

**UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO**



**“LA EXIGENCIA DE UN MONTO MÍNIMO PARA LA
CONFIGURACIÓN TÍPICA DEL DELITO DE PECULADO,
TACNA 2014 - 2017”**

TESIS

Presentada por:

Bach. Pamela Isamar Diaz Cutipa

Para optar el Título Profesional de:

ABOGADA

TACNA-PERÚ

2018

La presente tesis se la dedico a Dios, ya que gracias a él he logrado concluir mi carrera; asimismo, se la dedico a la memoria de mi abuelo Oscar, quien me enseñó a enfrentar las adversidades de la vida.

Agradezco a mis padres Enrique y Lourdes y hermanos Vanesa y Oscar, pilares fundamentales en mi vida, por haberme acompañado y guiado a lo largo de mi carrera, por ser mi fortaleza en mis momentos de debilidad, y por los valores que me han inculcado.

A Eduardo, por ser parte importante en mi vida y acompañarme en todo momento.

Al Abog. Renzo Yufra Peralta, por la orientación y ayuda que me brindó para la realización de esta tesis, por su apoyo y disponibilidad.

De igual forma, agradezco a mis docentes por su esfuerzo y dedicación, quienes, con sus conocimientos y experiencia me enseñaron tanto de esta hermosa profesión.

RESUMEN

Es innegable decir que la corrupción no es un problema que afecta y desestabiliza al país, así como la importancia de querer erradicarla, se ve reflejada en las altas penas impuestas, aunado a ello la imprescriptibilidad que algunos de los Delitos Contra la Administración Pública presentan, incluido el delito de Peculado, para sancionar a aquellos funcionarios y servidores públicos que incurren en ella.

Ante ello, se tienen los delitos de Peculado que presentan mínima cuantía, y por su condición de tal, no lesionan el bien jurídico del mismo y por ello no tienen la capacidad de ser sancionado por la vía penal, al no ser lo suficientemente graves. Por lo que ¿Se considera razonable y proporcional que el Estado genere una inversión innecesaria al investigar estos hechos de peculado por mínima intervención en la vