiación, el delito basta con que se salga del círculo de la administración pública para que se consuma, por lo que constituye un tipo instantáneo. (REÁTEGUI SÁNCHEZ, 2009, p. 433)

En cuanto al peculado por utilización, requiere para su consumación que el sujeto haya hecho uso de los bienes del Estado para su provecho. (PEÑA CABRERA, 2016, p. 365).

2.4.5.5. Tipo subjetivo del injusto:

Para el tipo especial de dolo se debe acreditar que haya conocimiento y que se haya querido realizar todos los elementos que exige el tipo penal respectivo en este caso. Extraído de:

(http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/2331/acreditacion_dolo.pdf?sequence=1&isAllowed=y).

2.4.6 Peculado de uso:

2.4.6.1. Saber preliminar

Como mencionamos, el delito de peculado es muy complejo y la acción que realiza el sujeto activo debe ser bien analizada ya que las modalidades no tienen la misma acción típica ni el mismo *animus meandi*. Esto el legislador lo reconsideró mucho por lo que mediante el Artículo 388° se puede hacer un mejor análisis del tema a continuación. (PEÑA CABRERA, 2016, p. 376).

2.4.6.2 Tipo Legal

Artículo 388. Peculado de uso

El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública o que se hallan bajo su guarda, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública.

No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo.

2.4.6.3. Tipicidad Objetiva

2.4.6.3.1. Sujetos

2.4.6.3.1.1. Sujeto activo

Al estar ante un tipo especial debemos tener en cuenta que debe estar presente ese vínculo laboral con Estado, que tanto hemos insistido. Tomando esto como punto de partido lo complementamos con la acción que está tipificada en el Artículo 388° del Código Penal (ibíd., p. 376)

2.4.6.2.1.2. Sujeto pasivo

Resulta como único agraviado directo el Estado, al tratarse de sus recursos. (ibíd., p. 379)

2.4.6.4. Tipicidad Subjetiva

El delito de peculado requiere que el funcionario o servidor público que esté cometiendo el acto delictivo tenga conocimiento de los elementos del tipo penal. Encontrado en:

(http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:V1Kx4q34Vz8J:id_ehpucp.pucp.edu.pe/wpcontent/uploads/2014/07/compendio_anticorrupcion.pdf+&cd=3&hl=es-419&ct=clnk&gl=pe)

2.4.6.5. Antijuricidad

Puede que haya casos donde concurra una causa de necesidad justificante o alguna otra contemplada en el Artículo 20° del Código Penal, que permitan determinar si existe o no una conducta antijurídica. Extraído de: (http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/2331/acreditacion_dolo.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

2.4.6.6. Culpabilidad

Es importante tener en cuenta que el sujeto activo tenga más de 18 años y no sufra ninguna anomalía psíquica. Además, saber si el sujeto tuvo conocimiento de las consecuencias de sus actos cuando realizó la acción típica. Así como si hubo posibilidad de que el agente hay podido actuar de manera distinta. Recopilado de: (http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/2331/acreditacion_dolo.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

2.4.6.7. Imperfecta ejecución

2.4.6.7.1. Consumación

La consumación se efectúa instantáneamente cuando los bienes, bajo dominio de la administración estatal, son utilizados o empleados para algún interés particular del sujeto activo.

(<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:aCjqb9dUwxIJ:https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2017/03/DELITO-DE-PECULADO-RAMIRO-SALINAS-SICCHA.pdf+&cd=2&hl=es-419&ct=clnk&gl=pe>).

2.4.6.7.2. Tentativa

Si no se llega a utilizar o dar uso real del bien, el delito no se habrá consumado. Es importante recalcar esto ya que el delito de peculado por uso es un tipo de resultado. Encontrado en:

(http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:V1Kx4q34Vz8J:idehpucp.pucp.edu.pe/wpcontent/uploads/2014/07/compendio_anticorrupcion.pdf+&cd=3&hl=es-419&ct=clnk&gl=pe).

2.4.6.8 Tipo subjetivo del injusto

El dolo es la única exigencia para este caso. Debe haber voluntad para que el sujeto activo actúe usando los bienes que están dentro de la administración pública o que deje que los mismos sean utilizados por un tercero. (PEÑA CABRERA, 2016, p. 385).

3. DELITOS QUE AFECTAN LOS BIENES DESTINADOS AL SERVICIO MILITAR POLICIAL, ACORDE AL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL PERUANO

3.1. Aspectos preliminares

Sabemos que todos estamos supeditados a las leyes, y que como ciudadanos tenemos que regir nuestra conducta en base a esas ordenanzas legales.

De esta misma forma, pero de modo particular, las personas que integran las instituciones de las Fuerza Armadas y de la Policía Nacional del Perú, son reguladas por un Código especial que permite limitar las actividades de los mismos. (BRAMONT ARIAS y GARCÍA CANTIZANO, 1996, p. 483)

Se considera entonces importante que, de esta manera, se pueda tratar las funciones de los que pertenecen a ambas instituciones, por lo que su regulación para cualquier actividad que realicen tanto como miembros de la Policía Nacional o como de las Fuerzas Armadas pueda ser llevado con un proceso distinto al ordinario.

3.2. Delitos de función y la ley penal militar policial

3.2.1. Saberes generales

Se entiende que por delito de función militar policial se constituye a todos aquellos actos que contravengan al ordenamiento jurídico cometidos por un militar o policía que, en el ejercicio pleno de sus funciones o cualquier otra atribución que devenga de este, poniendo en peligro bienes jurídicos.

Encontrado en: (<http://www.munizlaw.com/productos/Lex-Data/Derecho-Penal/2010/der-penal-004-2010.htm>)

En estos casos se habla ya más del tema de una afectación tanto interna como externamente de la seguridad nacional.

Todos estos delitos de carácter militar y policial se encuentran tipificados en el Código Penal Militar Policial, siendo imputables únicamente los militares y policías, que se encuentren en actividad. (BRAMONT ARIAS y GARCÍA CANTIZANO, 1996, p. 484)

En nuestra carta magna, podemos encontrar en el Capítulo XII, de la Seguridad y Defensa Nacional; las funciones y finalidades que tienen ambas instituciones, tanto la Policía nacional como las Fuerzas Armadas.

En cuanto al fuero militar policial, organismo que compone una jurisdicción excepcional e independiente, el cual tiene como objetivo el juzgamiento de los delitos de función en los que incurra el personal militar y policial durante el desempeño de sus labores funcionales, entiende el Código Penal Militar Policial, como un conjunto de disposiciones que se destinan a los miembros de la Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, ya sea como autores o partícipes de los tipos penales militares policiales o de función militar y policial, según corresponda. Encontrado en:

(<http://www.munizlaw.com/productos/Lex-Data/Derecho-Penal/2010/der-penal-004-2010.htm>)

3.2.2. Función Militar

Dentro del contexto que estamos tratando, la función militar se puede entender como aquella parte de la Defensa Nacional que es ejercida por todas aquellas instituciones que estipula el Artículo 165° de la Constitución vigente, que son: el Ejército, la Marina de Guerra y la Fuerza Aérea. Hallado en: (<http://www.munizlaw.com/productos/Lex-Data/Derecho-Penal/2010/der-penal-004-2010.htm>)

Acorde al último artículo citado, es menester mencionar que, en el mismo, se precisa sobre las funciones que tienen las fuerzas armadas, que es el de garantizar la independencia, soberanía e integridad nacional.

3.2.3. Función policial

La función policial consistirá, conforme al Artículo 166° de nuestra Carta Magna, en las actividades que busquen garantizar, mantener y restablecer, el orden interno. (RODRIGUEZ USSA, 1987, p. 15)

De esta idea señalada por nuestra Constitución, se puede entender que la función que cumplen los policías va mucho más ligada con el quehacer cotidiano de la sociedad. Dando facultades al policía para poder actuar en amparo a la seguridad del ciudadano.

3.2.4. Bien Jurídico Protegido

En el artículo II del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial, nos puede dar un mejor entendimiento a esto cuando nos dice que “El delito de función, es toda conducta ilícita cometida por un militar o un policía en

situación de actividad, en acto del servicio o con ocasión de él, y que atenta contra bienes jurídicos vinculados con la existencia, organización, operatividad o funciones de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional.”

Encontrado en: (https://17fb8819-a-62cb3a1a-s-sites.googlegroups.com/site/nuevocodigopenalmilitar/decreto-leg-1094/expo%26codigopenalmilitarpolicial.pdf?attachauth=anoy7cpjapz8kdpe7lcee-upmhn3ikw68mxqe5dszq6nktfonzanzjbfucggh6-eshaelmo7gzmixew_l_v9da5dyuaq-a6bf8r2v34d4upzjeuwqnwvjizspj-pz6jkjsgu2-kle7-okhl50payxb8n8dxtq2b1curwaitr1x7siehqly0iuerc8yvayx0awzvmdbjgqkjz952fleulkcfv0mwkkyu8qtfuzraqwyreppl8ewrfxzgtpyga8n8vz1plnm8wpuzexnb.czpeiz4e5czq0vdfjw%3d%3d&attredirects=0)

3.3. El nuevo Código Penal Militar Policial

3.3.1. Antecedentes

En 1898, debido a la reorganización que buscaba el presidente de aquel entonces, Nicolás de Piérola, se promulga el primer código de justicia militar. Para la redacción de esta norma legislativa se tomó como referencias principales el Código Penal Militar Francés modificado y el Código Español de Justicia Militar de 1890. Recopilado de: (BRAMONT ARIAS y GARCÍA CANTIZANO, 1996, p. 484)

Posteriormente en 1939, durante el Gobierno Militar del General Oscar R. Benavides, se promulga el Segundo Código de Justicia Militar, el cual ajustaba

la justicia militar a las nuevas infracciones que se suscitaban en la esfera de la marina y aviación.

El Tercer Código de Justicia Militar fue promulgado durante el Gobierno militar del General Manuel A. Odría en 1950. Encontrado en: (http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:cooikztyrl0j:www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/la%2520jurisdiccion%2520militar%2520en%2520el%2520peru_2008/la_jurisdiccion_militar_en%2520el%2520peru_prof_palomino.pdf+&cd=4&hl=es-419&ct=clnk&gl=pe)

Durante la Junta Militar de Gobierno del General Nicolás Lindley, en 1963, se promulga el Cuarto Código de Justicia Militar. Por estos años se da a su vez la primera Ley Orgánica de Justicia Militar mediante el Decreto Ley N° 14612. Extraído de: (<https://www.deperu.com/legislacion/derogada-decreto-ley-num-14612.html>)

En 1980, mediante Decreto Ley N° 23214, se promulga el Quinto Código de Justicia Militar por el General de División EP Francisco Morales Bermúdez. (HURTADO POZO, 2001, p. 365)

Posterior a eso, el 10 de enero del 2006, mediante Decreto Legislativo N.º 961, se promulga el Sexto Código de Justicia Militar. Es importante precisar que este decreto legislativo recibió por primera vez la denominación de “Código de Justicia Militar Policial”, debido a la estructura mejor estipulada y precisa. Encontrado en:

(http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Hobth9x4OhIJ:www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/E193EB566B5F3089052577BD006EE128/%24FILE/DLeg_961.pdf+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=pe)

Es menester recordar que en este mismo año se promulga la Ley N° 28665 (Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, con lo cual supuestamente se reformaba orgánicamente a la Justicia Militar.) Encontrado en:

(https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:j3Nc1sezh4sJ:https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/tribuna/tr_20080616_30.pdf+&cd=2&hl=es-419&ct=clnk&gl=pe)

Posterior a eso, se originó una gran discusión y polémica en torno a las legislaciones vigentes sobre este tema, que decayeron de demandas y sentencias. Finalmente se promulga en el año 2008, la Ley N.º 29182, que era una nueva Ley del Fuero Militar Policial. Encontrado en:

(http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:xjqdc-WTn84J:www.fmp.gob.pe/wpcontent/uploads/transparencia/elementos/ley_29182_fuero_militar_policial.pdf+&cd=2&hl=es-419&ct=clnk&gl=pe)

El Código de Justicia Militar vigente hasta nuestros días, llamado como “Código Penal Militar Policial”, se promulga el 31 de agosto del 2010, a través del Decreto Legislativo N° 1094. Encontrado en:

(https://vlex.com.pe/vid/penal-militar-policial-494017939?_ga=2.79942103.137555432.15265893481883139938.1520526676).

3.3.2. Decreto Legislativo N° 1094

El Decreto Legislativo N°961, no recibió una buena acogida con respecto a las regulaciones que buscaba establecer en la esfera normativa militar policial, siendo incluso cuestionado en muchas ocasiones por los criterios del Tribunal Constitucional.

Los cuestionamientos iban por el aspecto de que el DL N° 961, no permitía que las Fuerzas Armadas y Policía Nacional cumplan sus funciones de defensa y seguridad de la patria con el considerable amparo. Extraído de: (<http://www.justiciaviva.org.pe/especiales/1097/informe-D-L-2-preliminar.pdf>).

Como bien sabemos, el desarrollo idóneo de las funciones que desempeñan ambas instituciones hace posible que el Estado pueda efectuar su deber constitucional de defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general, tal y como se contempla en el Artículo 44 de nuestra Carta Magna.

El Decreto Legislativo N°1094 reintegra nuevamente al Código Penal Militar Policial, los supuestos de hecho que habían sido expresamente tachados por el Tribunal Constitucional del Código anterior, a través la sentencia de Inconstitucionalidad recaído en el Expediente N°0012-2006-PI/TC del 15 de diciembre del 2006. Encontrado en:

(<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00012-2006-AI.html>)

De acuerdo con los fundamentos de la sentencia mencionada, los delitos como rebelión, sedición, motín, colaboración con organización ilegal, falsa alarma, derrotismo, conspiración, saqueo, destrucción, apropiación y

confiscación de bienes, excesos en la facultad de mando, certificación falsa y destrucción de documento militar policial, entre otros, eran delitos comunes y no de función.

El proyecto “Justicia Viva”, ejecutado por el Instituto de Defensa Legal, muestra en su libro llamado: “Nuevo Código Penal Militar Policial cierra círculo de impunidad en Derechos Humanos”, que el Decreto Legislativo N°961, Código de Justicia Militar Policial, vigente desde el año 2006 y adecuado a la Constitución y la Convención Americana por sentencia del Tribunal Constitucional de ese mismo año, no tenía ninguna necesidad de ser sustituido por otro Código ni el Tribunal Constitucional había exhortado al Parlamento a volver a legislar sobre esta materia, como sí ya lo había hecho en ocasiones anteriores con respecto a la ley de organización y funciones de la justicia militar policial o sobre la ley de uso de la fuerza. Encontrado en: (https://www.idl.org.pe/sites/default/files/publicaciones/pdfs/sentencia_del_pleno_final.pdf)

Sin embargo, el Tribunal Supremo de Justicia Militar Policial buscó contar con un nuevo Código que pueda estar a la medida justamente de lo que implicaban las funciones militares y policiales. Por tal motivo, se logró que el Poder Ejecutivo pueda solicitar al Congreso facultades legislativas para poder emitir un nuevo Código de Justicia Militar Policial.

De esta forma, la Ley N° 29548, desde el 3 de julio del 2010, confirió facultades legislativas delegadas al Poder Ejecutivo para que, por 60 días, pudiese legislar respecto a:

- Dación de un nuevo Código de Justicia Militar Policial y “optimizar” la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial.
- Dación de legislación sobre el empleo y uso de la fuerza por parte del personal de las Fuerzas Armadas.
- Dación de normas procesales y penitenciarias relacionadas al personal militar y policial que han sido procesados o condenados por delitos que implican violación a derechos humanos.

De esta forma, con el uso de tales facultades, el Ejecutivo promulgó el Decreto Legislativo N°1094 (Código Penal Militar Policial) el 1 de septiembre del 2010. Encontrado en: (<https://www.deperu.com/legislacion/ley-29548-pdf.html>).

Del mismo modo, se promulgó el Decreto Legislativo N°1095 (que establecía las reglas de empleo y uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional), N°1096 (decreto legislativo que modificaba los artículos de la Ley N°29182) y N°1097 (decreto legislativo que regula la aplicación de normas procesales por delitos que implican violación de derechos humanos). Encontrado en:

([http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/4E2FCC17050A1136052577910065602D/\\$FILE/DECR_LEGISLATIVO_PR_1095.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/4E2FCC17050A1136052577910065602D/$FILE/DECR_LEGISLATIVO_PR_1095.pdf),
https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20100907_02.pdf y
https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20100907_03.pdf)

Organismos nacionales como la Defensoría del Pueblo, así como también otros organismos internacionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el relator de Naciones Unidas sobre terrorismo, entre otras

más, criticaron el contenido de las normas que habían sido promulgadas, generando una gran serie de cuestionamientos.

El nuevo Código Penal Militar Policial reincorpora quince (15) tipos penales, que antes ya habían sido expulsados del abrogado Código de Justicia Militar Policial (Decreto legislativo N°961), por el Expediente N° 0012-2006-PI/TC que consideró inconstitucional el hecho que tipos penales comunes fueran tipificados en un Código Militar Policial o que fueran tipificados como delitos de función supuestos disciplinarios, aludiendo de esta forma que no podían ser calificados como tales. Extraído de:

(<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00012-2006-AI.html>)

Además, el criterio que hace Tribunal Constitucional con respecto a lo mencionado, ha sido ratificado posteriormente en otras sentencias emitidas como en el Expediente N°00002-2008-PI/TC, que trata sobre la ley de uso de la fuerza. Encontrado en: (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00002-2008-AI%20Admisibilidad.html>).

En consecuencia, el Decreto Legislativo N° 1094, incidió en total contradicción a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. La idea de las facultades legislativas otorgadas al ejecutivo eran justamente poder corregir los errores del anterior Código Penal Militar Policial, sin embargo, se incurrieron las mismas problemáticas. Hallado en:

(https://vlex.com.pe/vid/penal-militar-policial-494017939?_ga=2.79942103.137555432.15265893481883139938.1520526676)

El proyecto mencionado anteriormente, “Justicia Viva”, indica que el Decreto Legislativo N°1094, ha establecido ocho (08) tipos penales comunes que son nuevos. Estos, aparte de ya haber reintroducido, como hemos mencionado anteriormente, los otros quince tipos que hacían caso omiso a las sentencias del Tribunal Constitucional.

Estos ocho tipos penales, se señala en el informe, permiten que la justicia militar policial tenga una indebida competencia en casos de graves violaciones de derechos humanos, como es el caso que comete el personal militar contra los civiles en un Estado de emergencia.

En consecuencia, el decreto legislativo predicho ha introducido en el Título II del Código Penal Militar Policial, un capítulo II que no era considerada en la anterior normativa abrogada, que ha sido denominado como “Delitos de inconducta funcional durante estados de excepción”.

Los delitos cometidos contra civiles en zonas declaradas en Estado de Emergencia corresponden que sean llevados a proceso por la justicia ordinaria. Sin embargo, lo que se estipula en este nuevo código es que estos delitos que inclusive son recogidos por esta normativa como tipos penales comunes, sean llevados a proceso mediante la justicia militar policial, siendo esto muy cuestionado pues evidentemente no habría una imparcialidad por parte del juzgador. Encontrado en:

<https://apropolperu.files.wordpress.com/2016/09/libro-derecho-penal-militar-policial-peruano.pdf>

En dicho capítulo se tipifican tipos penales comunes, que podrían perpetrarse contra civiles y en zonas declaradas en Estado de Emergencia,

como supuestos delitos de función que podrían ser ventilados ante la justicia militar policial y no, como corresponde, ante la justicia ordinaria.

Es importante recalcar que el Título II del Código Penal Militar Policial, antes se denominaba simplemente como “Delitos contra el Derecho Internacional Humanitario”, sin embargo, con el decreto legislativo que estamos tratando en esta parte, se modificó, pasando a denominarse como “Delitos cometidos en estados de excepción y contra el Derecho Internacional Humanitario”.

En síntesis, a lo mencionado, el nuevo Código Penal Militar Policial hace suponer que la justicia militar policial no tiene esos rasgos primordiales de independencia ni imparcialidad. De esta manera no solo perjudica a la administración de justicia, sino a las personas que ven transgredidos sus derechos por el mal accionar de los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú. Por ejemplo, el caso de que algún funcionario público de estas instituciones abuse de su fuerza será juzgado por el Fuero Militar Policial y no mediante la justicia ordinaria, quebrantando el principio de la imparcialidad. (HURTADO POZO, 2001, p. 370)

Así mismo, esta normativa está añadiendo delitos comunes y volviendo a incorporar otros que venían siendo cuestionados del Código de Justicia Penal Militar derogado. Siendo lo más cuestionable el hecho de que esto busque la impunidad de los militares que transgreden los derechos humanos para cuando se presenta una situación de Estado de Emergencia o algún contexto de conflicto social.

Es menester, reflexionar sobre la incorporación y tipificación de los supuestos de delito de función que hace el nuevo Código Penal Militar Policial, delitos que ya han sido declarados por el Tribunal Constitucional en el 2006 como normas inconstitucionales, debido a que se establece que estos deben ser tratados por el fuero militar policial y no por la justicia ordinaria. De esta forma se está protegiendo cualquier acto arbitrario que realicen los agentes. Hallado en: (<https://apropolperu.files.wordpress.com/2016/09/libro-derecho-penal-militar-policial-peruano.pdf>).

3.3.3. Contenido

El Código Penal Militar Policial, cuenta con cuatro libros organizados en su contenido, que dan lugar a quinientos catorce (514) artículos. Encontrado en: (<https://www.deperu.com/legislacion/ley-29548-pdf.html>).

Este código se divide de la siguiente manera:

1. Parte General

En el libro uno se señala las normas primordiales de la ley militar policial, así como su aplicación espacial, el hecho punible de la función, las penas de forma general, la extinción de la acción penal y la condena. La descripción de estos puntos es de manera general, como dice el encabezado del libro. Encontrado en: (<https://www.legal-tools.org/doc/6895aa/pdf/>).

2. Parte Especial

En el libro segundo encontramos la descripción de la acción típica de los delitos. En esta parte del código, se estructura de la siguiente forma a los delitos:

- Delitos contra la Defensa Nacional
- Contra el Derecho Internacional Humanitario
- Contra el Servicio de Seguridad
- Contra la Integridad Institucional
- Delitos cometidos en el ejercicio del mando o autoridad
- Delitos de violación al Deber Militar
- Delitos que afectan los bienes destinados al Servicio Militar Policial
- Delitos contra la fidelidad a la Función Militar Policial.

3. Parte Procesal.

En el libro tercero se estipula la descripción completa con respecto a la aplicación de los anteriores libros ya mencionados. Muchos coincidimos en que esta parte del código está ligada estrechamente al Código Procesal Penal del 2006, que empezó a regir en el Distrito Judicial de Huaura desde el 2004.

En ella encontramos:

- Principios y garantías procesales
- Acciones que nacen de los delitos
- Jurisdicción y competencia
- Sujetos procesales
- Actos procesales
- Medios de prueba

- Medidas cautelares personales y reales
- Proceso común
- Procesos especiales
- Control de las decisiones judiciales.

4. Ejecución Penal

Ya en el libro cuarto, encontramos detalles más explicados con respecto a lo que conlleva la ejecución del proceso, pues luego de haber terminado esto mencionado, se debe llevar a cabo la incoación de lo que se ha resuelto por parte del administrador de justicia especial. En esta parte hallamos los siguientes puntos:

- Disposiciones preliminares
- Derechos y obligaciones de los internos
- Ejecución de penas
- Beneficios penitenciarios
- Oficina General de Centros de Reclusión Militar Policial
- Régimen disciplinario.

3.3.4. Ámbito de Competencia

El Código Penal Militar Policial trata en los artículos del Capítulo II del Título III de la Parte Procesal (Libro Tercero) todo lo correspondiente a la competencia. No obstante, el Artículo 178° de la normativa tratada, es una muestra sintética de la intención del legislador al hacer entendernos los rasgos que implica este punto que tratamos en este caso.

Artículo 178.- Determinación de la competencia

1. La competencia es objetiva, funcional, territorial y por conexión.
2. Por la competencia se precisa e identifica a los órganos jurisdiccionales que deben conocer un proceso.

En el Artículo 178°, se nos menciona en el primer numeral los principios que ya conocemos respecto a la competencia, pero aun así es importante que se hayan materializado en esta norma. Encontrado en: (<https://www.deperu.com/legislacion/ley-29548-pdf.html>)

En el segundo numeral ya se puede hacer una mayor discusión respecto a su interpretación. Deja más abierta la posibilidad a los administradores de justicia de poder ejercer la competencia de los casos. Si bien es cierto, faltó precisar el hecho de que órgano jurisdiccional que ejerza esa facultad de competencia esté en la obligación de dominar el tema de los hechos que estén en discusión.

3.3.5. Criterios tratados

El Código Penal Militar Policial, establece el desarrollo de sus criterios en:

3.3.5.1. Dar la definición de Delito de Función

Artículo II.- Delito de función

El delito de función es toda conducta ilícita cometida por un militar o un policía en situación de actividad, en acto del servicio o con ocasión de él, y que atenta contra bienes jurídicos vinculados con la existencia, organización, operatividad o funciones de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional.

Como se aprecia en el Artículo II del Título Preliminar del Código Penal Militar Policial, se señala que el delito de función es toda conducta ilícita, que

podrá atribuírsele a un militar o a un policía, que, estando en situación de actividad, acto del servicio o con ocasión de él, haya atentado contra bienes jurídicos vinculados con la existencia, organización, operatividad o funciones de ambas instituciones respectivas. Sabemos que la naturaleza de la función militar es distinta a la de la función policial, sin embargo, ésta no ha sido recogida por este artículo.

Por otro lado, el Artículo II del Título Preliminar de la Ley N° 29182 (Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial) indica que los delitos de función de naturaleza y carácter militar policial son tipificados en el Código de Justicia Militar Policial. Asimismo señala que son imputables, solo y únicamente a militares y policías que se encuentren en el desarrollo de su función de actividad. Encontrado en: (<http://www.fmp.gob.pe/wp-content/uploads/transparencia/elementos/version%20final%20reglamento%20para%20publicar.pdf>)

Corresponde por esto, diferenciar los significados de acto del servicio y ocasión del servicio. Para esto nos apoyaremos del Decreto Legislativo N°1148, Ley de la Policía Nacional del Perú.

Por acto del servicio, se entiende como la acción que desenvuelve el personal en cumplimiento de sus funciones, deberes u orden superior, en todo momento o circunstancia, inclusive cuando este se halle de franco, vacaciones o cuente con algún permiso de su institución. Hallado en: (<https://apropolperu.files.wordpress.com/2016/09/libro-derecho-penal-militar-policial-peruano.pdf>).

En cuanto a la ocasión del servicio, es cuando el servicio policial prestado ha producido alguna circunstancia que produzca alguna lesión, enfermedad o muerte. Este contexto debe darse en cumplimiento de la misión institucional o funciones propias inherentes al cargo que corresponda. Encontrado en: (<https://www.deperu.com/legislacion/ley-29548-pdf.html>)

3.3.5.2. Determinar los delitos que no están relacionados, sea la modalidad que fuese, con el servicio militar o policial.

El Artículo II que hemos señalado, indica que los delitos de función solo son aquellos que atentan contra bienes jurídicos vinculados con la existencia, la organización, operatividad o las funciones de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional. Todas aquellas conductas que no cumplan con estos requisitos no serán considerados delitos de función y pasarán a tratarse por la justicia ordinaria.

3.3.5.3. Poder regular la obediencia debida del personal militar y policial.

Los delitos de insubordinación, así como los de desobediencia, que se encuentran regulados por los Artículos 115 y 117 del Código Penal Militar Policial respectivamente, tienen en la primera modalidad, como presupuesto legal de su configuración, el hecho de negarse al cumplimiento de órdenes que son únicamente legítimas, dando menor importancia al antiguo concepto de la obediencia debida. En cuanto de la desobediencia, está entendida como el incumplimiento de leyes, reglamentos o cualquier documento que estipulen

las funciones de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú.

Encontrado en:

<http://www.cdih.gob.pe/cdih/wp-content/uploads/2017/09/DIH-Y-CODIGO-PENAL-MILITAR-POLICIAL-DEL-PERU.pdf>

3.3.5.4. Poder consagrar el derecho a la defensa técnica

Artículo 212.- Derecho de elección de abogado

El imputado tendrá derecho a elegir un abogado de su confianza como defensor. Si no lo hace, se le asignará un defensor de oficio. Si prefiere defenderse por sí mismo, el juez lo permitirá sólo cuando el imputado sea abogado y no perjudique la eficacia de la asistencia legal.

La intervención del defensor no menoscaba el derecho del imputado a formular solicitudes y observaciones.

Como se puede contemplar en el Artículo 212° del Código Penal Militar Policial, se garantiza al imputado el derecho de poder elegir al abogado que mejor considere para que pueda defenderlo en el determinado caso que se encuentre. Encontrado en: (<https://www.deperu.com/legislacion/ley-29548-pdf.html>)

De no elegir un abogado, el Estado le proporcionará uno de oficio, tal y como se establece también en nuestro Código Procesal Penal del 2006. Además, se resalta en este artículo, que el sujeto imputado pueda defenderse a nivel jurisdiccional por sí solo, en el caso de que este tenga su título de abogado. Este criterio se usa para el caso de que el acusado crea estar en la capacidad de ejercer la propia defensa de sus derechos, y que los

administradores de justicia puedan corroborarlo mediante su título profesional.

Encontrado en:

(<http://www.cdih.gob.pe/cdih/wp-content/uploads/2017/09/DIH-Y-CODIGO-PENAL-MILITAR-POLICIAL-DEL-PERU.pdf>)

3.3.5.5. Adoptar la constitución de parte civil dentro del Proceso Militar

El Código Penal Militar Policial, desde el Artículo 220° hasta el Artículo 225°, indica la forma y lo que contiene la acción civil, así como la oportunidad de su solicitud, el desistimiento y también otros que puedan estar vinculados con la acción civil para que se pueda ejercer la acción resarcitoria

3.3.5.6 Ministerio Público como director de la investigación del delito.

La Fiscalía Militar Policial conduce, desde el inicio del caso, la investigación de los delitos y, a su vez, promueve la acción penal pública contra los autores y partícipes implicados. Esto, acuerdo con el artículo 226 del Código Penal Militar Policial vigente. De la misma manera, se señala en el mencionado artículo, que la carga de la prueba le pertenece a la Fiscalía Militar Policial y en consecuencia a ello, esta misma debe probar en el juicio oral y público los hechos que sustentan su acusación. Encontrado en: (<https://www.deperu.com/legislacion/ley-29548-pdf.html>)

3.3.5.7. El acogimiento del sistema acusatorio en la justicia castrense

Sin duda alguna, uno de los criterios más importantes introducidos en el Libro Tercero del Código Penal Militar Policial, es el de haber adoptado los

principios del sistema penal acusatorio, entre ellos, los principios del juicio oral, como son la contradicción, la inmediación, la oralidad y la publicidad. Estos principios los podemos encontrar también materializados en el Código Procesal Penal del 2006. Encontrado en: (<http://www.cdi.h.gob.pe/cdi.h/wp-content/uploads/2017/09/DIH-Y-CODIGO-PENAL-MILITAR-POLICIAL-DEL-PERU.pdf>).

3.3.5.8. Determinar los correspondientes sistemas de juzgamiento

Acorde a lo que se estipula en el Código Penal Militar Policial, el proceso común estará cargo por la Sala o el Tribunal Superior Militar Policial que corresponda. El juicio será efectuado en dos fases. En la primera, se desarrollará todo lo relativo a la existencia del hecho, su respectiva calificación y la responsabilidad penal que tenga el acusado. En la segunda fase, la Sala o el Tribunal Superior Militar Policial que haya sido asignado, deberá decidir si se han probado los hechos que son materia de acusación y además, si el procesado es considerado culpable, la sanción que deberá tener éste. En cuanto a los procesos especiales, podemos señalar que entre estos se hallan los procesos en tiempo de conflicto armado internacional, así como los abreviados en caso que se presente la situación donde el imputado admita el hecho que se le imputa y consienta la aplicación de este procedimiento. También tenemos entre estos procesos al que se da en caso de que el fiscal y el actor civil hayan manifestado su conformidad; y además, cuando la pena acordada no supere los tres años de pena privativa de libertad.

Encontrado en:

(http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/la%20jurisdiccion%20militar%20en%20el%20peru_2008/la_jurisdiccion_militar_en%20el%20peru_prof_palomino.pdf).

3.3.6. El Modelo Acusatorio vigente dentro del proceso penal militar policial

La Constitución Política del Perú de 1993, en su Artículo 159°, atribuye al Ministerio Público la función de conducir desde su inicio la investigación del delito. De forma similar, el Código Penal Militar Policial indica a la Fiscalía Militar Policial como la institución encargada de investigar los hechos que sean competencia del Fuero Militar Policial. Por otro lado, el Artículo 139°, en su numeral 3, estipula que ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, así como tampoco ser sometida a un procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni mucho menos por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación. Encontrado en: (http://cybertesis.unmsm.edu.pe/xmlui/bitstream/handle/cybertesis/1188/Musso_lm.pdf?sequence=1).

Por su parte, el Artículo 173° de nuestra Carta Magna, exceptúa de la competencia de la jurisdicción ordinaria a los delitos de función cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional en servicio activo, es decir, que para los casos de estos delitos, no pueden ser investigados, acusados ni juzgados por el fuero ordinario. Encontrado en:

(<http://www.cdih.gob.pe/cdih/wp-content/uploads/2017/09/DIH-Y-CODIGO-PENAL-MILITAR-POLICIAL-DEL-PERU.pdf>).

De la misma forma, el Artículo 153° del Código Penal Militar Policial ha delimitado la separación de la función de investigación y la de juzgamiento. Los Fiscales no podrán llevar a cabo actos de carácter jurisdiccional y los Jueces no podrán ejecutar actos de investigación o que tengan que ver con el impulso de la persecución penal, pues transgrede tanto los principios de objetividad como imparcialidad, respectivamente. Encontrado en:

(<https://www.deperu.com/legislacion/ley-29548-pdf.html>)

Así tal y como hemos mencionado, la estructura del nuevo proceso penal militar policial se construye sobre la base del modelo acusatorio, cuyas grandes líneas rectoras son la separación de funciones de investigación y juzgamiento, además que la libertad del imputado es la regla durante todo el proceso. De esta manera, la investigación penal estará a cargo del fiscal y la etapa decisoria a cargo del juez. Es menester hacer mención que, respecto al principio de oportunidad, es un mecanismo procesal a través del cual se faculta al Fiscal titular de la acción penal para decidir sobre la pertinencia de no dar inicio a la actividad jurisdiccional penal, o en todo caso a solicitar el sobreseimiento cuando concurren los requisitos exigidos por ley. Sin embargo, esta institución no se encuentra incorporada en el proceso penal militar policial. Así como el principio de oportunidad, otros sistemas de conclusión del proceso penal como la terminación anticipada o conclusión anticipada del proceso, tampoco se encuentran estipulados en el Código Penal Militar Policial. Encontrado en:

(<http://derechopenalmilitardued.blogspot.pe/2011/03/principios-universales-aplicados-en-el.html>).

3.4. DELITOS QUE AFECTAN LOS BIENES DESTINADOS AL SERVICIO MILITAR POLICIAL

3.4.1. Conceptos previos

El actual sistema de nuestro país, en sus distintas instituciones, ha evidenciado serias falencias debido a la mala administración que ha mostrado sus funcionarios y servidores. El servicio militar y policial no es ajeno a esto. Encontrado en:

(<http://www.cdih.gob.pe/cdih/wp-content/uploads/2017/09/DIH-Y-CODIGO-PENAL-MILITAR-POLICIAL-DEL-PERU.pdf>).

En líneas anteriores hemos mencionado como eje de nuestro tema central al Código de Justicia Militar Policial, el cual regula justamente tanto las conductas militares como policiales. Dentro este conjunto de normas legales, hay un conjunto de artículos que amparan los bienes que son destinados al servicio militar y policial. Bienes, que, en su mayoría son proporcionados por los recursos del Estado. Encontrado en:

(<https://www.deperu.com/legislacion/ley-29548-pdf.html>)

3.4.2. Bien jurídico protegido

Desde un aspecto positivista del Derecho, podemos considerar como el bien que se busca tutelar a todos los BIENES que son DESTINADOS AL SERVICIO MILITAR POLICIAL. Por ello, estos bienes se entiende que su

finalidad es la de garantizar la seguridad de la Nación, tal como se afirma en el Artículo 163° de nuestra Carta Magna.

3.4.3. Tipo legal en el Código Penal Militar Policial peruano

3.4.3.1. Afectación del material que es destinado para la Defensa Nacional

Artículo 133.- Afectación del material destinado a la defensa nacional

El militar o el policía que indebidamente disponga, destruya, deteriore, abandone o pierda, armas, municiones, explosivos, vehículos terrestres, navales y aéreos, o partes de éstos, y demás bienes o pertrechos militares o policiales, confiados para el servicio, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años, con la accesoria de inhabilitación.

Si el delito se comete durante enfrentamiento contra grupo hostil o conflicto armado internacional, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de diez años.

En cuanto a este primer artículo es de importancia poder hacer algunas consideraciones. Es relevante tener en cuenta en primer lugar, que el sujeto activo en este caso, debe ser un miembro habilitado por las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional del Perú.

Encontrado en: (<https://www.deperu.com/legislacion/ley-29548-pdf.html>)

Por el primer verbo rector, “disponga”, se infiere a que el funcionario público debe hacer uso de manera que los recursos dejen de estar en su punto inicial antes de que fuesen manipulados. Ahora, esta disposición que haga el sujeto militar o policial, debe tener una consecuencia que escape afuera de la esfera de sus funciones correspondientes. Lo que persiga el agente mediante la

disposición incorrecta debe ser para un provecho propio o de algún tercero, dañando el objeto jurídico que proporciona el Estado. Encontrado en:
(<http://www.cdih.gob.pe/cdih/wp-content/uploads/2017/09/DIH-Y-CODIGO-PENAL-MILITAR-POLICIAL-DEL-PERU.pdf>).

En cuanto al verbo “destruya”, el sujeto activo ha hecho uso del material que proporciona el Estado, llegando a deteriorarlo de tal manera que queda inservible. Para esta acción típica, el objeto jurídico debe haberse visto dañado de manera absoluta. Hallado en:
(<http://derechopenalmilitardued.blogspot.pe/2011/03/principios-universales-aplicados-en-el.html>).

Situación parecida ocurre con verbo rector “deteriore”, pero el daño que se le hace al objeto jurídico es relativo, teniendo la posibilidad aún de poder volver a darle el uso para el que fue destinado. En cuanto a los verbos de “abandone” y “pierda”, el primero se entiende como el hecho de que intencionalmente el sujeto activo se ha separado o ha dejado sin atención, tomando distancia, aquel bien que tenía que proteger conforme a la esfera de sus funciones respectivas. Y en cuanto al segundo verbo, se le conoce como el hecho que, por algún descuido o circunstancia, haya dejado de tener el material que se le haya proporcionado.

Encontrado en:
(http://cybertesis.unmsm.edu.pe/xmlui/bitstream/handle/cybertesis/1188/Musso_lm.pdf?sequence=1).

Los materiales de los que se habla en este artículo engloban desde los de menor tamaño como las armas, municiones y explosivos, hasta los de mayor

tamaño como son los vehículos terrestres, navales y aéreos. También se hace referencia a todos los materiales que sean adherentes a éstos. De lo mencionado se desprende que los objetos en concreto que se tutelan en este enunciado normativo, necesariamente, deben ser del uso militar o policial. Con respecto a la agravante que se señala, la acción se debe ejecutar en un contexto más complejo como lo son los enfrentamientos contra grupo hostil o en caso de que se presente la situación durante un conflicto armado internacional. Encontrado en:

(<http://www.cdih.gob.pe/cdih/wp-content/uploads/2017/09/DIH-Y-CODIGO-PENAL-MILITAR-POLICIAL-DEL-PERU.pdf>)

El Artículo 2° del Código Penal Militar Policial indica que estos actos deben cometerse dentro del territorio peruano para poder ser procesado por el fuero militar policial, sin embargo, el Artículo 1° que trata el principio de territorialidad, da la posibilidad de que si son cometido en el extranjero dentro de las aeronaves y naves militares o policiales nacionales, hallándose ocupados por orden legal de autoridad militar o policial o se encuentren en servicio de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional, puedan ser procesados por este Código. Encontrado en:

(<https://www.deperu.com/legislacion/ley-29548-pdf.html>).

Con respecto a las penas a aplicarse, en caso de que se presentase algunos de los hechos establecidos en el primer párrafo, la pena será no menos de dos ni mayor de ocho años, con la accesoria de una inhabilitación de sus funciones. Esto será proporcional en la magnitud que se haya visto perjudicado el bien protegido en este asunto. Sin embargo, por el hecho de

que el delito establecido en este caso se cometa en un contexto bélico, tal y como dice esta norma, la pena privativa de libertad será entre los cuatro y diez años. No hay una pena accesoria, por lo que la agravante se considera más por la situación en la que se efectúen los hechos que por el daño que puedan haber recibido los bienes jurídicos tutelados, aunque este haya sido de una menor consideración.

Hallado en: (<http://www.cdih.gob.pe/cdih/wp-content/uploads/2017/09/DIH-Y-CODIGO-PENAL-MILITAR-POLICIAL-DEL-PERU.pdf>)

3.4.3.2. Apropiación Ilegítima de material destinado al servicio

Artículo 134.- Apropiación ilegítima de material destinado al servicio

El militar o el policía que, para obtener provecho, se apropia ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente perteneciente al Estado y destinado al servicio militar o policial, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años.

La pena será privativa de libertad no menor de doce ni mayor de veinte años si el robo es cometido:

1. Durante la noche.
2. A mano armada

Con el concurso de dos a más personas

Mostrando mandamiento falso o autoridad

Sobre vehículo terrestre, nave o aeronave, destinada al servicio.

Sobre material de guerra

(...)

(...)

La pena será privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de treinta años:

Cuando se cause lesiones a la integridad física o mental.

Mediante el empleo de drogas, insumos químicos o fármacos.

Sobre bienes con carácter de secreto militar.

Si los bienes robados son destinados a una organización terrorista o delictiva.

La pena será perpetua cuando el agente actúe en calidad de integrante de una organización delictiva o banda, durante enfrentamiento contra grupo hostil o conflicto armado internacional, o si, como consecuencia del hecho, se produce la agravante de los incisos 16 o 17 del Artículo 33°.

Empezamos haciendo mención al hecho concreto en este caso, el cual consiste en apropiarse total o parcialmente, de manera ilegítima, de un bien mueble. La ejecución de esta acción debe implicar que se ejecute con violencia o amenaza hacia otra persona, prácticamente lo que entendemos como robo.

Hallado en:

(http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/la%20jurisdiccion%20militar%20en%20el%20peru_2008/la_jurisdiccion_militar_en%20el%20peru_prof_palomino.pdf).

De esto último mencionado es importante resaltar que el artículo no especifica los requisitos del individuo al cual se le someterá para sustraer el

bien. Deja una interpretación abierta, dando a entender supuestos como el caso de que el sujeto que se vea perjudicado sea miembro o no del aparato estatal. Asimismo, no se especifica si este mismo sujeto deberá estar encargado del cuidado o salvaguarda del recurso destinado a servicio, reiterando de esta manera que simplemente se hace mención en este apartado a que se ejerza violencia hacia una persona para poder conseguir un bien en su totalidad o solo parte del mismo. Sin embargo, es importante precisar como análisis personal, que el militar o policía que cometa la acción típica enunciada, deba emplear violencia o amenaza hacia otra persona que tenga como obligación la salvaguarda del bien destinado a servicio, o que en todo caso busque proteger el mismo al darse cuenta que se encuentra en peligro.

Encontrado en: (<https://www.deperu.com/legislacion/ley-29548-pdf.html>)

Con respecto al objeto jurídico sobre el cual recaerá la acción del sujeto activo, son los bienes muebles, de los cuales se entiende por todo aquello que pueda trasladarse de un lugar a otro sin que pierda su individualidad. También es importante acotar que estos deben pertenecer al Estado y su vez deben encontrarse destinados a servicio militar o policial, ya sea antes del momento

Así mencionados los hechos, la sanción a aplicar será una pena privativa de libertad que va desde los cuatro hasta diez años. Encontrado en: (<http://derechopenalmilitardued.blogspot.pe/2011/03/principios-universales-aplicados-en-el.html>)

Puede darse el caso que la pena privativa de libertad sea no menor de doce ni mayor de veinte años, esto si las modalidades del robo que se haya cometido sea alguna de las siguientes:

- Durante la noche: cuando se busca aplicar esta agravante, se debe tomar en cuenta la intensidad de luz solar que presenta el lugar de los hechos al momento que estos ocurren. Podemos complementar esta información con el Recurso de Nulidad N° 3936-2013 - Ica, en el que se señala que la denominación expresa del tipo “durante la noche” debe entenderse desde la perspectiva cronológica-astronómica, y no teleológico-funcional. Por ello, la noche se define como aquel periodo durante el que una parte del globo terrestre deja de recibir luz solar, por ende, permanece en oscuridad.” Encontrado en: (<https://legis.pe/r-n-3936-2013-ica-para-verificar-circunstancia-agravante-de-nocturnidad-se-debe-usar-el-criterio-cronologico/>).
- A mano armada: por esto se entiende cualquier objeto que busque doblegar la resistencia de la persona que se haya tenido que amenazar o violentar para poder sustraer el bien jurídico protegido. Para ampliar este punto hacemos mención al discutido Acuerdo Plenario N° 05 - 2015/CIJ – 116, en el que se hace referencia al delito de robo con la agravante “a mano armada”, que se encuentra en el inciso 3 del Artículo 189° del Código Penal. En este caso la Corte Suprema concluye señalando que las armas de juguete califican como agravante. Encontrado en:

(<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/709eb9004dea3527a329fb73e0b6364e/IX%2BPleno%2BSupremo%2BPenal-2015-5.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=709eb9004dea3527a329fb73e0b63>)

El razonamiento asumido es muy discutido y ha generado gran polémica entre los estudiosos del Derecho Penal, pues la Corte Suprema respalda la idea que robar usando un arma de juguete es una acción alevosa, de manera que busca doblegar la voluntad de la víctima, lo que vale decir que dicha acción del sujeto activo forma parte de la intimidación con la que ejecuta el robo. Hallado en: (<http://www.cdih.gob.pe/cdih/wp-content/uploads/2017/09/DIH-Y-CODIGO-PENAL-MILITAR-POLICIAL-DEL-PERU.pdf>).

Asumimos que el fuero militar policial toma como referencia este acuerdo plenario para poder resolver en caso se presentase una situación similar en su competencia. Encontrado en:

(<http://derechopenalmilitardued.blogspot.pe/2011/03/principios-universales-aplicados-en-el.html>)

- Con el concurso de dos o más personas: No podrá considerarse esta agravante si solo interviene activamente un solo sujeto en el hecho. El fuero militar policial deberá analizar el dominio del hecho que tengan cada uno de implicados para poder determinar la extensión de la pena. Encontrado en:

(http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/LA%20JURISDICCION%20MILITAR%20EN%20EL%20PERU_2008/LA_JURISDICCION_MILITAR_EN%20EL%20PERU_PROF_PALOMINO.PDF).

- Mostrando mandamiento falso de autoridad: en este caso el miembro de la Policía Nacional del Perú o de las Fuerzas Armadas incurre mediante la apariencia de ser alguna autoridad para poder sustraer el bien inmueble, claro está que en este proceso de ejecución del robo debe ejercer violencia o amenaza hacia otra persona para que se pueda tipificar con esta figura.
- Sobre vehículo terrestre, nave o aeronave, destinado al servicio: puede darse el caso de que el agente solo desee alguna parte del vehículo, sin embargo, seguirá estando dentro de esta agravante.

Un punto importante que no se precisa en este apartado es sobre si el vehículo deba estar habilitado o no para funcionar, puesto que esta agravante solo se restringe a mencionar que este debe estar destinado a servicio.

Suponiendo que se sustraiga total o parcialmente un vehículo del Estado que se encuentre en el depósito por algún déficit en su, se sobreentenderá que igual hay delito, puesto que no se especifica el estado en que debe encontrarse el recurso que ha sido destinado para el servicio.

Hallado en:

(<http://www.cdih.gob.pe/cdih/wp-content/uploads/2017/09/DIH-Y-CODIGO-PENAL-MILITAR-POLICIAL-DEL-PERU.pdf>).

- Sobre material de guerra: esto hace referencia a todo objeto que tenga carácter bélico. Es importante que este bien haya sido configurado como una agravante, puesto que constituye un elemento primordial para la defensa de la soberanía nacional. Encontrado en:

(http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/la%20jurisdiccion%20militar%20en%20el%20peru_2008/la_jurisdiccion_militar_en%20el%20peru_prof_palomino.pdf).

La pena podrá extenderse entre los veinte (20) y treinta (30) años en caso se presenten las siguientes agravantes:

- Cuando se cause lesiones a la integridad física o mental: obviamente al ser un tipo penal de robo debe haber empleo de violencia o amenaza hacia otra persona, buscando doblegar la resistencia de la misma. Cuando el uso de la fuerza deja como daños lesiones, ya sean leves o graves, esta agravante podrá configurarse. En caso de que las amenazas hayan provocado una secuela traumática, o que también el acto de violencia haya dejado un terrible daño psicológico que derive posteriormente en un daño mental, se podrá tipificar también con esta agravante.

Hallado en: (<http://www.cdih.gob.pe/cdih/wp-content/uploads/2017/09/DIH-Y-CODIGO-PENAL-MILITAR-POLICIAL-DEL-PERU.pdf>)

- Mediante el empleo de drogas, insumos químicos o fármacos: de esta agravante se entiende que se dará en el caso que el agente emplee alguna de estas sustancias para concretar su hecho, ya sea en la otra

persona a la que tendrá que someter para realizar su intención o en sí mismo. Encontrado en:

- (http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/LA%20JURISDICCION%20MILITAR%20EN%20EL%20PERU_2008/LA_JURISDICCION_MILITAR_EN%20EL%20PERU_PROF_PALOMINO.PDF)
- Sobre bienes con carácter de secreto militar: un recurso destinado al servicio también puede entenderse como algún objeto concreto que permita guardar en reserva alguna información de carácter militar que comprometa a la seguridad nacional. Encontrado en:
(<http://derechopenalmilitardued.blogspot.pe/2011/03/principios-universales-aplicados-en-el.html>)
- Si los bienes robados son destinados a una organización terrorista o delictiva: Muy importante que se haya tomado esta agravante dentro de esta extensión de pena, puesto que como ya es de conocimiento, la mayoría de armas que se proporcionan en el “mercado negro” tienen su procedencia justamente de los recursos que el Estado proporciona para el servicio militar o policial. Hallado en: (<http://www.cdi.h.gob.pe/cdi.h/wp-content/uploads/2017/09/DIH-Y-CODIGO-PENAL-MILITAR-POLICIAL-DEL-PERU.pdf>).

Con el hecho de que el sujeto activo actúe siendo integrante de una organización delictiva o banda criminal, la sanción penal será la cadena perpetua. Asimismo, si la acción típica se realiza en un contexto de enfrentamiento contra algún grupo hostil o durante un conflicto armado internacional. De la misma manera se agrega en el último párrafo del

apartado que, si como consecuencia del hecho, se produjese alguna agravante de los incisos 16 o 17 del Artículo 33° del presente código, también se aplicará esta máxima sanción. Encontrado en: (<http://derechopenalmilitardued.blogspot.pe/2011/03/principios-universales-aplicados-en-el.html>)

3.4.3.3. Apropiación Ilegítima de material destinado al servicio

Artículo 135.- Hurto de material destinado al servicio

El militar o el policía que, para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente perteneciente al Estado y destinado al servicio militar o policial, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos años ni mayor de cinco años.

La pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años si el hurto es cometido:

1. Durante la noche.
2. Mediante destreza, escalamiento, destrucción o rotura de obstáculos.
3. Con ocasión de incendio, inundación, naufragio, calamidad pública.
4. Mediante el concurso de dos o más personas.

La pena será no menor de cinco ni mayor de diez años si el hurto es cometido:

5. Por un agente que actúa en calidad de integrante de una organización destinada a perpetrar estos delitos.
6. Sobre bienes con carácter de secreto militar.
7. Mediante la utilización de sistemas de transferencia electrónica de fondos, de la telemática en general o la violación del empleo de claves secretas.
8. Con empleo de materiales o artefactos explosivos para la destrucción o rotura de obstáculos.
9. Sobre vehículo terrestre, nave o aeronave, destinado al servicio.
10. Sobre material de guerra (...)

(...)

La pena será no menor de ocho ni mayor de quince años cuando el delito se comete durante enfrentamiento contra grupo hostil o conflicto armado internacional o el agente actúa en calidad de jefe, cabecilla o dirigente de una organización o banda destinada a perpetrar estos delitos.

La pena será no menor de veinte ni mayor de veinticinco años cuando los bienes hurtados son destinados a una organización terrorista o delictiva.

En la descripción que se hace en este caso, las acciones que realice el sujeto activo sobre el bien jurídico tutelado, deben ejercerse sin el empleo de violencia o amenaza hacia otra persona. Hallado en:

(<https://apropolperu.files.wordpress.com/2016/09/libro-derecho-penal-militar-policia-peruano.pdf>).

Aunque haya una enorme similitud en ese artículo con el anterior ya tratado, podemos encontrar diferencias, por ejemplo, notamos la forma con la que se ejerce el tipo normativo, pues con respecto al Artículo 134°, en el que debe existir un claro empleo de violencia o amenaza hacia otro sujeto, esta figura de hurto material destinado al servicio solo se restringe al hecho de que el agente altere la ubicación del bien mueble mediante la sustracción ilegítima del mismo. El objeto jurídico tutelado puede verse perjudicado de manera total o parcial. Encontrado en:

(http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/la%20jurisdiccion%20militar%20en%20el%20peru_2008/la_jurisdiccion_militar_en%20el%20peru_prof_palomino.pdf)

Con respecto a la sanción a aplicar, será la de la pena privativa de libertad, no menor de dos ni mayor a cinco años. Sin embargo, esta podrá extenderse desde los cuatro hasta los ocho años en caso de que se den las agravantes siguientes:

- Durante la noche: como ya lo mencionamos anteriormente, dependerá de la intensidad de luz solar que haya en el lugar de los hechos. Encontrado en: (http://cybertesis.unmsm.edu.pe/xmlui/bitstream/handle/cybertesis/1188/Musso_lm.pdf?sequence=1)
- Mediante destreza, escalamiento, destrucción o rotura de obstáculos: esta gravante hace alusión total a las modalidades en las que comúnmente se suele realizar el hurto. Pero un punto importante para hacer mención es en el caso de la “destreza”, pues al estar ésta señalada como agravante puede derivar a que casi la mayoría de los hechos que se constituyan por hurto puedan calificarse con este párrafo. Otro punto importante a resaltar en este tema, es que el hecho de que haya una destrucción o rotura de los obstáculos que impidan cometer el hecho señalado, se entenderá como hurto, a pesar de que para poder ejecutar lo dicho se tenga que emplear violencia contra dichos objetos.
- Con ocasión de incendio, inundación, naufragio, calamidad pública: este numeral indica algunos contextos adversos extraordinarios a los habituales, donde hay una clara necesidad.
- Mediante el concurso de dos o más personas: la pluralidad de los sujetos activos permitirá el cumplimiento material de dicha agravante.

La pena irá desde los cinco hasta los diez años si el hurto es cometido en los siguientes casos:

- Por un agente que actúa en calidad de integrante de una organización destinada a perpetrar estos delitos: ha sido importante que se haya ubicado de esta forma esta agravante, puesto que la idea central del legislador ha sido evitar la benevolencia con aquellos miembros militares o policiales que pertenezcan a una banda criminal. Hallado en: (<https://apropolperu.files.wordpress.com/2016/09/libro-derecho-penal-militar-policia-peruano.pdf>)
- Sobre bienes con carácter de secreto militar: como se trató anteriormente, las instituciones militares tienen información reservada la cual se debe proteger mediante esta normativa especial.
- Mediante la utilización de sistemas de transferencia electrónica de fondos, de la telemática en general o la violación del empleo de claves secretas: este punto se contextualiza en el avance actual tecnológico, en el aspecto de que el sistema informático permite hacer movimientos de los recursos del Estado. Recopilado de: ([Http://Www.Derecho.Usmp.Edu.Pe/Postgrado/Doctorado/La%20jurisdiccion%20militar%20en%20el%20peru_2008/La_Jurisdiccion_Militar_En%20el%20peru_Prof_Palomino.Pdf](http://Www.Derecho.Usmp.Edu.Pe/Postgrado/Doctorado/La%20jurisdiccion%20militar%20en%20el%20peru_2008/La_Jurisdiccion_Militar_En%20el%20peru_Prof_Palomino.Pdf))
- Con empleo de materiales o artefactos explosivos para la destrucción o rotura de obstáculos: a pesar de que estos hechos impliquen violencia, el

legislador lo ha entendido como actos que constituyen el hurto.

Encontrado en:

(<http://derechopenalmilitardued.blogspot.pe/2011/03/principios-universales-aplicados-en-el.html>)

- Sobre vehículo terrestre, nave o aeronave, destinado al servicio
- Sobre material de guerra

La sanción que se impone como pena es desde los ocho hasta los quince años, cuando el delito se da en un contexto de enfrentamiento contra algún grupo hostil o durante un conflicto armado internacional. También se extiende en caso que el sujeto activo actúe en calidad de jefe, cabecilla o dirigente de un grupo criminal organizado. Encontrado en:

(http://cybertesis.unmsm.edu.pe/xmlui/bitstream/handle/cybertesis/1188/Musso_lm.pdf?sequence=1)

En caso que los bienes que hayan sido hurtados sean destinados a una organización terrorista o delictiva, la máxima pena será desde los veinte hasta los veinticinco años.

3.4.3.4. Utilización indebida de bienes destinados al servicio

Hay una gran semejanza de este delito con el tipo de peculado de uso, pues el hecho a sancionar es el uso de los recursos del Estado para fines que están fuera de la esfera de la administración pública.

El sujeto activo en este caso particular deberá ser necesariamente un policía o militar que tenga a su disposición, el embarque de algún medio de

transporte del Estado que haya sido destinado para servicio militar o policial.

Encontrado en:

(<http://derechopenalmilitardued.blogspot.pe/2011/03/principios-universales-aplicados-en-el.html>).

Ya sea algún bien mueble o alguna otra persona que se permita transportar, será sancionado este hecho. Claro que cabe precisar que se debe cumplir el hecho de que estas no tengan nada que ver con la finalidad militar o policial que haya sido designada. Encontrado en:

(http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/la%20jurisdiccion%20militar%20en%20el%20peru_2008/la_jurisdiccion_militar_en%20el%20peru_prof_palomino.pdf).

Puede darse el caso de que pueda estar autorizado por el superior, sin embargo toda la responsabilidad caerá en este mismo si se probase que el uso no ha sido el correcto, ya que todo el dominio del hecho en esa modalidad quedará bajo su poder.

La pena privativa de libertad que se aplica en este caso va desde uno hasta los seis años. Se puede considerar que esta sanción es proporcional, puesto que acá no se vulnera gravemente el bien destinado a servicio, sino el incumplimiento de las funciones que designa el reglamento policial o militar.

Encontrado en:

http://cybertesis.unmsm.edu.pe/xmlui/bitstream/handle/cybertesis/1188/Musso_lm.pdf?sequence=1

3.4.3.5. Sustracción por culpa

Artículo 137.- Sustracción por culpa

El militar o el policía que, por culpa, permite o facilite la sustracción, desvío o apropiación de armas, municiones, explosivos, prendas o material bélico, destinados al servicio, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años.

Hay que diferencia bien tanto el verbo “permite” y “facilite”, en el primer caso consideramos que debe haber una sanción a imponer, a pesar de que haya sido por culpa. Con el segundo caso, deja el debate abierto a muchas discusiones, como, por ejemplo, hasta qué grado se puede decir que se está facilitando la realización de la sustracción, desvío o apropiación. Además, se supone que para poder facilitar la realización de un hecho debe haber una omisión en las funciones, o que, en todo caso, hay tenido voluntad de que los bienes sean transgredidos, pero ya no nos encontraríamos en un supuesto de culpa. Hallado en:

(<https://www.deperu.com/legislacion/ley-29548-pdf.html>)

Este breve párrafo de artículo en análisis consideramos que merece una mayor especificación con respecto a los verbos rectores que señala.

En cuanto a la sanción de la penal, que va desde los dos años hasta los seis, consideramos que el mínimo legal es desproporcional al ser un hecho que se constituye por la culpa del sujeto activo. Claro está que la magnitud de los daños dependerá del valor de las consecuencias que resulten de los actos lesivos hacia los bienes. Encontrado en:

(<http://derechopenalmilitardued.blogspot.pe/2011/03/principios-universales-aplicados-en-el.html>)

4. POSTURA DEL AUTOR

Teniendo como finalidad establecer su correcta tratativa jurídica, en pos de un adecuado sistema de justicia nacional; siendo que de por sí el tema guarda relación con la efectividad de la aplicación de la norma, así como la adecuada aplicación de principios y normas para determinados casos.

Sobre el conflicto existente entre los bienes jurídicos tutelados, cabe señalar que en el actual ordenamiento jurídico penal la tipificación del delito de colusión, así como peculado, son delitos cuyo agente tiene la calidad de funcionario público, mientras que el Código Penal Militar Policial, se castiga a los miembros de las fuerzas armadas, que vendrían a ser funcionarios públicos también, por ende se estaría hablando de una doble tipificación de un mismo delito, lo cual conllevaría a la posibilidad de la aplicación del *ne bis in idem*, aun teniendo en consideración que los articulados del Código Penal castigan y sancionan de una forma más adecuada, con la finalidad de preservar y resguardar los intereses del Estado.

No es menos correcto sostener la importancia de la investigación en el hecho de que permitirá conocer que el delito de apropiación ilegítima de bienes, teniendo similitud con lo normado en el Código Penal mediante las figuras de peculado y colusión, envuelven entre sí una misma figura jurídica, que es necesario adecuar, con la finalidad de establecer criterios unificadores que permitan la correcta aplicación de la norma en cuestión.

La urgencia de la propuesta se haya establecida en el hecho de que las normas del Código Penal resguardan los intereses de los bienes jurídicos tutelados y en el caso de la presente investigación se trata de bienes del

Estado, cuya regulación similar podría generar conflicto entre normas o incluso la aplicación inadecuada de una norma,

La utilidad teórica viene dada por la unificación de criterios dogmáticos para tratar una misma problemática, efectuando las comparaciones debidas entre las legislaciones materia de la presente investigación; lo cual nos permitirá obtener conocimiento a los fines de obtener un conocimiento válido en torno a los intereses del estado que requieren de una mayor protección.

CAPITULO III: RESULTADOS DEL TRABAJO DE CAMPO

3.1. ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

Con la finalidad de analizar y su posterior discusión de los datos obtenidos de la encuesta aplicada a jueces, fiscales y abogados de la ciudad de Chiclayo, pertenecientes al Distrito Judicial de Lambayeque, se procedió a plasmar la información en cuadros estadísticos.

3.1.1. Tabulación de encuestas dirigida a operadores del derecho

Se analizarán los siguientes cuadros estadísticos:

CUADRO N° 01: DEFINICIÓN DE PECULADO.

GRÁFICO 1

CUADRO N° 02: LOS QUE INCRREN EL DELITO DE PÉCULADO.

GRÁFICO 2

CUADRO N° 03: CALIDAD DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS.

GRÁFICO 3

CUADRO N° 04: BIENES DESTINADOS AL SERVICIO MILITAR

GRÁFICO 4

CUADRO N° 05: MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS TIENEN CALIDAD DE FUNCINARIOS PÚBLICOS.

GRÁFICO 5

CUADRO N° 06: TIPO PENAL GENÉRICO ORIENTADO A LA PROTECCION DE BIENES JURIDICOS ESTATALES.

GRÁFICO 6

CUADRO N° 07: CONFLICTO DE NORMAS APARENTE.

GRÁFICO 7

CUADRO N° 08: EN CASO DE CONFLICTO APARENTE RESULTA EFICAZ.

GRÁFICO 8

CUADRO N° 09: EL NE BIS IDEM AFECTA A LA JUSTICIA ORDINARIA.

GRÁFICO 9

CUADRO N° 10: LOS BIENES DESTINADOS A LA DEFENSA Y SEGURIDAD PUEDEN SUBSUMIR EN EL DELITO DE PECULADO Y COLUSIÓN.

GRÁFICO 10

CUADRO N° 11: TIPO PENAL.

GRÁFICO 11

CUADRO N° 12: SE PUEDE DENUNCIAR LOS DELITOS DE AFECTACION A LOS BIENES PÚBLICOS.

GRÁFICO 12

CUADRO N° 13: EL PERSONAL MILITAR ES CONSIDERADO FUNCIONARIO PÚBLICO POR LO QUE ES CONSIDERADO SUJETO ACTIVO DEL DELITO.

GRÁFICO 13

CUADRO N° 14: RESPECTO A LA APLICACIÓN DE PRINCIPIOS.

GRÁFICO 14

CUADRO N° 15: FUERO ORDINARIO O FUERO ESPECIAL.

GRÁFICO 15

CUADRO N° 16: EFECTOS A GENERARSE CON LA DESREGULACION
DE LAS CONDUCTAS CRIMINALES QUE EFECTEN EL
BUEN USO DE LOS BIENES DESTINADOS A LA
DEFENSA ACIONAL.

GRÁFICO 16

CUADRO N° 17: EL TEMA DEL PRESENTE TRABAJO AYUDA A
SALVAGUARDAR LOS INTERESES DEL ESTADO.

GRÁFICO 17

INFORME FINAL DE TESIS

“APROPIACIÓN DE BIENES Y DEFRAUDACIÓN AL ESTADO: INTERPRETACIÓN DE LA DOBLE TIPIFICACIÓN ORDINARIA Y ESPECIAL (CODIGO PENAL MILITAR POLICIAL – Art. 384 y 387 del CODIGO PENAL)”

TABULACIÓN DE ENCUESTA APLICADA A JUECES, FISCALES Y ABOGADOS DEL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE

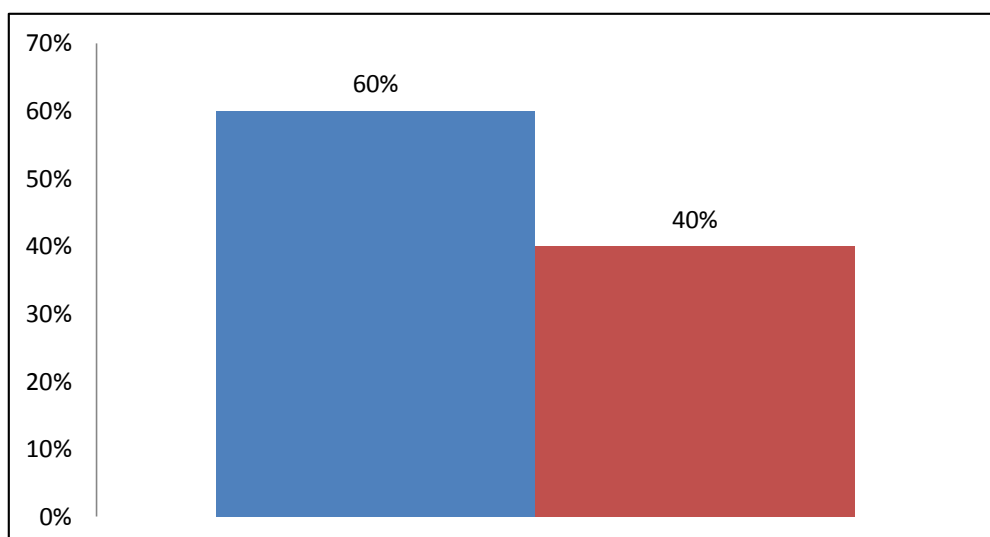
Total encuestados: 93 personas

CUADRO Nº1 DEFINICION DE PECUALDO

Fuente: Trabajo de campo realizado en la ciudad de Chiclayo, al mes de mayo de 2018.

PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Según sus conocimientos, la siguiente afirmación “El delito de peculado en nuestro sistema no solo 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”. Es:	CORRECTO	56	60%
	INCORRECTO	47	40%
TOTAL		93	100%

GRAFICO Nº 1



INFORME FINAL DE TESIS

“APROPIACIÓN DE BIENES Y DEFRAUDACIÓN AL ESTADO: INTERPRETACIÓN DE LA DOBLE TIPIFICACIÓN ORDINARIA Y ESPECIAL (CODIGO PENAL MILITAR POLICIAL – Art. 384 y 387 del CODIGO PENAL)”

TABULACION DE ENCUESTA APLICADA A JUECES, FISCALES Y ABOGADOS DEL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE

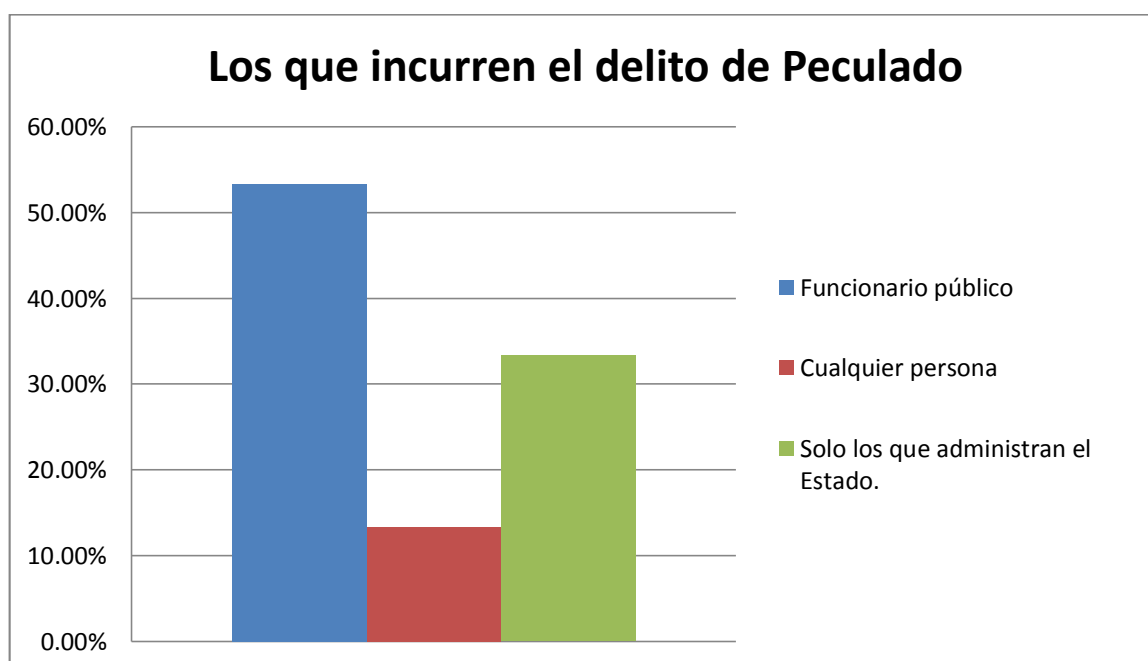
Total encuestados: 93 personas

CUADRO Nº2: LOS QUE INCURREN EN EL DELITO DE PECULADO

PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
A su entender ¿Quiénes son los que pueden incurrir en los delitos de peculado y colusión?	Funcionario público	41	53.34%
	Cualquier persona	21	13.33%
	Solo los que administran el Estado	31	33.33%
TOTAL		93	100%

Fuente: Trabajo de campo realizado en la ciudad de Chiclayo, al mes de mayo de 2018.

GRAFICO Nº2



INFORME FINAL DE TESIS

“APROPIACIÓN DE BIENES Y DEFRAUDACIÓN AL ESTADO: INTERPRETACIÓN DE LA DOBLE TIPIFICACIÓN ORDINARIA Y ESPECIAL (CODIGO PENAL MILITAR POLICIAL – Art. 384 y 387 del CODIGO PENAL)”

TABULACION DE ENCUESTA APLICADA A JUECES, FISCALES Y ABOGADOS DEL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE

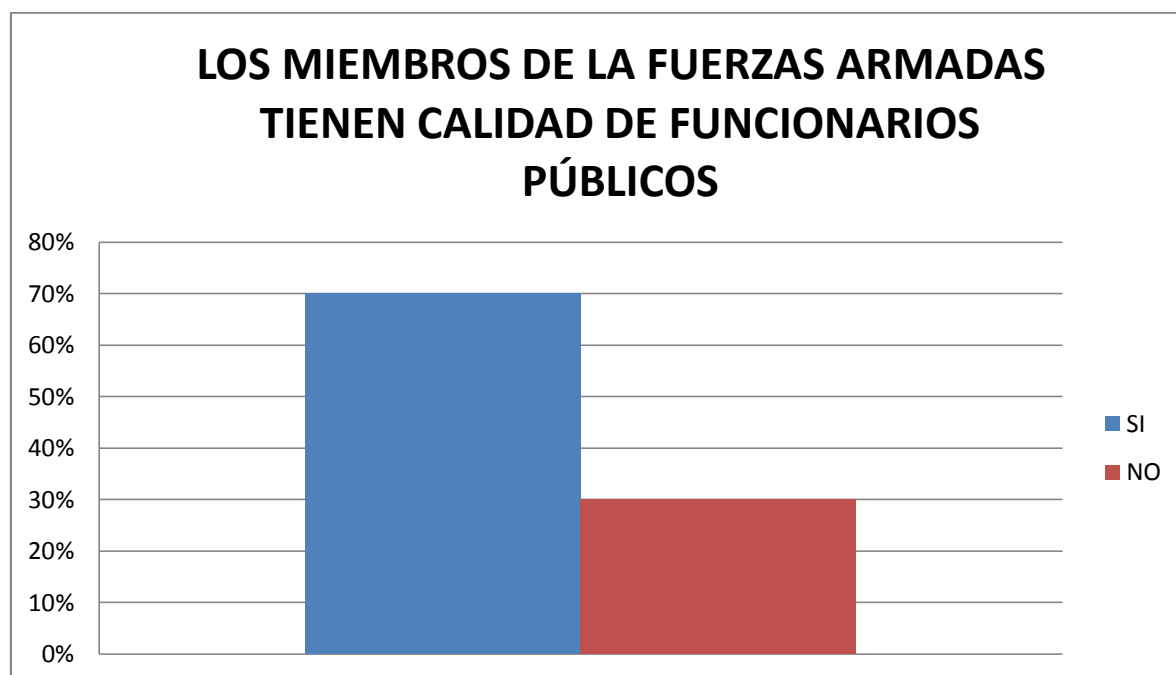
Total encuestados: 93 personas

CUADRO Nº3: CALIDAD DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS

PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
¿Los miembros de las fuerzas armadas tienen la calidad de funcionarios públicos?	SI	67	70%
	NO	26	30%
TOTAL		93	100%

Fuente: Trabajo de campo realizado en la ciudad de Chiclayo, al mes de mayo de 2018.

GRAFICO Nº 3



INFORME FINAL DE TESIS

“APROPIACIÓN DE BIENES Y DEFRAUDACIÓN AL ESTADO: INTERPRETACIÓN DE LA DOBLE TIPIFICACIÓN ORDINARIA Y ESPECIAL (CODIGO PENAL MILITAR POLICIAL – Art. 384 y 387 del CODIGO PENAL)”

TABULACION DE ENCUESTA APLICADA A JUECES, FISCALES Y ABOGADOS DEL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE

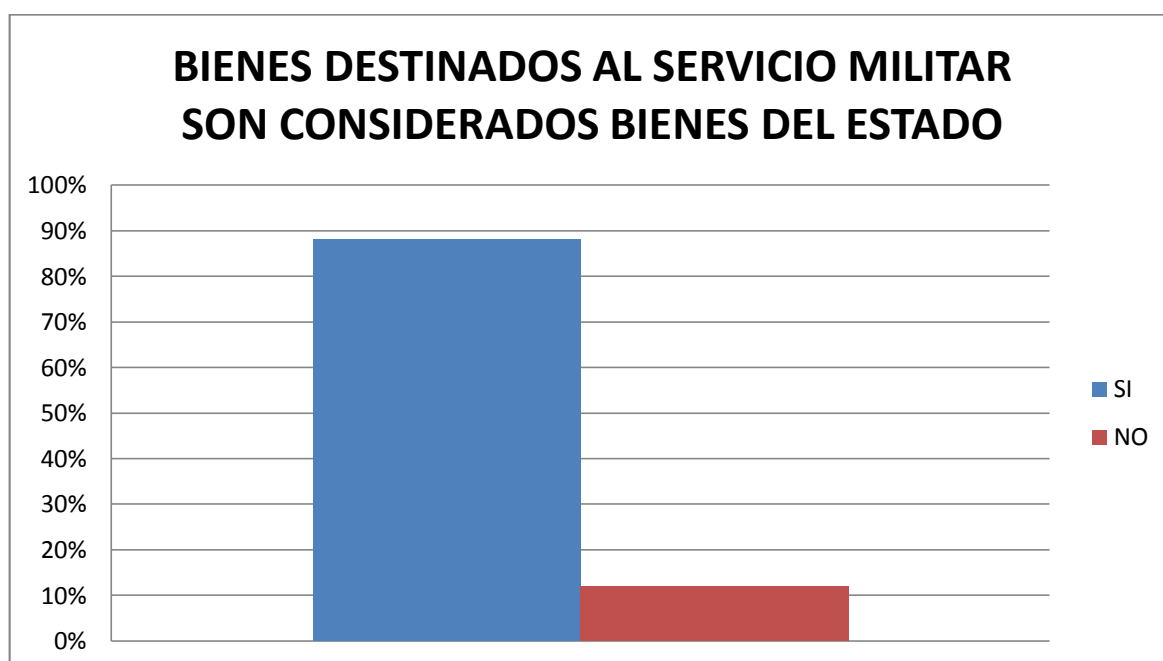
Total encuestados: 93 personas

CUADRO N°4: BIENES DESTINADOS AL SERVICIO MILITAR

PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
¿Pueden los bienes destinados al servicio militar-policial ser considerados como bienes especiales de protección particular por parte del Estado?	SI	76	88%
	NO	17	12%
TOTAL		93	100%

Fuente: Trabajo de campo realizado en la ciudad de Chiclayo, al mes de agosto de 2017.

GRAFICO N°4



INFORME FINAL DE TESIS

“APROPIACIÓN DE BIENES Y DEFRAUDACIÓN AL ESTADO: INTERPRETACIÓN DE LA DOBLE TIPIFICACIÓN ORDINARIA Y ESPECIAL (CODIGO PENAL MILITAR POLICIAL – Art. 384 y 387 del CODIGO PENAL)”

TABULACION DE ENCUESTA APLICADA A JUECES, FISCALES Y ABOGADOS DEL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE

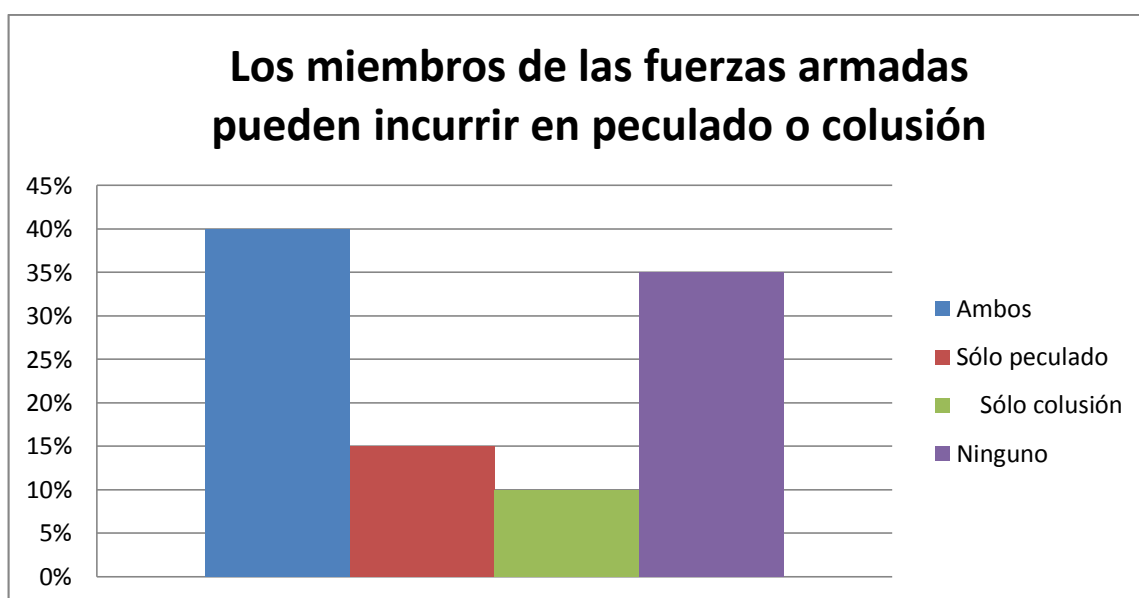
Total encuestados: 93 personas

CUADRO Nº5: LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS TIENEN CALIDAD DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS

PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Teniendo en cuenta que los miembros de las fuerzas armadas también tienen la calidad de funcionarios públicos, ¿Podrían ellos incurrir en los delitos de peculado y colusión por los bienes que administran?	Ambos	33	40%
	Sólo peculado	12	15%
	Sólo colusión	13	10%
	Ninguno	30	35%
TOTAL		93	100%

Fuente: Trabajo de campo realizado en la ciudad de Chiclayo, al mes de mayo de 2018.

GRAFICO Nº 5



INFORME FINAL DE TESIS

“APROPIACIÓN DE BIENES Y DEFRAUDACIÓN AL ESTADO: INTERPRETACIÓN DE LA DOBLE TIPIFICACIÓN ORDINARIA Y ESPECIAL (CODIGO PENAL MILITAR POLICIAL – Art. 384 y 387 del CODIGO PENAL)”

TABULACION DE ENCUESTA APLICADA A JUECES, FISCALES Y ABOGADOS DEL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE

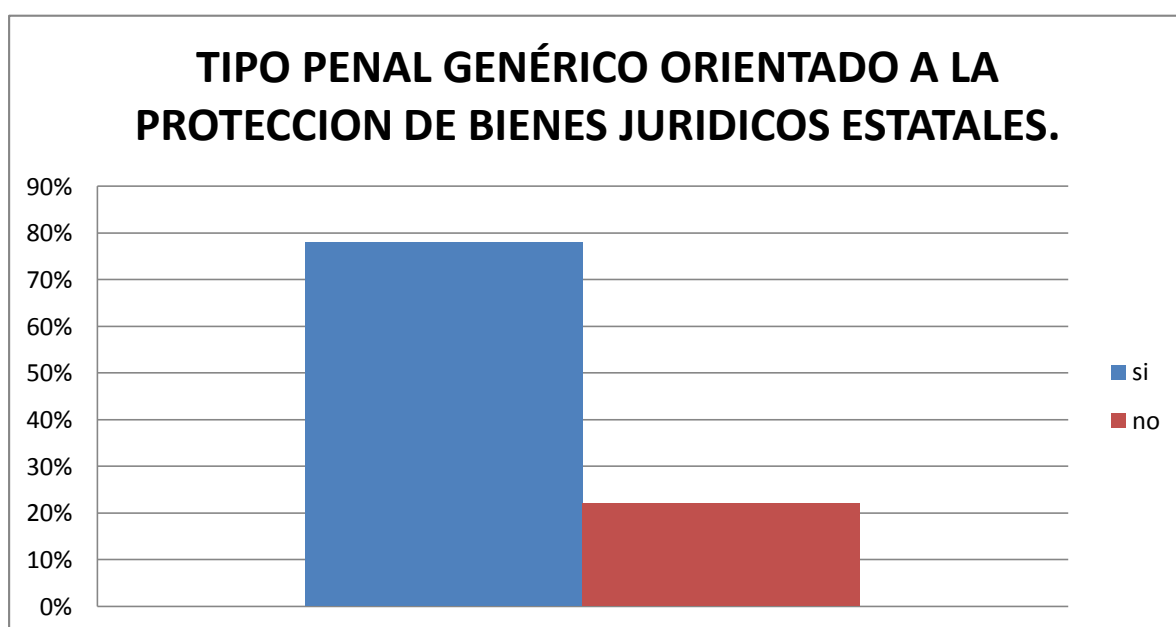
Total encuestados: 93 personas

CUADRO N°6: TIPO PENAL GENERICO ORIENTADO A LA PROTECCION DE BIENES JURIDICOS

PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
¿Debería desregularse el tipo penal específico contemplado en la norma penal militar a fin de preservar los intereses del Estado mediante las normas del Código Penal?	NO	40	22%
	SI	53	78%
TOTAL		93	100%

Fuente: Trabajo de campo realizado en la ciudad de Chiclayo, al mes de mayo de 2018.

GRAFICO N°6



INFORME FINAL DE TESIS

“APROPIACIÓN DE BIENES Y DEFRAUDACIÓN AL ESTADO: INTERPRETACIÓN DE LA DOBLE TIPIFICACIÓN ORDINARIA Y ESPECIAL (CODIGO PENAL MILITAR POLICIAL – Art. 384 y 387 del CODIGO PENAL)”

TABULACION DE ENCUESTA APLICADA A JUECES, FISCALES Y ABOGADOS DEL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE

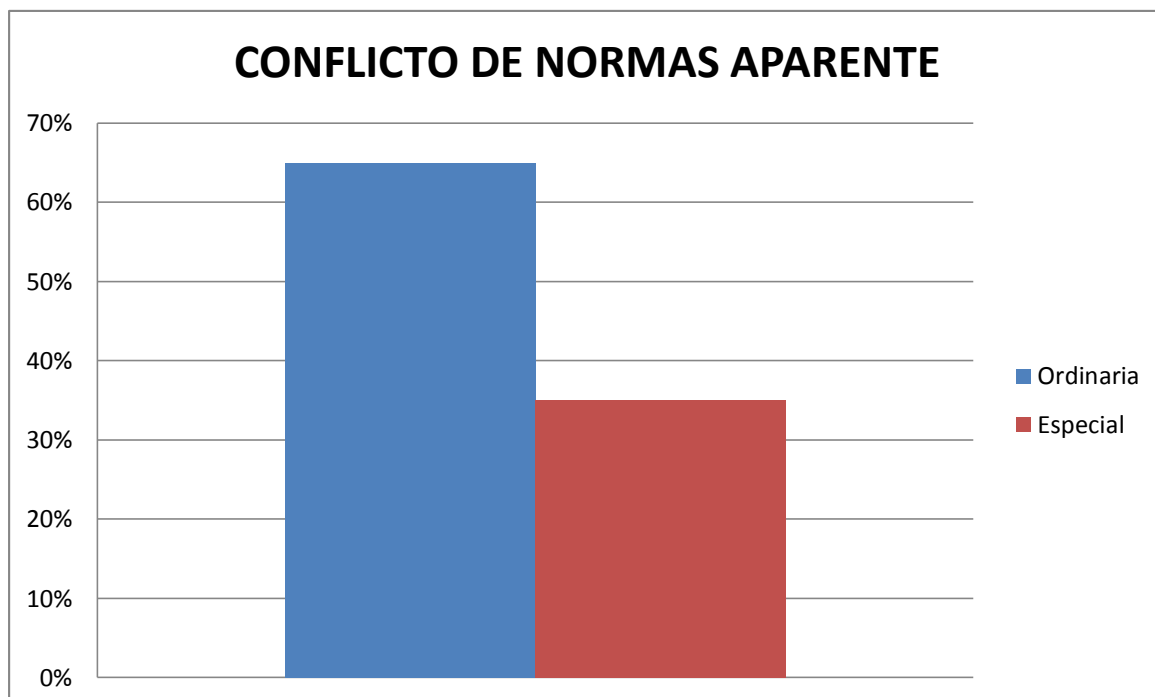
Total encuestados: 93 personas

CUADRO Nº 7: CONFLICTO DE NORMAS APARENTE

PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
¿Cuál sería la norma jurídica penal, que deba prevalecer, en el caso de un conflicto aparente de normas jurídicas?	Ordinaria	61	65%
	Especial	32	35%
TOTAL		93	100%

Fuente: Trabajo de campo realizado en la ciudad de Chiclayo, al mes de mayo de 2018.

GRAFICO Nº 7



INFORME FINAL DE TESIS

“APROPIACIÓN DE BIENES Y DEFRAUDACIÓN AL ESTADO: INTERPRETACIÓN DE LA DOBLE TIPIFICACIÓN ORDINARIA Y ESPECIAL (CODIGO PENAL MILITAR POLICIAL – Art. 384 y 387 del CODIGO PENAL)”

TABULACION DE ENCUESTA APLICADA A JUECES, FISCALES Y ABOGADOS DEL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE

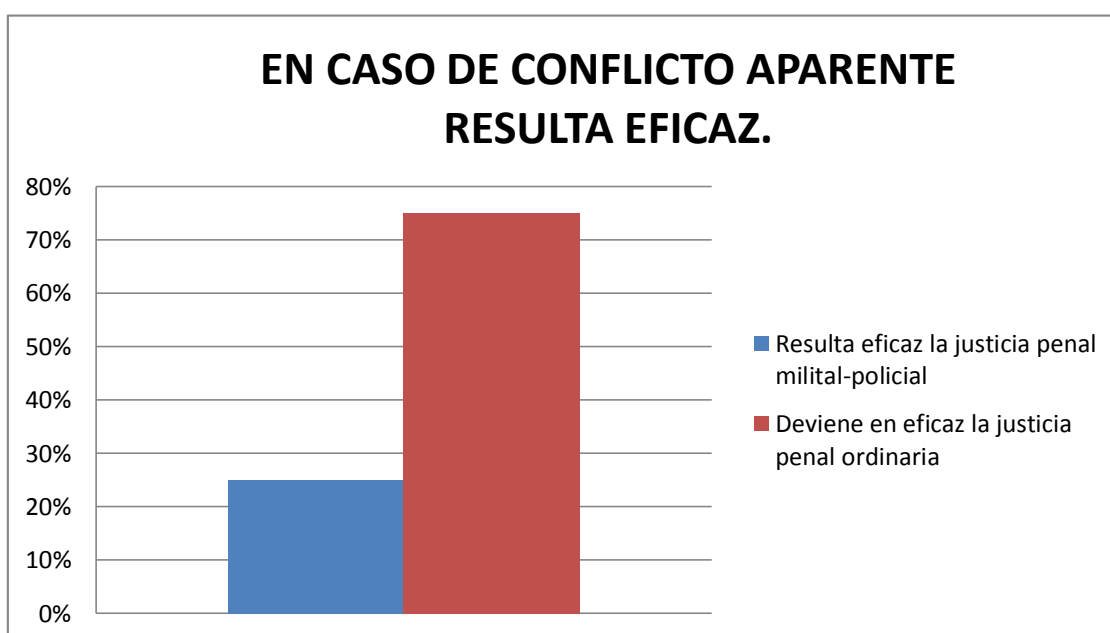
Total encuestados: 93 personas

CUADRO N°8: EN CASO DE CONFLICTO APARENTE RESULTA EFICAZ

PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Considera que: Ante el conflicto de competencias en el caso bajo consulta:	Resulta eficaz la justicia penal militar-policial	33	25%
	Deviene en eficaz la justicia penal ordinaria	67	75%
TOTAL		93	100%

Fuente: Trabajo de campo realizado en la ciudad de Chiclayo, al mes de mayo de 2018.

GRAFICO N°8



INFORME FINAL DE TESIS

“APROPIACIÓN DE BIENES Y DEFRAUDACIÓN AL ESTADO: INTERPRETACIÓN DE LA DOBLE TIPIFICACIÓN ORDINARIA Y ESPECIAL (CODIGO PENAL MILITAR POLICIAL – Art. 384 y 387 del CODIGO PENAL)”

TABULACION DE ENCUESTA APLICADA A JUECES, FISCALES Y ABOGADOS DEL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE

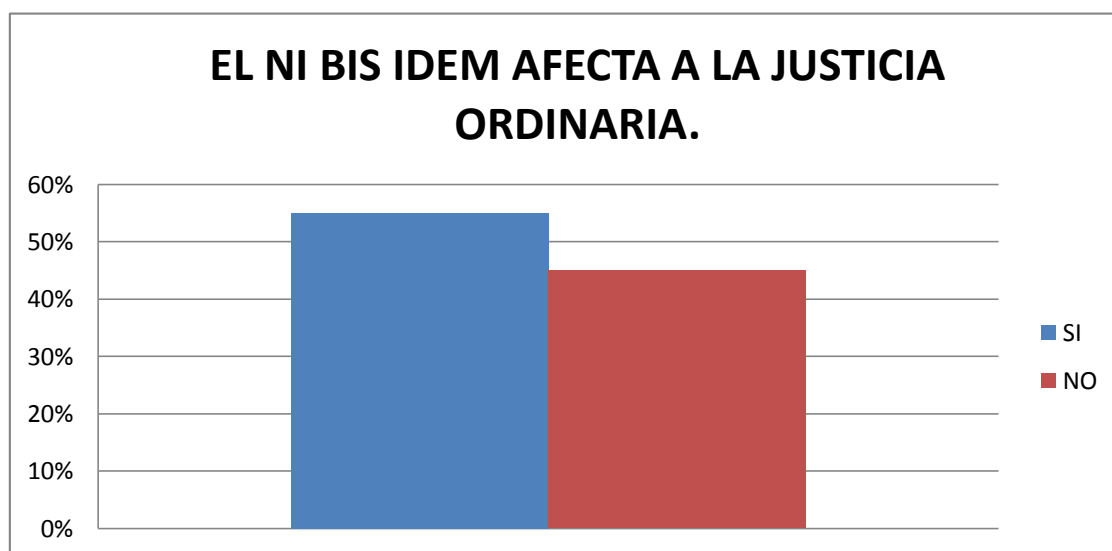
Total encuestados: 93 personas

CUADRO N°9: EL NE BIS IDEM AFECTA A LA JUSTICIA ORDINARIA

PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
¿La aplicación del <i>ne bis in idem</i> , ante el juzgamiento por el delito de afectación del material destinado a la defensa nacional según el Código Penal Militar Policial, limita la actuación de la administración de justicia ordinaria para sancionar el hecho a título de delito de peculado y colusión contemplados en el Código Penal?	SI	46	55%
	NO	47	45%
TOTAL		93	100%

Fuente: Trabajo de campo realizado en la ciudad de Chiclayo, al mes de mayo de 2018.

GRAFICO N°9



INFORME FINAL DE TESIS

“APROPIACIÓN DE BIENES Y DEFRAUDACIÓN AL ESTADO: INTERPRETACIÓN DE LA DOBLE TIPIFICACIÓN ORDINARIA Y ESPECIAL (CODIGO PENAL MILITAR POLICIAL – Art. 384 y 387 del CODIGO PENAL)”

TABULACION DE ENCUESTA APLICADA A JUECES, FISCALES Y ABOGADOS DEL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE

Total encuestados: 93 personas

CUADRO Nº10: LOS BIENES DESTINADOS A LA DEFENSA Y SEGURIDAD PUEDEN SUBSUMIR EN EL DELITO DE PECULADO Y COLUSION

PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
¿La afectación de los bienes destinados a la defensa, seguridad nacional y orden interno se pueden lograr subsumir en el tipo penal del delito de peculado y colusión?	SI	63	56%
	NO	30	44%
TOTAL		93	100%

Fuente: Trabajo de campo realizado en la ciudad de Chiclayo, al mes de mayo de 2018.

GRAFICO Nº10



INFORME FINAL DE TESIS

“APROPIACIÓN DE BIENES Y DEFRAUDACIÓN AL ESTADO: INTERPRETACIÓN DE LA DOBLE TIPIFICACIÓN ORDINARIA Y ESPECIAL (CODIGO PENAL MILITAR POLICIAL – Art. 384 y 387 del CODIGO PENAL)”

TABULACION DE ENCUESTA APLICADA A JUECES, FISCALES Y ABOGADOS DEL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE

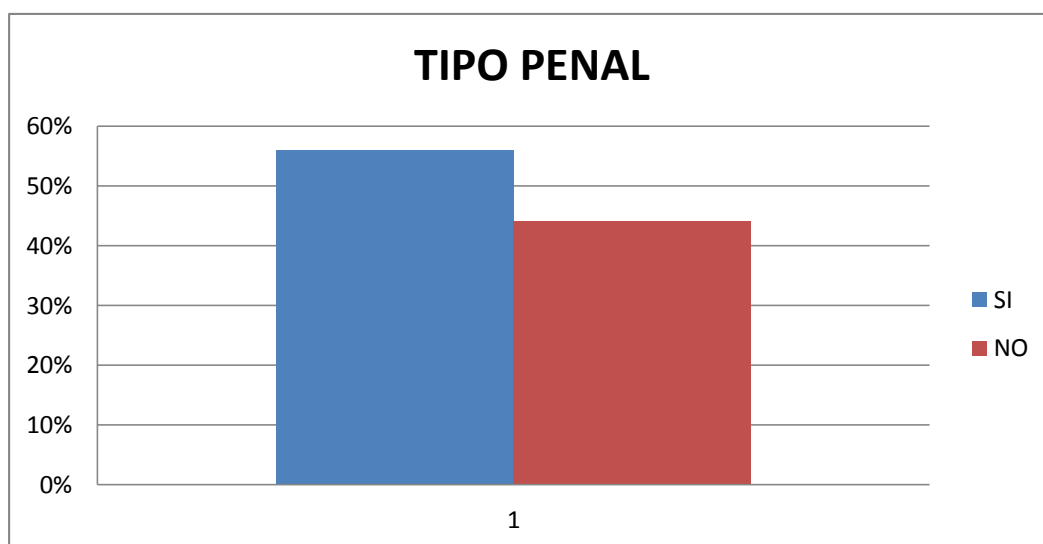
Total encuestados: 93 personas

CUADRO Nº11: TIPO PENAL

PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
¿El militar o policía que indebidamente disponga, destruya, deteriore, abandone o pierda, armas, municiones o explosivos, vehículos terrestres, navales y aéreos, o parte de éstos y demás pertrechos militares o policiales, confiados para el servicio, puede ser denunciado, a título de funcionario público, por el tipo penal ordinario de colusión o de peculado?	SI	56	68%
	NO	37	32%
TOTAL		93	100%

Fuente: Trabajo de campo realizado en la ciudad de Chiclayo, al mes de mayo de 2018.

GRAFICO Nº11



INFORME FINAL DE TESIS

“APROPIACIÓN DE BIENES Y DEFRAUDACIÓN AL ESTADO: INTERPRETACIÓN DE LA DOBLE TIPIFICACIÓN ORDINARIA Y ESPECIAL (CODIGO PENAL MILITAR POLICIAL – Art. 384 y 387 del CODIGO PENAL)”

TABULACION DE ENCUESTA APLICADA A JUECES, FISCALES Y ABOGADOS DEL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE

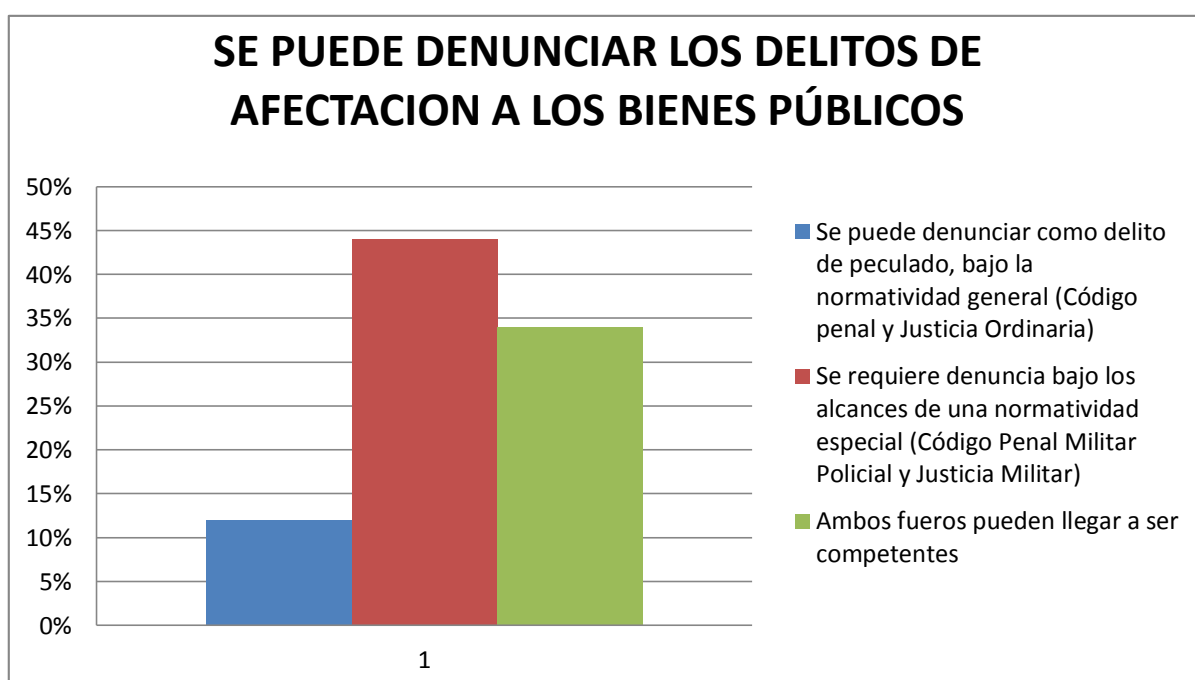
Total encuestados: 93 personas

CUADRO Nº12: SE PUEDE DENUNCIAR LOS DELITOS DE AFECTACION A LOS BIENES PUBLICOS

PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Para precisar: ¿Cuál sería la alternativa correcta en lo que se refiere a la afectación de los bienes destinados al servicio militar policial?:	Se puede denunciar como delito de peculado, bajo la normatividad general (Código penal - justicia ordinaria)	21	12%
	Se requiere denuncia bajo los alcances de una normatividad especial (Código Penal Militar Policial - justicia militar)	41	44%
	Ambos fueros pueden llegar a ser competentes	31	34%
TOTAL		93	100%

Fuente: Trabajo de campo realizado en la ciudad de Chiclayo, al mes de mayo de 2018.

GRAFICO Nº12



INFORME FINAL DE TESIS

“APROPIACIÓN DE BIENES Y DEFRAUDACIÓN AL ESTADO: INTERPRETACIÓN DE LA DOBLE TIPIFICACIÓN ORDINARIA Y ESPECIAL (CODIGO PENAL MILITAR POLICIAL – Art. 384 y 387 del CODIGO PENAL)”

TABULACION DE ENCUESTA APLICADA A JUECES, FISCALES Y ABOGADOS DEL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE

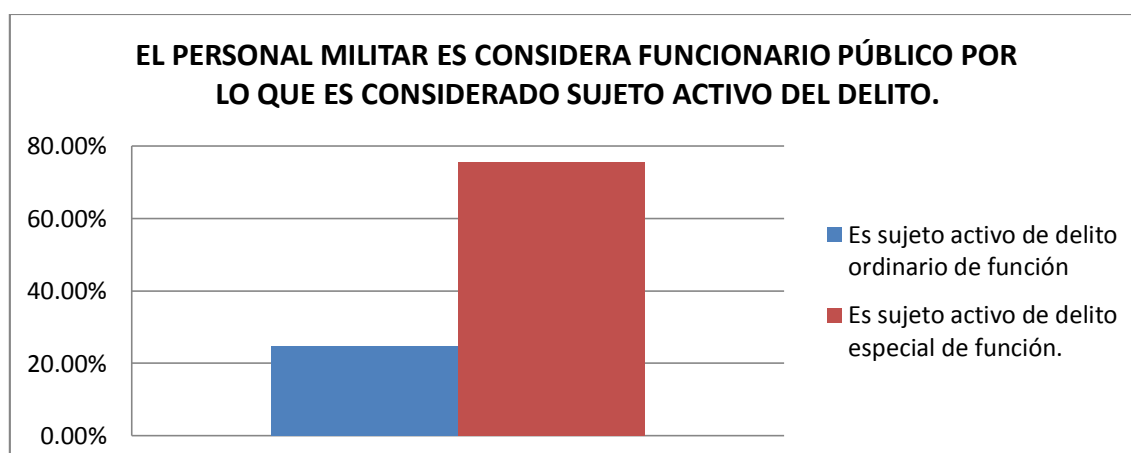
Total encuestados: 65 personas

CUADRO Nº 13: EL PERSONAL MILITAR ES CONSIDERADO FUNCIONARIO PÚBLICO POR LO QUE ES CONSIDERADO SUJETO ACTIVO DEL DELITO

PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
¿El personal Militar o Policial que indebidamente, destruye, deteriora, abandona, se apropia ilícitamente o sustrae, total o parcialmente, armas, municiones, explosivos, combustibles, carburantes, vehículos, naves, aeronaves y material de guerra destinado a operaciones militares y policiales (que no son más que bienes del Estado) posee la calidad de funcionario público y como tal susceptible de ser sujeto activo por el delito de colusión o de peculado?	Es sujeto activo de delito ordinario de función	36	24.65%
	Es sujeto activo de delito de infracción del deber.	57	75.35%
TOTAL		93	100%

Fuente: Trabajo de campo realizado en la ciudad de Chiclayo, al mes de mayo de 2018.

GRAFICO Nº 13



INFORME FINAL DE TESIS

“APROPIACIÓN DE BIENES Y DEFRAUDACIÓN AL ESTADO: INTERPRETACIÓN DE LA DOBLE TIPIFICACIÓN ORDINARIA Y ESPECIAL (CODIGO PENAL MILITAR POLICIAL – Art. 384 y 387 del CODIGO PENAL)”

TABULACION DE ENCUESTA APLICADA A JUECES, FISCALES Y ABOGADOS DEL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE

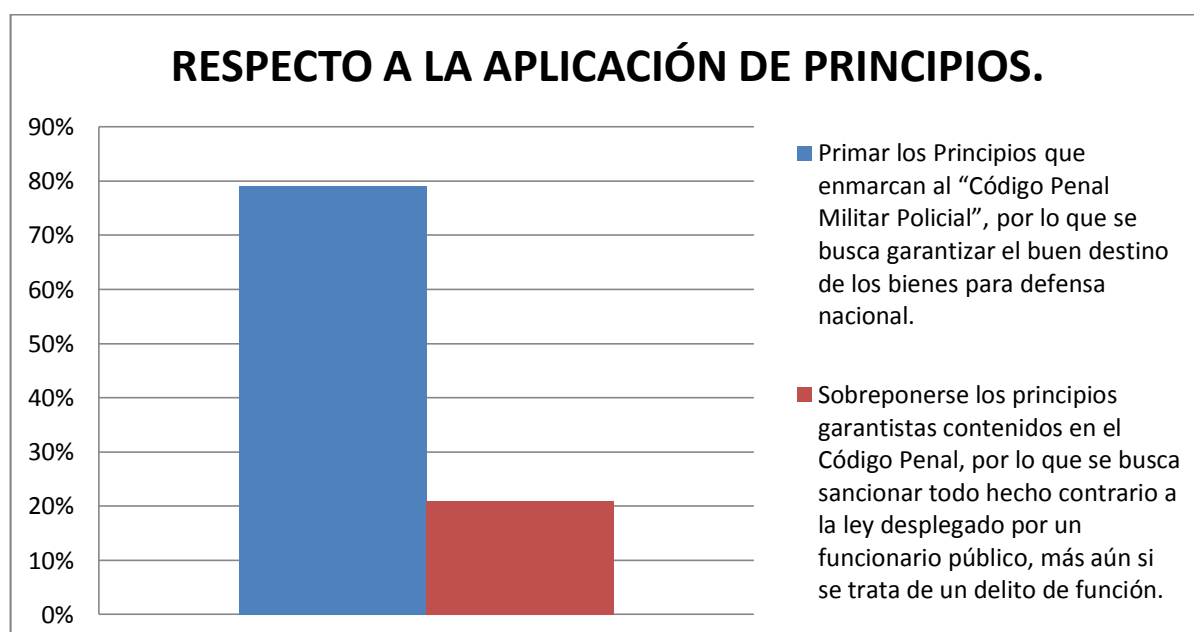
Total encuestados: 93 personas

CUADRO Nº14: RESPECTO A LA APLICACION DE LOS PRINCIPIOS

PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
En el caso bajo consulta: Entre la doble regulación dada en el Código Penal Militar Policial y el Código Penal, respecto de la aplicación de principios, debe:	Primar los Principios que enmarcan al “Código Penal Militar Policial”, por lo que se busca garantizar el buen destino de los bienes para defensa nacional.	26	21%
	Sobreponerse los principios garantistas contenidos en el Código Penal, por lo que se busca sancionar todo hecho contrario a la ley desplegado por un funcionario público, más aún si se trata de un delito de función.	67	79%
TOTAL		93	100%

Fuente: Trabajo de campo realizado en la ciudad de Chiclayo, al mes de mayo de 2018.

GRAFICO Nº14



INFORME FINAL DE TESIS

“APROPIACIÓN DE BIENES Y DEFRAUDACIÓN AL ESTADO: INTERPRETACIÓN DE LA DOBLE TIPIFICACIÓN ORDINARIA Y ESPECIAL (CODIGO PENAL MILITAR POLICIAL – Art. 384 y 387 del CODIGO PENAL)”

TABULACION DE ENCUESTA APLICADA A JUECES, FISCALES Y ABOGADOS DEL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE

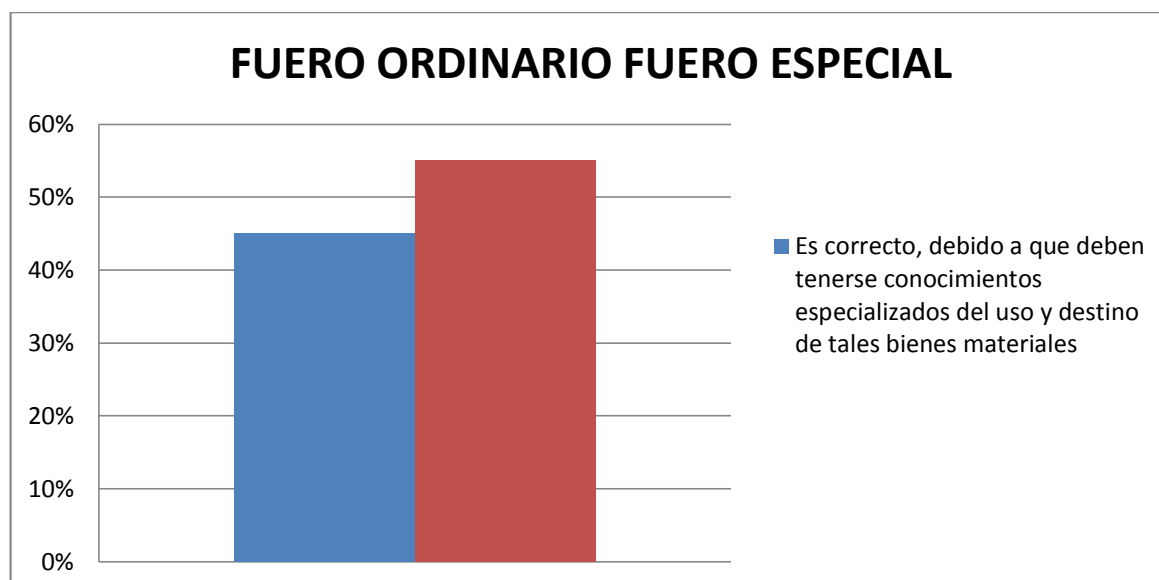
Total encuestados: 93 personas

CUADRO Nº 15: FUERO ORDINARIO O FUERO ESPECIAL

PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
¿Es correcto que el bien material objeto de la protección del bien jurídico protegido determine la competencia del fuero ordinario o del fuero especial?	Es correcto, debido a que deben tenerse conocimientos especializados del uso y destino de tales bienes materiales	46	45%
	No es correcta la regulación, pues la acción y el resultado deviene independientes del bien material objeto de la regulación penal, toda vez que lo cuestionable eje central es la función pública a tutelar	47	55%
TOTAL		93	100%

Fuente: Trabajo de campo realizado en la ciudad de Chiclayo, al mes de mayo de 2018.

GRAFICO Nº15



INFORME FINAL DE TESIS

“APROPIACIÓN DE BIENES Y DEFRAUDACIÓN AL ESTADO: INTERPRETACIÓN DE LA DOBLE TIPIFICACIÓN ORDINARIA Y ESPECIAL (CODIGO PENAL MILITAR POLICIAL – Art. 384 y 387 del CODIGO PENAL)”

TABULACION DE ENCUESTA APLICADA A JUECES, FISCALES Y ABOGADOS DEL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE

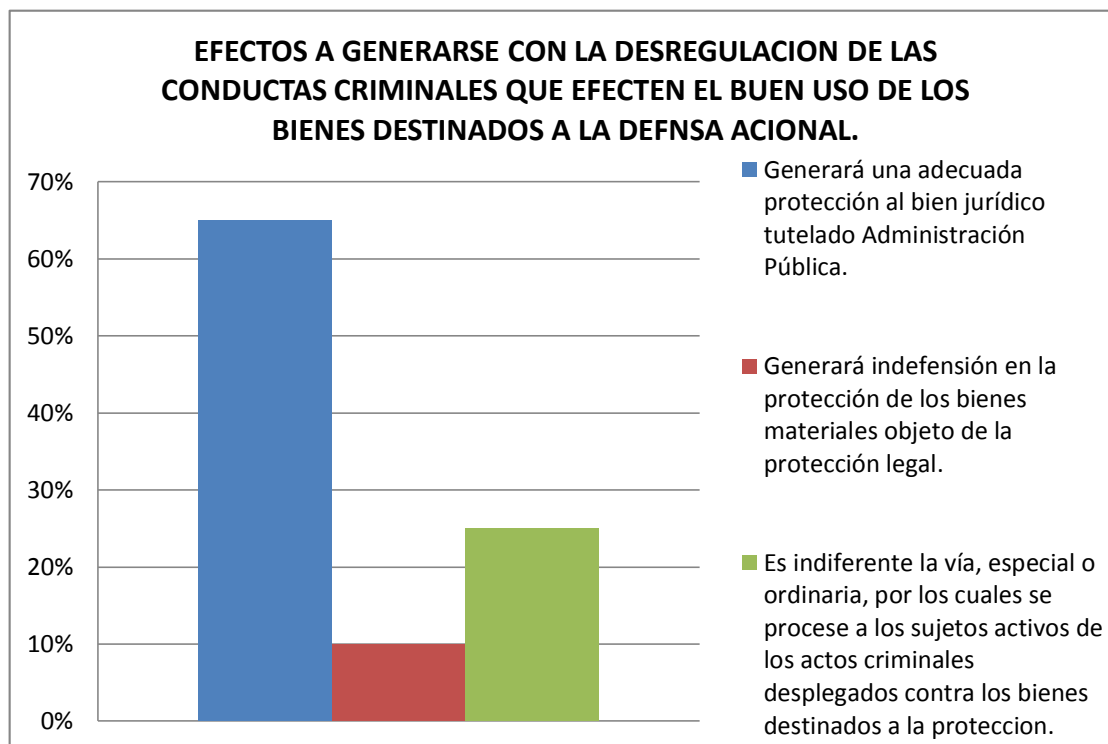
Total encuestados: 93 personas

CUADRO Nº16: EFECTOS A GENERARSE CON LA DESREGULACION DE LAS CONDUCTAS CRIMINALES QUE AFECTEN EL BUEN USO DE LOS BIENES DESTINADOS A LA DEFENSA NACIONAL

PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
¿Cuáles serían los efectos a generarse con la desregulación de las conductas criminales que afectan el buen uso de los bienes destinados a la defensa nacional, insertos en el Código Penal Militar Policial, y su tramitación ordinaria (Código Penal) en los tipos penales de peculado y colusión?:	Generará una adecuada protección al bien jurídico tutelado Administración Pública, por tratarse de delitos de infracción del deber, evitando además impunidades y vulneraciones al debido proceso.	41	65%
	Generará indefensión en la protección de los bienes materiales objeto de la protección legal, por tratarse de bienes específicos y de funcionarios públicos especializados, como tal su desregulación generará impunidades y actos de corrupción, dada la actuación de la justicia ordinaria.	21	10%
	Es indiferente la vía, especial o ordinaria, por los cuales se procese a los sujetos activos de los actos criminales desplegados contra los bienes destinados a la defensa nacional.	31	25%
TOTAL		93	100%

Fuente: Trabajo de campo realizado en la ciudad de Chiclayo, al mes de mayo de 2018.

GRAFICO Nº 16



INFORME FINAL DE TESIS

“APROPIACIÓN DE BIENES Y DEFRAUDACIÓN AL ESTADO: INTERPRETACIÓN DE LA DOBLE TIPIFICACIÓN ORDINARIA Y ESPECIAL (CODIGO PENAL MILITAR POLICIAL – Art. 384 y 387 del CODIGO PENAL)”

TABULACION DE ENCUESTA APLICADA A JUECES, FISCALES Y ABOGADOS DEL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE

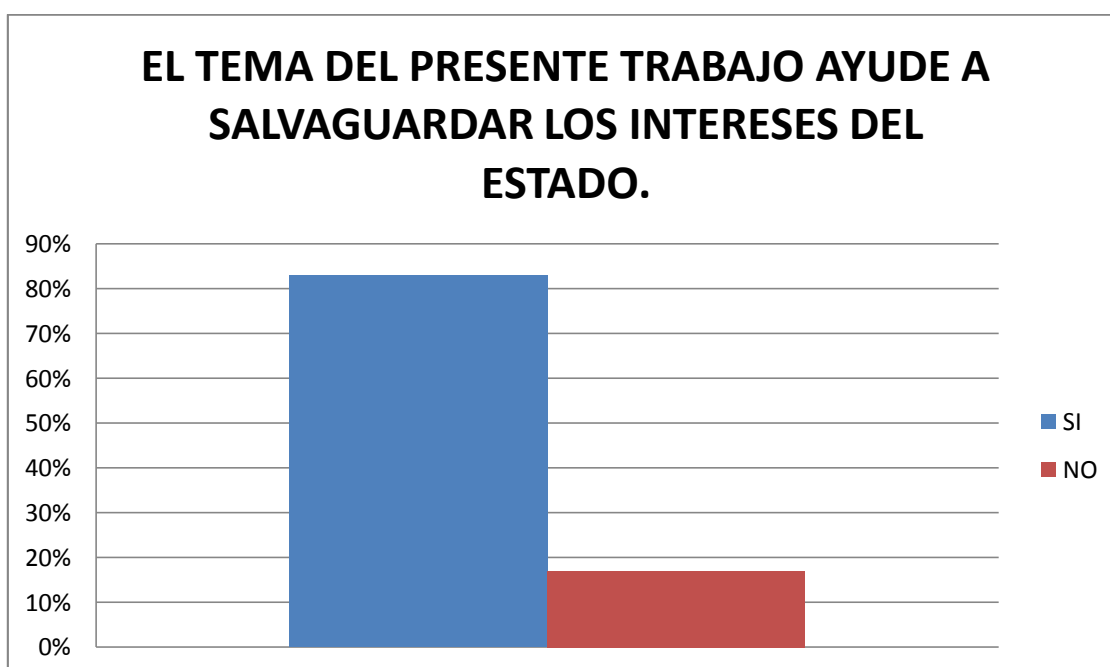
Total encuestados: 93 personas

CUADRO Nº17: EL TEMA DEL PRESENTE TRABAJO DE INVESTIGACION AYUDA A SALVAGUARDAR LOS INTERESES DEL ESTADO

PREGUNTA	RESPUESTA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
¿El tema de investigación propuesto en el presente trabajo ayude a salvaguardar los intereses del Estado de una forma más adecuada y eficaz?	SI	78	83%
	NO	22	17%
TOTAL		65	100%

Fuente: Trabajo de campo realizado en la ciudad de Chiclayo, al mes de mayo 2018.

GRAFICO Nº17



3.2. ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS

De la recopilación de información de la encuesta dirigida a operadores del derecho del Distrito Judicial de Lambayeque se procedió analizar dicha información. Por un lado, el grupo denominado **“Tabulación de encuestas dirigida a operadores del derecho”**, que contiene diecisiete cuadros y diecisiete gráficos. Así se tiene que el **“CUADRO N°01: DEFINICION DE PECULADO”**, muestra que de una población encuestada entre jueces, fiscales y abogados del Distrito Judicial de Lambayeque sobre el tema de la doble tipificación ordinaria del delito de afectación del material destinado a la defensa nacional, se le hizo la siguiente afirmación: Según sus conocimientos, la siguiente afirmación “El delito de peculado en nuestro sistema no solo 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”. Es: en el cual un 60% indicó que es correcta la afirmación antes mencionada, y el restante 40% de los encuestados manifestó que es incorrecto la afirmación antes mencionada. Lo expresado en este cuadro queda verificado con el GRÁFICO 1.

De otro lado, se tiene que en la actualidad se ha establecido que el delito de peculado exige además del cumplimiento de la condición de funcionario público, ostentar el vínculo funcional con los caudales del Estado. Ahora con respecto al **“CUADRO N°02: LOS QUE INCURREN EL DELITO DE PÉCULADO”**, se tiene muestra que de una población de 93 encuestados entre jueces, fiscales y abogados del Distrito Judicial de Lambayeque, sobre el tema apropiación de bienes y defraudación de bienes al Estado: interpretación de la

doble tipificación ordinaria y especial (Código Penal Militar Policial – Art. 384° y 387° del Código Penal), en el cual se realizó la siguiente pregunta: A su entender ¿Quiénes son los que pueden incurrir en los delitos de peculado y colusión?. Del cual indicó el 53.34% del total de encuestados los que incurren en los delitos de peculado y colusión son los funcionarios públicos, por su parte, un 13.33% señaló los que incurren el delito de peculado y colusión son cualquier persona y el restante 33.33% de los encuestados manifestó que las los que pueden incurrir en los delitos de peculado y colusión son solo los que administran el Estado. Lo expresado en este cuadro queda verificado con el GRÁFICO 2.

Con respecto que si los miembros de las fuerzas armadas tienen calidad de funcionarios públicos, se tiene que el **“CUADRO N°03: CALIDAD DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS”**, muestra que de una población encuestada de 93 personas entre jueces, fiscales y abogados del Distrito Judicial de Lambayeque se tiene el siguiente interrogante considera que: ¿los miembros de las fuerzas armadas tienen la calidad de funcionarios públicos?, el 70%, manifiestan que si tienen la calidad de funcionarios públicos, por su parte, el 30% señaló que no es considera que los miembros de la fuerzas armadas no tienen calidad de funcionarios públicos. Lo cual queda corroborado con el GRÁFICO 3.

Según la doctrina, precisa que los bienes destinados al servicio militar también son considerados como bienes estatales. En ese sentido, se tiene que el **“CUADRO N°04: BIENES DESTINADOS AL SERVICIO MILITAR”**, que contiene la siguiente interrogante: Según su opinión ¿Pueden los bienes

destinados al servicio militar-policial ser considerados como bienes especiales de protección particular por parte del Estado?, de 93 encuestados entre jueces, fiscales y abogados del Distrito Judicial de Lambayeque, se desprende que para el 88% de los encuestados considera que si es el correcto ya que los bienes destinados al servicio militar policial considerados como bienes especiales de protección particular por parte del Estado, mientras que el 12% considera que los bienes destinados al servicio militar policial no son considerados como bienes especiales de protección particular por parte del Estado. Lo expresado en este cuadro queda verificado con el GRÁFICO 4.

Ahora, en cuanto a que si es que los miembros de las Fuerzas Armadas tienen la calidad de funcionarios públicos en el **“CUADRO N°05: MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS TIENEN CALIDAD DE FUNCINARIOS PÚBLICOS”**, contiene la siguiente interrogante, teniendo en cuenta que los miembros de las Fuerzas Armadas también tienen la calidad de funcionarios públicos, ¿Podrían ellos incurrir en los delitos de peculado y colusión por los bienes que administran? y de 93 encuestados entre jueces, fiscales y abogados del Distrito Judicial de Lambayeque, se tiene que para el 40% responde que incurre en ambos delitos, por su parte, un 15% de los encuestados opinó que solo incurre en peculado, y el 10% considera de solo colusión incurre los miembros de las fuerzas armadas, y un 35% manifiesta que los miembros de las fuerzas armadas no incurren en ninguno de los delitos antes mencionados Siendo que, lo expresado queda corroborado con el GRÁFICO 5.

Luego, teniendo en consideración que en el Código Penal se haya contemplado un tipo penal genérico, orientado a la protección de bienes jurídicos estatales, y para dichos bienes también existe un tipo penal específico, como lo es la justicia militar: **“CUADRO N°06: TIPO PENAL GENÉRICO ORIENTADO A LA PROTECCION DE BIENES JURIDICOS ESTATALES.”**, se tiene la siguiente interrogante ¿Debería desregularse el tipo penal específico contemplado en la norma penal militar a fin de preservar los intereses del Estado mediante las normas del Código Penal?, se tiene que de 93 encuestados, entre jueces, fiscales y abogados del Distrito Judicial de Lambayeque, se tiene que para el 22% del total de encuestados, considera que no se debiera desregular el tipo penal específico a fin de preservar los intereses del Estado, mientras que el 78% opina que si debiera desregularse el tipo penal específico militar a fin de preservar los intereses del Estado en el fuero ordinario. Lo indicado anteriormente se complementa con el GRÁFICO 6.

De otro lado, se tiene que del **“CUADRO N°07: CONFLICTO DE NORMAS APARENTE.”**, sobre la opinión acerca de que es lo que buscan los objetivos de la declaración, entre 93 encuestados entre jueces, fiscales y abogados del Distrito Judicial de Lambayeque, se tiene que para el 65% de los encuestados entiende ante la interrogante ¿Cuál sería la norma jurídico penal, que deba prevalecer, en el caso de un conflicto **aparente** de normas jurídicas?, la norma aplicable ante el conflicto aparente es la norma penal ordinaria, por su parte un 35% de encuestados considera que la norma aplicable entre el conflicto

aparente es la norma Especial. Lo anteriormente dicho se corrobora con el GRÁFICO 7.

Por otra parte, se debe precisar la competencia ante el conflicto de competencias del caso bajo consulta. En ese sentido, se tiene que en el **“CUADRO N°08: EN CASO DE CONFLICTO APARENTE RESULTA EFICAZ”**, de una población encuestada entre 93 personas entre jueces, fiscales y abogados del Distrito Judicial de Lambayeque, se tiene la siguiente interrogante Considera que: Ante el conflicto de competencias en el caso bajo consulta, para el 25% del total de encuestados manifiesta que resulta eficaz la justicia penal militar, por su parte, un 75% deviene en eficaz la justicia penal ordinaria. Todo ello queda verificado con el GRÁFICO 8.

La posición del Tribunal Constitucional, respecto al *ne bis in idem* es un derecho que tiene un doble contenido. Por un lado ostenta un carácter procesal y otro un carácter material. Entender a este principio desde su vertiente procesal implica: “...respetar de modo irrestricto el derecho de una persona de no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho...” o a “no ser juzgado dos veces por los mismos hechos, es decir que un mismo supuesto fáctico no puede ser objeto de dos procesos penales distintos o si se quiere que se inicien dos procesos penales con el mismo objeto...” (STC N° 2050-2002-AA/TC). Desde su vertiente material la misma sentencia “...expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por la misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador...”. El **“CUADRO N°09: EL NI BIS IDEM AFECTA A LA JUSTICIA ORDINARIA”**, muestra que

de una población muestral de 93 encuestados entre jueces, fiscales y abogados del Distrito Judicial de Lambayeque, el 55% de los encuestados señalo que, si es correcto lo señalado anteriormente, por su parte, el 45% señaló que lo dicho anteriormente no es correcto. Lo dicho anteriormente se corrobora con el GRÁFICO 9.

Por otro lado, del **“CUADRO N°10: LOS BIENES DESTINADOS A LA DEFENSA Y SEGURIDAD PUEDEN SUBSUMIR EN EL DELITO DE PECULADO Y COLUSIÓN”**, que contiene la interrogante: ¿La afectación de los bienes destinados a la defensa, seguridad nacional y orden interno se pueden lograr subsumir en el tipo penal del delito de peculado y colusión?, muestra que de una población muestral de 93 encuestados entre jueces, fiscales y abogados del Distrito Judicial de Lambayeque, se desprende que para el 56% del total de encuestados considera que si son afectados los bienes destinados a la defensa, nacional y orden interno se pueden lograr subsistir en el tipo penal del delito de peculado y colusión, por su parte el 44% señala encuestados considera que si son afectados los bienes destinados a la defensa, nacional y orden interno se pueden lograr subsistir en el tipo penal del delito de peculado y colusión. Lo anteriormente expresado se demuestra con el GRÁFICO 10.

Por otro lado, del **“CUADRO N°11: TIPO PENAL”**, que contiene la interrogante: ¿El militar o policía que indebidamente disponga, destruya, deteriore, abandone o pierda, armas, municiones o explosivos, vehículos terrestres, navales y aéreos, o parte de éstos y demás pertrechos militares o policiales, confiados para el servicio puede ser denunciado, a título de

funcionario público, por el tipo penal ordinario de colusión o de peculado?, muestra que de una población muestral de 93 encuestados, se desprende que para el 68% del total de encuestados menciona que sí, todo militar o policía que indebidamente disponga, destruya, deteriore, abandone o pierda, armas, municiones o explosivos, vehículos terrestres, navales y aéreos, o parte de éstos y demás pertrechos militares o policiales, confiados para el servicio puede ser denunciado, a título de funcionario público, por el tipo penal ordinario de colusión o de peculado, por su parte el 32% de los encuestados señala no se le puede denunciar al que cometa cualquiera de las acciones detalladas en el párrafo precedente; a título de funcionario público, por el tipo penal ordinario de colusión o de peculado. Lo anteriormente expresado se demuestra con el GRÁFICO 11.

Por otro lado, del **“CUADRO N°12: SE PUEDE DENUNCIAR LOS DELITOS DE AFECTACION A LOS BIENES PÚBLICOS”**, que contiene la interrogante: ¿cuál sería la alternativa correcta en lo que se refiere a la afectación de los bienes destinados al servicio militar policial?, muestra que de una población muestral de 93 encuestados entre jueces, fiscales y abogados del Distrito Judicial de Lambayeque se desprende que para el 12% del total de encuestados menciona que, se puede denunciar como delito de peculado, bajo la normatividad general (Código Penal - justicia ordinaria), por su parte el 44% de la población restante señala que, se requiere denuncia bajo los alcances de una normatividad especial (Código Penal Militar Policial - justicia militar), por último el 34% de los encuestados, refieren que ambos fueros pueden llegar a

ser competentes, sin entrar a precisar cuáles son los criterios para arribar a dicha conclusión que presume que ambos fueros puede administrar justicia de manera indistinta. Lo anteriormente expresado se demuestra con el GRÁFICO 12.

Por otro lado, del **“CUADRO N°13: EL PERSONAL MILITAR ES CONSIDERADO FUNCIONARIO PÚBLICO POR LO QUE ES CONSIDERADO SUJETO ACTIVO DEL DELITO”**, que contiene la interrogante: ¿el personal militar o policial que indebidamente, destruye, deteriora, abandona, se apropia ilícitamente o sustrae, total o parcialmente, armas, municiones, explosivos, combustibles, carburantes, vehículos, naves, aeronaves y material de guerra destinado a operaciones militares y policiales (que no son más que bienes del Estado) posee la calidad de funcionario público y como tal susceptible de ser sujeto activo por el delito de colusión o de peculado, posee la calidad de funcionario público y como tal susceptible de ser sujeto activo por el delito de colusión o de peculado?, muestra que de una población muestral de 93 encuestados entre jueces, fiscales y abogados del Distrito Judicial de Lambayeque, se desprende que para el 24.65% del total de encuestados considera que el personal militar o policial es sujeto activo del delito de función y el restante 75.35% de los encuestados indicó que el personal militar o policial es sujeto activo de delito especial de infracción del deber. Lo anteriormente expresado se demuestra con el GRÁFICO 13.

De este modo, del **“CUADRO N°14: RESPECTO A LA APLICACIÓN DE PRINCIPIOS”**, que contiene la afirmación En el caso bajo consulta: Entre la

doble regulación dada en el Código Penal Militar Policial y el Código Penal, respecto de la aplicación de principios, muestra que de una población muestral de 93 encuestados entre jueces, fiscales y abogados del Distrito Judicial de Lambayeque, se desprende que para el 21% del total de encuestados respondieron primar los principios que enmarcan al “Código Penal Militar Policial”, por lo que se busca garantizar el buen destino de los bienes para defensa nacional, por su parte el 79% de encuestados, señala que debe sobreponerse los principios garantistas contenidos en el Código Penal, por lo que se busca sancionar todo hecho contrario a la ley desplegado por un funcionario público, más aún si se trata de un delito de función. Lo anteriormente expresado se demuestra con el GRÁFICO 14.

Por otro lado, del **“CUADRO N°15: FUERO ORDINARIO O FUERO ESPECIAL”**, que contiene la interrogante: ¿Es correcto que el bien material objeto de la protección del bien jurídico protegido determine la competencia del fuero ordinario o del fuero especial?, muestra que de una población muestral de 93 encuestados entre jueces, fiscales y abogados del Distrito Judicial de Lambayeque, se desprende que para el 45% del total de encuestados precisa que es correcto, debido a que deben tenerse conocimientos especializados del uso y destino de tales bienes materiales y el restante 55% de los encuestados indicó que no es correcta la regulación, pues la acción y el resultado deviene independientes del bien material objeto de la regulación penal, toda vez que lo cuestionable eje central es la función pública a tutelar. Lo anteriormente expresado se demuestra con el GRÁFICO 15.

Por otro lado, del **“CUADRO N°16: EFECTOS A GENERARSE CON LA DESREGULACION DE LAS CONDUCTAS CRIMINALES QUE EFECTEN EL BUEN USO DE LOS BIENES DESTINADOS A LA DEFENSA NACIONAL”**, que contiene la interrogante: ¿Cuáles serían los efectos a generarse con la desregulación de las conductas criminales que afectan el buen uso de los bienes destinados a la defensa nacional, insertas en el Código Penal Militar Policial, y su tramitación ordinaria en los tipos penales de peculado y colusión?, muestra que de una población muestral de 93 encuestados entre jueces, fiscales y abogados del Distrito Judicial de Lambayeque, se desprende que para el 65% del total de encuestados menciona que generará una adecuada protección al bien jurídico tutelado Administración Pública, por tratarse de delitos de infracción del deber, evitando además impunidades y vulneraciones al debido proceso, por su parte el 10% de encuestados señala que generará indefensión en la protección de los bienes materiales objeto de la protección legal, por tratarse de bienes específicos y de funcionarios públicos especializados, como tal su desregulación generará impunidades y actos de corrupción, dada la actuación de la justicia ordinaria, y el restante 25% de los encuestados indicó es indiferente la vía, especial o ordinaria, por los cuales se procese a los sujetos activos de los actos criminales desplegados contra los bienes destinados a la defensa nacional. Lo anteriormente expresado se demuestra con el GRÁFICO 16.

Finalmente, tenemos como el **“CUADRO N°17: EL TEMA DEL PRESENTE TRABAJO AYUDA A SALVAGUARDAR LOS INTERESES DEL ESTADO”**, que contiene la interrogante: ¿El tema de investigación propuesto en el

presente trabajo ayude a salvaguardar los intereses del Estado de una forma más adecuada y eficaz?, se desprende que para el 83% del total de encuestados, si considera que el tema de investigación propuesto en el presente trabajo ayude a salvaguardar los intereses del Estado en una forma más adecuada y eficaz, por su parte el 17% de encuestados señala que no aporta a salvaguardar los intereses del Estado. Lo anteriormente expresado se demuestra con el GRÁFICO 17.

3.3. DISCUSIÓN Y CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.

Luego de efectuado el trabajo de campo, con respecto a la encuesta aplicada a los jueces, fiscales y abogados del Distrito Judicial de Lambayeque se desprende que para la posición mayoritaria (60%) considera correcto que el delito de peculado en nuestro sistema no solo 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. De otro lado, los bienes destinados al servicio militar se hace la siguiente pregunta ¿Pueden los bienes destinados al servicio militar-policial ser considerados como bienes especiales de protección particular por parte del Estado? En el que la gran mayoría responde en un 88% considera que sí pueden ser de protección especial del Estado, teniendo en cuenta que los miembros de las Fuerzas Armadas también tienen la calidad de funcionarios públicos, ¿Podrían ellos incurrir en los delitos de peculado y colusión por los bienes que administran? En ese sentido, el (40%) señala que puede incurrir en ambos delitos y la parte minoritaria representada por un (10%) de los encuestados indicó que solo colusión es al delito al que incurrir los miembros de las Fuerzas Armadas.

Por otro lado, en este punto, es necesario precisar: ¿cuál sería la alternativa correcta en lo que se refiere a la afectación de los bienes destinados a la defensa, seguridad nacional y orden interno?, para la posición dominante (44%) se requiere denuncia bajo los alcances de una normatividad especial (Código Penal Militar Policial). La posición minoritaria de un (12%) señala se puede denunciar como delito de peculado, bajo la normatividad general (Código Penal). El restante (34%) de otro lado los encuestados indicaron que ambos fueros pueden llegar a ser competentes.

De otro lado, la mayoría de los encuestados, es decir, el 65% entiende que se generará una adecuada protección al bien jurídico tutelado Administración Pública, por tratarse de delitos de infracción del deber, evitando además impunidades y vulneraciones al debido proceso. Y para el 25% de los encuestados indicó es indiferente la vía, especial o ordinaria, por los cuales se procese a los sujetos activos de los actos criminales desplegados contra los bienes destinados a la defensa nacional. Se desprende que para el 10% del total de encuestados considera que generará indefensión en la protección de los bienes materiales objeto de la protección legal, por tratarse de bienes específicos y de funcionarios públicos especializados (delito de función), como tal su desregulación generará impunidades y actos de corrupción, dada la actuación de la justicia ordinaria.

Cabe señalar que respecto al conflicto existente entre los bienes jurídicos tutelados, cabe señalar que en el actual ordenamiento jurídico penal la tipificación del delito de colusión, así como peculado, son delitos cuyo agente tiene la calidad de funcionario público, mientras que el Código Penal Militar

Policial, se castiga a los miembros de las fuerzas armadas, los mismo que son funcionarios públicos también, por ende se estaría hablando de una doble tipificación de un mismo delito, lo cual conllevaría a la posibilidad de la aplicación del *ne bis in idem*, aun teniendo en consideración que los articulados del Código Penal castigan y sancionan de una forma más adecuada, con la finalidad de preservar y resguardar los intereses del Estado.

Finalmente, la posición dominante (83%) del total de los encuestados, considera que el tema de investigación propuesto en el presente trabajo ayude a salvaguardar los intereses del Estado de una forma más adecuada y eficaz.

En consecuencia, la hipótesis se ha contrastado, confirmándola, en primer término, con la opinión especializada de juristas nacionales y extranjeros quienes entienden, que se tiene que establecer su correcta tratativa jurídica, en pos de un adecuado sistema de justicia nacional; siendo que de por sí el tema guarda relación con la efectividad de la aplicación de la norma, así como la adecuada aplicación de principios y normas para determinados casos. Así como también por las opiniones de los encuestados del Distrito Judicial de Lambayeque entre jueces, fiscales y abogados entienden que el tratamiento jurídico que se le da al problema de la tipificación del delito de apropiación de bienes (disposición) y con ello defraudación al estado, debido a la existencia de una similitud en la tipificación de tal delito, encontrándolo tanto en nuestro Código Penal, como en el Código Penal Militar Policial, siendo una misma figura, al tener los agentes la calidad de funcionarios públicos ante la comisión de este delito, teniéndose en cuenta la posibilidad de desregular alguno de los dos articulados para efectos de no alterar la aplicación del *Ne bis in idem*, en la

administración de justicia y así se confirme nuestra hipótesis: Si, se desregulara la conducta tipificada en el Código Penal Militar Policial como delito de afectación a los bienes destinados al servicio militar policial, por tratarse de un delito de infracción del deber, tipificado en el Código Penal como peculado y colusión; entonces, se generará como efectos una adecuada protección al bien jurídico tutelado Administración Pública, evitando impunidades y vulneraciones al debido proceso.

En consecuencia, la propuesta de la investigación resultó viable y demostraba en su totalidad.

3.4. PRESENTACION DEL MODELO TEORICO

PROYECTO DE LEY

“LEY QUE DEROGA EL TITULO VII, QUE REGULA DELITOS QUE AFECTAN LOS BIENES DESTINADOS AL SERVICIO MILITAR POLICIAL DEL CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL”

LEY N°...

1. OBJETO DE LA PROPUESTA LEGISLATIVA:

La presente ley tiene por objeto derogar el TITULO VII, que regula delitos que afectan los bienes destinados al Servicio Militar Policial del Código Militar Policial.

2. FUNDAMENTO DE LA PROPUESTA LEGISLATIVA-

Exposición de motivos:

Se propone la derogación del TITULO VII, que regula delitos que afectan bienes destinados al Servicio Militar Policial del Código Penal Militar Policial.

Esta propuesta se sustenta en la similitud que existe entre los artículos mencionados y los artículos 384º y 387º del Código Penal, que indican los caracteres del delito de colusión y peculado cometido por funcionarios públicos, existiendo la necesidad de plantear su derogación debido al correcto tratamiento jurídico que debe darse a los artículos en mención, a fin de evitar la necesidad de invocar el principio constitucional de NON BIS IDEM, con el propósito de no crear un ámbito de impunidad y en aras de garantizar el debido proceso, por el cual se logren respetar las garantías y principios que rigen, desde la Constitución y leyes especiales, el sistema de seguridad jurídica; ello en atención que algunas de las llamadas infracciones

administrativas disciplinarias que son verdaderas acciones típicas constitutivas de delito.

Ello a raíz que, en los delitos tipificados en el Título VII, que regula lo relacionado con los delitos que afectan los bienes destinados al servicio militar policial, no se les sanciona a las personas que incurrirán en este delito a razón de su cargo, como si plantearía en los delitos de peculado y colusión estipulado en el Código Penal, pues el Código Militar Policial plantea que aquel policía o militar que indebidamente disponga u con otro accionar predeterminado en la norma afecte bienes confiados para su **servicio**, responde mayoritariamente con una sanción a su función y no a su condición de funcionario y/o servidor del Estado.

Dejando un ámbito de posible impunidad para quienes siendo sancionados por los delitos estipulados en el Código Penal Militar Policial invoquen el principio ne bis in Idem, si fuesen denunciados por los delitos de peculado y colusión, aun siendo esta la figura por la que debieran ser sancionados, para ello es necesario modificar el contenido del Código Penal Militar Policial, con la finalidad de alcanzar una adecuada actuación en el marco de la protección de los intereses del Estado.

3. TEXTO DEL PROYECTO DE LEY

3.1. DEROGACION LEGAL:

**“Artículo 1º.- TÍTULO VII DELITOS QUE AFECTAN LOS BIENES
DESTINADOS AL SERVICIO MILITAR POLICIAL”**

***Artículo 2º.- Deróguese todas aquellas disposiciones que se
opongan a la presente ley”.***

4. ANÁLISIS DEL COSTO-BENEFICIO

El proyecto de ley, no irroga gasto público ya que su propósito es una adecuación normativa necesaria, y para lo cual el beneficio sería el establecimiento de una adecuada normativa según los estándares requeridos por la sociedad.

CONCLUSIONES

1. Si pretendemos un ordenamiento jurídico que llegase a ser efectivo en nuestra sociedad, necesitamos precisar que el bien jurídico tutelado Administración Pública, encuentra su adecuada protección con la desregulación de la conducta tipificada en el Código Penal Militar Policial como delito de afectación a los bienes destinados al servicio militar policial por estar subsumida bajo la competencia de la justicia penal común, en los tipos penales de peculado y colusión, al tratarse de delitos de infracción de deber, evitando así impunidades y vulneraciones al debido proceso.
2. Para analizar el correcto desarrollo de la imputación en los delitos materia de investigación es necesario en principio determinar su naturaleza jurídica, a través de la confrontación dogmática de los tipos penales contenidos en ambos cuerpos normativos, con el propósito de establecer su tramitación procesal y una imputación razonable.
3. Al haber efectuado un análisis exhaustivo de los tipos penales desarrollados en la presente tesis (contenidos en el Código Penal Militar Policial y Código Penal), se concluye categóricamente que existe un serio problema por resolver respecto a la doble tipificación de las mismas conductas en ambos cuerpos normativos distintos y que merece toma de acciones céleres por parte de los órganos comeptentes que permitan solucionar el problema jurídico.
4. La apropiación ilegítima de material destinado al servicio militar policial contenido en el Código Penal Militar Policial y su real adecuación a la acción típica constitutiva de delito, permitirá la vigencia plena de los principios

procesales que rigen el sistema penal, siendo una de sus directas consecuencias la evitación de impunidades.

5. El tipo penal contenido en el Artículo 133° del Código Penal Militar Policial, referido a la “disposición indebida de material destinado a la defensa nacional”, presenta severas inconsistencias en cuanto a su interpretación teleológica y su adecuada aplicación, por ello es una deuda pendiente de la administración de justicia nacional el garantizar un debido proceso y una idónea tutela jurisdiccional efectiva.
6. Es determinante precisar que los delitos cometidos por personal militar y policial dentro de su función, de manera específica lo advertido en los Artículos 133 y 134 del Código Penal Militar Policial, describe el desarrollo de ilicitudes efectuadas dentro de su desarrollo funcional, y a pesar de ello conforme a la categoría de delitos, ellos pertenecen a la categoría de delitos denominados “de infracción del deber”, por presentar todo militar o policía la condición de funcionario /o servidor público.

RECOMENDACIONES

1. Realizar a corto plazo debates jurídicos para la desregulación la conducta tipificada en el Código Penal Militar Policial como delito de afectación a los bienes destinados a la defensa, seguridad nacional y orden interno, tipificado en el Código Penal como peculado y colusión.
2. Impulsar seminarios de difusión sobre la aplicación del principio NE BIS IN IDEM, teniendo en consideración que los articulados del Código Penal castigan y sancionan de una forma más adecuada, con la finalidad de preservar y resguardar los intereses del Estado.
3. Proporcionar información a la Sala Penal Suprema, sobre la presente tesis, canalizándola en algún Pleno Jurisdiccional Penal, con el propósito que adopte una postura respecto al presente tema, que marque un precedente de obligatorio cumplimiento por parte de los administradores de justicia a nivel nacional.
4. Es importante señalar que se debe desregular los artículos desarrollados en la presente tesis del Código Penal Militar Policial, pues ya se encuentran contenidos en los artículos 384º y 387º del Código Penal, en la presente investigación se trata de bienes del Estado, cuya regulación por parte de la competencia militar, podría generar conflicto entre normas o incluso la aplicación inadecuada de una norma

BIBLIOGRAFIA

FUENTES BIBLIOGRAFICAS

- ARAYA VEGA, Alfredo (2016). "Nuevo Proceso Inmediato Para Los Delitos En Flagrancia". Jurista Editores. Lima.
- BACIGALUPO, Enrique (1994). "Principio de Derecho Penal. Parte General". 3° edición, Akal, Madrid, España.
- BERNAL PINZÓN, Jesús (1965). "Delitos contra la administración pública". Temis, Bogotá, Colombia.
- BINDER, Alberto (1993). "Introducción Al Derecho Procesal Penal". Jurista Editores. Lima.
- BINDER, Alberto (2015). "Defensa Penal Efectiva en América Latina". Ediciones Antropos. Bogotá.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1984). Manual de Derecho Penal Español. Parte General. Ariel. Barcelona.
- COSSIO, Carlos (1962). "La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de la libertad". Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina.
- CREUS, Carlos (1996). "Derecho Penal. Parte Especial", tomo II. Astrea, Buenos Aires, Argentina.
- FERRI, Enrico. (1993). "Principios de Derecho Criminal", Reus, Madrid, España.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos (1969). "Tratado de Derecho Penal, parte especial", Vol. V. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Ramón (2005). "Curso de Derecho Administrativo", 12° edición, Thomson Civitas, España.
- GINEO SENDRA, Vicente (2015). "Derecho Penal". Editorial Latindex. Lima.

- HIRSCH, Joaquín Hans (1996). "La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana", traducción de CANCIO MELIÁ, Manuel, Universidad Externado de Colombia. Bogotá Colombia.
- HUGO ÁLVAREZ, Jorge (2006). "El delito de Peculado", 1° edición, Gaceta Jurídica, Lima, Perú.
- HURTADO POZO, José (1991). Droit Penal. Partie Générale I. Editions Universitaires. Fribourg,
- JESCHECK, Hans-Heinrich (1972). "Lehrbuch des strafrechts". Berlin, Alemania.
- JIMÉMEZ DE ASÚA, Luis (1964). "Tratado de Derecho Penal", t. I, Losada, Buenos Aires, Argentina.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis (1949). "Las contravenciones o faltas". En: La Ley. Buenos Aires.
- MEZGER, Edmundo (1935). "Tratado de Derecho Penal", t. II, 2° edición, Rev. Del Derecho, Madrid, España.
- MIR PUIG, Santiago (1976). "Introducción a las bases del Derecho Penal", Bosch, Barcelona, España.
- MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario (2000). "Delitos contra la administración pública", 3° Edición, Leyer, Santa Fe, Colombia.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (1990). "Teoría General del Delito". Temis, Bogotá, Colombia.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (1998), "Derecho Penal, Parte General". Editorial Helisasta
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARAN, Mercedes. (2004). "Derecho Penal. Parte General", Tirant Lo Blanch, Valencia, España.

NAKAZAKI SERVIGÓN, César (2017). “El derecho penal y procesal penal”, desde la perspectiva del abogado penalista litigante. Editorial Gaceta Jurídica, Lima.

NEYRA FLORES, José (2010) “Manual del nuevo código procesal penal y de litigación oral”. Editorial Idemsa. Lima

NÚÑEZ BARBERO, R. y WELZEL, H (1964) “El nuevo sistema del Derecho Penal (una introducción a la doctrina de la acción finalista). Traducido por CEREZO MIR. 4ª Edición. Editorial Ariel. Barcelona.

ORÉ GUARDIA, Arsemio (2011). “Manual de derecho procesal penal”. Editorial IUSTITIA. Lima

PASTOR SALAZAR, Luis (2015). “La investigación del delito en el proceso penal” IUSTITIA. Lima

PASTOR SALAZAR, Luis (2015). “La Investigación del Delito en el Proceso Penal”. IUSTITIA. Lima.

PAUL RICOEUR (1999) “Lo justo”, Colección Esprit, Traducción de Agustín DOMINGO MORATALLA. Editorial Caparros editores, Madrid.

PEDRO SAGÜÉS, Néstor (1993). “Elementos de derecho constitucional”, Tomo 2. Editorial Astrea. Buenos Aires.

PEÑA CABRERA FREYRE, Raúl (2010). “Derecho Penal. Parte Especial”, t. II, Idemsa, Lima, Perú.

PEÑA CABRERA FREYRE, Raúl (2016). “Delitos contra la administración pública”. Instituto Pacífico, Lima, Perú.

PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl (2004). “Teoría del Delito”. Editorial del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México.

- POLITOFF L., Sergio; MATOS A., Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. (2004). "Lecciones de Derecho Penal Chileno", 2° edición, Jurídica de Chile, Santiago, Chile.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James (2009). "Derecho Penal. Parte Especial", Jurista Editores, Lima, Perú.
- REVILLA LLASA, Percy Enrique (2013). "Principios Fundamentales del Nuevo Proceso Penal". Gaceta Jurídica. Lima
- REYNA ALFARO, Luis Miguel (2004). "El proceso penal aplicado conforme el código procesal penal 2004". Editorial Grijley. Lima
- REYNA ALFARO, Luis Miguel (2004). "El proceso penal aplicado conforme al Código Procesal Penal". Grijley. Lima.
- ROJAS VARGAS, Fidel (2002). "Delitos contra la administración pública". Grijley. Lima, Perú.
- ROXIN, Claus (1980). "El desarrollo de la Política Criminal desde el proyecto alternativo", traducción de QUERALT, Joan. Universidad Autónoma de Barcelona. Barcelona, España.
- ROXIN, Claus (1997). "Derecho Penal. Parte General", tomo I, 2° Edición, traducción por LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, Editorial Civitas, Madrid, España.
- SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson (2005). "Jurisprudencia Penal", Jurista Editores, Lima, Perú.
- SALINAS SICCHA, Ramiro (2009). "Delitos contra la administración pública". Iuritia – Grijley, Lima, Perú.
- SAN MARTÍN CASTRO, César, (2006) "Derecho Procesal Penal", Editorial Grijley, Lima

VILLA STEIN, Javier (2014). "Derecho Penal: Parte General". ARA Editores
Lima, Perú.

WELSEL, Hans (1993). Derecho Penal Alemán, traducción de BUSTOS
RAMÍREZ, Juan y YÁÑEZ PÉREZ, Sergio; Editora Jurídica de Chile, Santiago,
Chile.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1981). "Tratado de Derecho Penal. Parte General", t.
II, Ediar, Buenos Aires, Argentina.

LINCOGRAFIA

ALBERTO DONNA, Edgardo. "La imputación como base del sistema penal"
En:http://www.derecho.uba.ar/academica/derecho-abierto/archivos/DA-La-necesidad-del-Derecho-Penal-Donna_La-imputacion-como-base-del-sistema-penal.pdf

ERNESTO DE LA JARA VASCO MUJICA GABRIELA RAMÍREZ (2009), "¿Cómo es el proceso penal según el nuevo código cartilla informativa procesal penal?".
En:<http://www.derechoycambiosocial.com/revista019/como%20es%20el%20proceso%20penal%20segun%20NCP.pdf>

MAVILA LEÓN, Rosa (2010). "Los Procesos Especiales en el Nuevo Código de Procedimientos Penales". En:<http://rosamavilaleon.blogspot.pe/2010/05/los-procesos-especiales-en-el-nuevo.html>

BINDER M. Alberto (1999), "Introducción al derecho penal"
En:<https://polancoadrian.files.wordpress.com/2013/09/introduccion-al-derecho-procesal-penal-alberto-binder.pdf>

ROBLETO GUITIÉRREZ, Jaime (2013) “El derecho de defensa penal como derecho fundamental” En: https://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos/bibliotecaVirtual/penal/6_El%20derecho%20de%20defensa%20como%20Derecho%20Fundamental_2013.pdf

GUIMARAY MORI, Erick. (2011). La tipificación penal del delito de colusión.

Boletín Anticorrupción, N° 7, p. 4. Disponible en:

http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/boletin/octubre_2011_n07.pdf

ZUNIGA ASENCIOS, Juan. (2010). “DERECHO PENAL MILITAR” archivo de blog. Disponible en:

<http://derechopenalmilitardued.blogspot.pe/2011/03/principios-universales-aplicados-en-el.html>

ANEXOS

01 INSTRUMENTO DE RECOLECCION DE DATOS

Ejecución del proyecto de investigación:

“APROPIACIÓN DE BIENES Y DEFRAUDACIÓN AL ESTADO:
INTERPRETACIÓN DE LA DOBLE TIPIFICACIÓN ORDINARIA Y ESPECIAL
(CODIGO PENAL MILITAR POLICIAL – Art. 384° y 387° del CODIGO PENAL)”

CUESTIONARIO DE PREGUNTAS A SER APLICADO A 93 PROFESIONALES DEL DERECHO

Estimado tesista, para desarrollar el presente cuestionario debe tener en cuenta lo siguiente:

El presente estudio se propone analizar exhaustivamente cada aspecto de similitud del delito de afectación de material destinado a la defensa nacional y apropiación ilegítima de material destinado al servicio (regulado en el Código Penal Militar Policial) con lo regulado en el Código Penal para los delitos de colusión y de peculado cometido por funcionarios públicos, ello con la finalidad de evitar impunidades o dobles tramitaciones procesales por la que se termina invocando al principio constitucional del ne bis in ídem, ello en aras, además, de garantizar el debido proceso y la seguridad jurídica. Al respecto la Constitución Política (Art. 166°) precisa que: *“Las Fuerzas Armadas tienen como finalidad primordial garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República...”*. En el Art. 173° que *“En caso de delito de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código Penal Militar Policial...”*.

Así, por Decreto Legislativo N°1094, se estableció que la norma ejecutiva “tiene por objeto fundamental prevenir la comisión de los delitos de función militar o policial, como medio protector y de cumplimiento de los fines constitucionales de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, contribuyendo al mantenimiento del orden y la disciplina en sus cuadros”. Sin embargo, en la aplicación práctica del tema bajo estudio surgen diversas dudas que nos gustaría nos ayude a aclarar, expresando de antemano nuestro elevado agradecimiento:

- 1) Según sus conocimientos, la siguiente afirmación “El delito de peculado en nuestro sistema no solo 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”. Es:
- a) Correcto b) Incorrecto
- 2) A su entender ¿Quiénes son los que pueden incurrir en los delitos de peculado y colusión?
- a) Funcionario público b) Cualquier persona c) Solo los que administran el Estado.

- 3) Considera que: ¿Los miembros de las fuerzas armadas tienen la calidad de funcionarios públicos?
a) Si b) No
- 4) Según su opinión: ¿Pueden los bienes destinados al servicio militar-policial ser considerados como bienes especiales de protección particular por parte del Estado?
a) Si b) No
- 5) Teniendo en cuenta que los miembros de las fuerzas armadas también tienen la calidad de funcionarios públicos, ¿Podrían ellos incurrir en los delitos de peculado y colusión por los bienes que administran?
a) Ambos b) Sólo peculado c) Sólo colusión
d) Ninguno
- 6) ¿Debería desregularse el tipo penal específico contemplado en la norma penal militar a fin de preservar los intereses del Estado mediante las normas del Código Penal?
a) No b) Sí
- 7) ¿Cuál sería la norma jurídico penal, que deba prevalecer, en el caso de un conflicto aparente de normas jurídicas?
a) Ordinaria b) Especial
- 8) Considera que: Ante el conflicto de competencias en el caso bajo consulta:
a) Resulta eficaz la justicia penal militar policial
b) Deviene en eficaz la justicia penal ordinaria
- 9) Según su opinión: ¿La aplicación del ne bis in idem, ante el juzgamiento por el delito de afectación del material destinado a la defensa nacional según el Código Penal Militar Policial, limita la actuación de la Administración de Justicia ordinaria para sancionar el hecho a título de delito de peculado y colusión contemplados en el Código Penal?
a) Si b) No
- 10) A su criterio, ¿La afectación de los bienes destinados a la defensa, seguridad nacional y orden interno se pueden lograr subsumir en el tipo penal del delito de peculado y colusión?
a) Si b) No
- 11) Según su opinión, ¿El militar o policía que indebidamente, disponga, destruya, deteriore, abandone o pierda, armas, municiones o explosivos, vehículos terrestres, navales y aéreos, o parte de éstos y demás pertrechos militares o policiales, confiados para el servicio, puede ser denunciado, a título de funcionario público, por el tipo penal ordinario de colusión o de peculado?
a) Si b) No

12) Para precisar: ¿Cuál sería la alternativa correcta en lo que se refiere a la afectación de los bienes destinados al servicio militar policial?:

- a) Se puede denunciar como delito de peculado, bajo la normatividad general (Código penal y Justicia Ordinaria).
- b) Se requiere denuncia bajo los alcances de una normatividad especial (Código Penal Militar Policial y Justicia Militar).
- c) Ambos fueros pueden llegar a ser competentes.

13) A su criterio: ¿El personal militar o policial que indebidamente, destruye, deteriora, abandona, se apropia ilícitamente o sustrae total o parcialmente, armas, municiones, explosivos, combustibles, carburantes, vehículos, naves, aeronaves y material de guerra destinado a operaciones militares y policiales (que no son más que bienes del Estado) posee la calidad de funcionario público y como tal susceptible de ser sujeto activo por el delito de colusión o de peculado?

- a) Es sujeto activo de delito ordinario de función.
- b) Es sujeto activo de delito infracción del deber.

14) En el caso bajo consulta: Entre la doble regulación dada en el Código Penal Militar Policial y el Código Penal, respecto de la aplicación de principios, debe:

- a) Primar los Principios que enmarcan al “Código Penal Militar Policial”, por lo que se busca garantizar el buen destino de los bienes para defensa nacional.
- b) Sobreponerse los principios garantistas contenidos en el Código Penal, por lo que se busca sancionar todo hecho contrario a la ley desplegado por un funcionario público, más aún si se trata de un delito de función.

15) A su criterio: ¿Es correcto que el bien material objeto de la protección del bien jurídico protegido determine la competencia del fuero ordinario o del fuero especial?:

- a) Es correcto, debido a que deben tenerse conocimientos especializados del uso y destino de tales bienes materiales.
- b) No es correcta la regulación, pues la acción y el resultado deviene independientes del bien material objeto de la regulación penal, toda vez que lo cuestionable eje central es la función pública a tutelar.

16) ¿Cuáles serían los efectos a generarse con la desregulación de las conductas criminales que afectan el buen uso de los bienes destinados a la defensa nacional, tipificadas en el Código Penal Militar Policial, y su tramitación ordinaria (Código Penal) en los tipos penales de peculado y colusión?:

- a) Generará una adecuada protección al bien jurídico tutelado Administración Pública, por tratarse de delitos de función, evitando además impunidades y vulneraciones al debido proceso.
- b) Generará indefensión en la protección de los bienes materiales objeto de la protección legal, por tratarse de bienes específicos y de funcionarios públicos especializados, como tal su desregulación generará impunidades y actos de corrupción, dada la actuación de la justicia ordinaria.
- c) Es indiferente la vía, especial o ordinaria, por los cuales se procese a los sujetos activos de los actos criminales desplegados contra los bienes destinados a la defensa nacional.

17) Considera Usted que, ¿El tema de investigación propuesto en el presente trabajo ayude a salvaguardar los intereses del Estado de una forma más adecuada y eficaz?

a) Si

b) NO

02 MATRIZ DE CONSISTENCIA

TITULO	PROBLEMA	OBJETIVOS		HIPOTESIS	VARIABLES
“APROPIACIÓN DE BIENES Y DEFRAUDACIÓN AL ESTADO: INTERPRETACIÓN DE LA DOBLE TIPIFICACIÓN ORDINARIA Y ESPECIAL (CÓDIGO PENAL MILITAR POLICIAL – Art. 384 y 387 del CODIGO PENAL)”	¿De qué manera la desregulación de la conducta tipificada en el Código Penal Militar-Policial como delito de afectación a los bienes destinados a la defensa, seguridad nacional y orden interno, por estar subsumida bajo la competencia de la justicia penal común, en los tipos penales de peculado y colusión, generará como efectos una adecuada protección al bien jurídico tutelado Administración Pública, por tratarse de delitos de función, evitando además impunidades y vulneraciones al debido proceso?	GENERAL: Establecer que el bien jurídico tutelado Administración Pública encuentra su adecuada protección con la desregulación de la conducta tipificada en el Código Penal Militar-Policial como delito de afectación a los bienes destinados a la defensa, seguridad nacional y orden interno, por estar subsumida bajo la competencia de la justicia penal común, en los tipos penales de peculado y colusión, al tratarse de delitos de función, evitando así impunidades y vulneraciones al debido proceso.	ESPECIFICOS: - Determinar la naturaleza jurídica, a través de su confrontación dogmática, de las infracciones administrativas disciplinarias contenidas en el código penal militar policial, con el propósito de establecer su tramitación procesal y una imputación razonable. - Precisar las diversas actuaciones efectuadas por los miembros de la fuerza militar y policial en el ámbito de las configuraciones típicas de las figuras delictivas contenidas en el catálogo penal, a partir de la determinación real de la naturaleza jurídica de las penas contempladas. - Establecer que con la apropiación de bienes destinados para uso del estado contenido en el código penal militar policial y su real adecuación a la acción típica constitutiva de delitos se permitirá la vigencia plena de los principios que rigen el sistema penal siendo una de sus directas consecuencias la evitación de impunidades. - Demostrar que con la apropiación de bienes destinados para uso del estado tiene una clara imputación punitiva dentro del código justicia militar policial y su real adecuación a la acción típica constitutiva de delitos se dará cabida a la vigencia plena del debido proceso, en tanto garantía del Derecho procesal. 5. Acreditar que apropiación de bienes destinado para uso del estado y su real adecuación a la acción típica constitutiva de delitos permitirá la prevalencia del respeto a los valores de justicia e igualdad, conducentes a la seguridad jurídica y a la confianza ciudadana en las Instituciones tutelares de su propia seguridad.	Si, se desregulara la conducta tipificada en el Código Penal Militar-Policial como delito de afectación a los bienes destinados a la defensa, seguridad nacional y orden interno, por tratarse de un delito de función, tipificado en el código penal como peculado y colusión; entonces, se generará como efectos una adecuada protección al bien jurídico tutelado Administración Pública, evitando impunidades y vulneraciones al debido proceso.	INDEPENDIENTE: Fundamentación dogmática de la apropiación de bienes destinado para uso del estado en el decreto legislativo 1094 y los artículos 384º y 387º del Código Penal Peruano.
					DEPENDIENTE: - El acogimiento de la fundamentación dogmática de la apropiación de bienes destinado para uso del estado en el decreto legislativo 1094 frente a los delitos de colusión y peculado permitirá: - La adecuación, real y efectiva, de las acciones típicas constitutivas de delitos, según corresponda, evitando impunidades. - La vigencia plena de los principios que rigen el sistema penal y el sistema procesal penal. - El adecuado cumplimiento de la garantía constitucional del debido proceso. - La prevalencia de los valores jurídicos de justicia e igualdad. - La conducción certera hacia la seguridad jurídica y confianza ciudadana en las instituciones tutelares de administración de justicia. - La no invocación del principio constitucional de NON BIS IDEM.

03 EXPEDIENTES Y RESOLUCIONES

EXP. N° 2284-2007-PHC/TC
CUSCO
CESAR RAYMUNDO
LINARES TORRES

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 29 de septiembre de 2008

VISTO

El pedido de nulidad de la sentencia de autos, su fecha 2 de septiembre de 2008, presentado por don Zósimo Raúl Santana Bravo, Procurador Público a cargo de los Asuntos Judiciales de la Justicia Militar el 19 de septiembre de 2008; y,

ATENDIENDO A

1. Que, el solicitante señala que no fue emplazado en ninguna instancia del presente proceso, conforme a lo dispuesto en el artículo 7° del Código Procesal Constitucional y la Ley N.° 17537, “Ley de Representación y Defensa Judicial del Estado”, por lo que solicita la nulidad de todo lo actuado “...a fin de que mediante los recursos que me faculta la Ley haga valer el derecho de mis representados”.
2. Que, conforme al artículo 172° del Código Procesal Civil -aplicable supletoriamente a los procesos constitucionales, conforme al artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional- no podrá declararse la nulidad del acto procesal “...si la subsanación del vicio no ha de influir en el sentido de la resolución o en las consecuencias del acto procesal”.
3. Que, del análisis de lo actuado, en efecto no consta que se haya corrido traslado de la demanda al Procurador a cargo de los asuntos judiciales de la Justicia Militar. Sin embargo, se advierte que los demandados, a saber, el Capitán PNP Manuel Pino Almirón, el Mayor PNP Ronald Centeno Berrio, el Coronel PNP Juan Ricalde Palma y el Coronel PNP George Adriel Cárdenas Jaén fueron debidamente notificados con la demanda, tal como consta de los cargos de notificación a fojas 65, 64, 67 y 66, respectivamente; habiendo incluso ejercido su derecho de defensa en el proceso a través de escritos de contestación de la demanda, tal como consta a fojas 110, 89, 117 y 126, respectivamente, así como el ejercicio de los recursos legalmente previstos, por lo que este Colegiado advierte que la cuestionada irregularidad no incide en el sentido de la decisión, debiendo desestimarse la nulidad deducida.
4. A mayor abundamiento cabe señalar que, conforme a lo previsto en el artículo 176° del Código Procesal Civil, el pedido de nulidad debe ser formulado en la

primera oportunidad que se tuviera para hacerlo, por lo que si bien el Procurador a cargo de los asuntos judiciales de la Justicia Militar no fue emplazado con la demanda, es sabido que conforme al artículo 30° del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional (Aprobado mediante la Res. Adm. N.° 095-2004-P/TC, modificada por la Res. Adm. N.° 034-2005-P/TC), este Tribunal notifica la vista de las causas a través de su portal electrónico, no constando en autos cuestionamiento alguno por parte del solicitante sino hasta después de emitida la sentencia en le presente proceso.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE

Declarar IMPROCEDENTE la solicitud de nulidad

SS.
MESIA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI
ALVAREZ MIRANDA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 2029- 2005 - LIMA

Lima, veinticuatro de mayo de dos mil seis.

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el señor F. Superior y el Procurador Público contra la sentencia de fojas cuatro mil ochocientos doce, de fecha once de febrero de dos mil cinco; de conformidad con el señor Fiscal Supremo en lo Penal;

y

CONSIDERANDO

Primero

- Que a los procesados L.A.S.M. -consejero en asuntos de desarme para la representación permanente del Perú ante las Naciones Unidas- y G.A.A. -representante de la empresa Interzapchast Sociedad Anónima-, se les inculpa el haberse coludido con E.S.T. -General de Brigada del Ejército Peruano- y J.O. -representante de la empresa Global Aviation Network INC, con domicilio en Bahamas-, con el fin de defraudar al Estado Peruano; para ello suscribieron el convenio setenta y tres- dos mil, de fecha cuatro de mayo de dos mil, cuyas copias obran a fojas trescientos diecisiete, cuatrocientos dieciocho y dos mil novecientos cuatro, por intermedio del cual se favorecía a las empresas antes mencionadas al hacerlas participar como intermediarias en el proceso de arrendamiento de un helicóptero, negociación que debió efectuarse de modo directo entre el gobierno del Perú y la División de Administración y Logística de las Naciones Unidas, por cuanto los Estados no alquilan sus bienes a la Organización de las Naciones Unidas sino que ésta se los alquila; por lo que al participar la Empresa Global Aviation Network INC como un tercero en el arrendamiento del helicóptero, obtuvo grandes ventajas económicas al haberse hecho acreedora de parte de la suma pagada por las Naciones Unidas por el alquiler de la aeronave, dinero que debió ser abonado íntegramente a las arcas del Estado.

Segundo

- Que, la F. Superior en la fundamentación de su recurso de nulidad obrante a fojas cuatro mil ochocientos cincuenta y ocho, discrepa con los argumentos esgrimidos por el Colegiado en la sentencia recurrida, señalando que existen suficientes elementos probatorios que generan convicción respecto a la responsabilidad de los procesados en los hechos investigados; por su parte el Procurador Público fundamenta su recurso de nulidad a fojas cuatro mil ochocientos sesentitrés, señalando que al abrir el procesado L.A.S.M. una cuenta en el "Banco Chase Manhattan Nueva York" con la suma de un millón doscientos doce mil dólares americanos, provenientes del alquiler del helicóptero, y al solicitar con fecha doce de octubre de dos mil la transferencia de dicho monto a la cuenta número dos uno cero tres nueve siete uno del "Banco Unión Privée Cbi Tdb Vid F- Lugano Suiza" a nombre de la empresa Global Aviation Network Inc, actuó de modo fraudulento pues dispuso de dinero que era de propiedad del Estado; argumentando al igual que la representante del Ministerio Público, que S.M. no ha sabido explicar cuáles fueron sus funciones en la Misión Peruana ante las Naciones Unidas, que éste se ha reunido constantemente con el General S.T. y J.O., por lo que se concluye que el encausado S.M. ha tenido participación delictiva en los hechos investigados; en

lo referente al procesado G. .A.A., sostiene que éste mantuvo conversaciones con sus coprocesados desde antes de la firma de la Carta de Asistencia entre el Estado Peruano y la Organización de las Naciones Unidas, de lo que infiere que existió entre los investigados un acuerdo previo para defraudar al Estado Peruano.

Tercero

- Que en el delito de Colusión dos son los bienes jurídicos tutelados, siendo estos: a) la actuación conforme al deber que importe el cargo, y b) asegurar la imagen institucional, considerándose como sujetos activos de éste a los funcionarios o servidores públicos; en tanto que, en el delito de Peculado el bien jurídico protegido es: a) el normal desarrollo de las actividades de la administración pública, que debe entenderse desde el punto de vista de garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública, y evitar el abuso del poder del funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad; siendo que la conducta prohibida está constituida por la apropiación o la utilización para sí o para otros de caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados.

Cuarto

Que de lo actuado se tiene, que mediante Resolución Suprema número cincuenta y tres - dos mil, del sector Defensa de fecha seis de marzo de dos mil - ver fojas veintiocho-, refrendada por el ex Presidente de la República Ingeniero A.F.F. conjuntamente con el ex Ministro de Defensa General de División José Villanueva Ruesta, se autorizó a E.S.T. - General de Brigada del Ejército Peruano-, para que en nombre y representación del Ministerio de Defensa suscriba un contrato por medio del cual se arrendaba dos helicópteros a la Organización de las Naciones Unidas, a fin de que éstos sean utilizados en misiones de paz en Timor Oriental (Oceanía), negociación que se concretó el veintiocho de marzo de dos mil, pero sólo por un helicóptero, estipulándose en el contrato, que el arrendamiento era sólo por un año y que el presupuesto destinado para esa operación no excedería de diez millones cuatrocientos noventa mil dólares americanos; sin embargo, se incurrió en irregularidades en la suscripción y ejecución del convenio en cuestión; que reiterada y uniforme jurisprudencia de la Corte Suprema en los casos sub materia, ha señalado que la Pericia Valorativa es la prueba idónea y determinante para establecer la apropiación de caudales públicos, por lo que al no haberse efectuado una liquidación del convenio y las adendas número uno y dos, entre servicios Aéreos Especiales y la Compañía Global Aviation Network INC en la que se determine el costo beneficio de dicho convenio, esta circunstancia no se les debe atribuir a los encausados presentes; así mismo, no se ha llegado a establecer con elementos objetivos que los citados procesados se hayan coludido o concertado para defraudar al Estado, con E.S.T. -General de Brigada del Ejército Peruano- y J.O. -representante de la empresa Global Aviation Network INC- para apropiarse del dinero de Estado, toda vez que a fojas cuatro mil trescientos veintisiete declaró L.V.C. -Embajador y Jefe de la misión Peruana en las Naciones Unidas- quien indicó que dispuso la apertura de una cuenta en el Chase Manhattan Bank de Nueva York, llamada Misión del Perú en las Naciones Unidas -Aviación del Ejército, por cuanto se había remitido a la misión un cheque por más de un millón de dólares por un pago a nombre de la Aviación del Ejército, pago que no podía ser manejado en la cuenta de la misión, en la que sólo se manejaba gastos corrientes, agregando que él autorizó la transferencia del dinero depositado en la cuenta de Chase

Manhatan Bank de Nueva York, a la cuenta número dos uno cero tres nueve siete uno del "Banco Unión Privee Cbi Tdb Vid. F- Lugano Suiza" a nombre de la empresa "Global Aviation Network Inc", tras efectuar la consulta respectiva con los funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores, por cuanto así lo establecían el convenio cero setenta y tres- dos mil y sus adendas que disponían la transferencia de pagos a la Empresa intermediaria; por lo que en el presente caso, los argumentos que expresa el representante del Ministerio Público y el Procurador Público en sus respectivos recursos de nulidad, constituyen apreciaciones genéricas sobre aspectos que ya han sido merituados y expuestos en forma precisa y debida en la sentencia, además que no se ha acreditado con prueba fehaciente e idónea la comisión del delito materia de autos, ni la responsabilidad penal de los procesados L.A.S.M. y G.A.A.; por estos fundamentos: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida de fojas cuatro mil ochocientos doce, su fecha once de febrero de dos mil cinco; que absuelve a L.A.S.M. y G.A.A., de la acusación fiscal formulada contra estos como cómplices, por el delito contra la Administración Pública -delitos cometidos por Funcionarios Públicos- Concusión -Colusión en agravio del Estado; y absuelve a L.Á.S.M., de la acusación fiscal formulada en su contra como cómplice por el delito contra la Administración Pública Peculado, en agravio del Estado; con lo demás que contiene y es materia del recurso; y los devolvieron.

S.S.

**SALAS GAMBOA
PALACIOS VILLAR
BARRIENTOS PEÑA
PRINCIPE TRUJILLO
URBINA GANVINI**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 3017-2004 Huánuco

Lima, diecisiete de marzo de dos mil cinco

Vistos; el recurso de nulidad interpuesto por el instituto peruano de seguridad social, parte civil, contra la sentencia absolutoria de fojas mil doscientos cincuenta; de conformidad con el dictamen del señor fiscal supremo en lo penal; por sus propios fundamentos; interviniendo como ponente el señor vocal supremo doctor V.Q.Q.; y Considerando además:

Primero

Que, la parte civil al fundamentar su recurso de nulidad sostiene que el superior colegiado no tuvo en cuenta lo señalado en el informe presentado por la empresa COSAPI data obrante a fojas novecientos noventicinco, en cuyos apartados cuatro, cinco y seis precisa que la empresa acepta iniciar los trabajos sin que se firme el contrato respectivo, el mismo que debe suscribirse en el más breve plazo, inclusive todos los materiales fueron entregados por parte de COSAPI y se realizaron los trabajos de instalación de las redes eléctricas, apreciación que permite concluir que el delito materia de investigación colusión desleal- se encontrarlo acreditado.

Segundo

Que, el delito de colusión desleal previsto en el artículo trescientos ochenticuatro del código penal, es un tipo penal especial propio de resultado, que busca proteger el patrimonio del estado, cuyo contenido de reprochabilidad es el deber del funcionario público de velar por los intereses del estado, deber funcional que al ser transgredido mediante la concertación o colusión perjudica al estado, constituyendo el fraude el perjuicio patrimonial potencial o real para la administración.

Tercero

Que, en este orden de ideas resulta que, con el informe especial número cero dieciocho-noventa y dictamen pericial contable debidamente ratificado durante el juicio oral, se acredita que el instituto peruano de seguridad social, hoy Essalud, no resultó perjudicado en su patrimonio respecto a la ejecución del proyecto referido a la instalación de red eléctrica y data en los hospitales ii de cerro de Pasco y de Huariaca, pues con dichos medios probatorios se desprende que la entidad agraviada no realizó pago alguno con relación a los trabajos que venía ejecutando la empresa COSAPI data sociedad anónima, habiéndose comprobado que con la citada empresa no existía vínculo contractual que obligue a la entidad agraviada a reconocer el servicio prestado, de lo que se colige que la conducta imputada a los encausados resulta atípica, aunado a ello el propio informe especial citado y que servía “de sustento legal para el inicio de la investigación judicial concluye que hubo responsabilidad administrativa en los funcionarios al haber permitido se ejecuten trabajos sin que previamente se lleve a cabo una licitación pública con las formalidades legales; que en tal virtud los agravios de la parte civil no resultan atendibles.

Cuarto

Que, de otro lado, estando a las múltiples ejecutorias dictadas por la corte suprema de justicia de la república, en el sentido que tratándose de delitos contra la administración pública el sujeto pasivo resulta únicamente las instituciones que

representan al estado y que a su vez son perjudicadas con la comisión del delito, es decir en el presente caso el instituto peruano de seguridad social, hoy Essalud es quien sólo debe ser considerado como agraviado, lo contrario implicará• a una duplicidad de pago con relación a la reparación civil, por lo que resulta pertinente declarar la nulidad de la sentencia al respecto, de conformidad con la facultad prevista en el penúltimo párrafo del artículo doscientos noventiocho del código de procedimientos penales; por tales consideraciones: declararon no haber nulidad en la sentencia recurrida de fojas mil doscientos cincuenta, de fecha treintiuno de mayo de dos mil cuatro, que absuelve a Franco Eduardo Fernández Santa María de la acusación fiscal por el delito contra la administración pública - colusión desleal- en agravio del instituto peruano de seguridad social hoy Essalud; asimismo, declararon nula la propia sentencia en el extremo que considera al estado como agraviado en el delito materia de investigación; declararon no haber nulidad en lo demás que contiene; y los devolvieron.-

S.s.

**VILLA STEIN
VALDEZ ROCA
PONCE DE MIER
QUINTANILLA QUISPE
PRADO SALDARRIAGA**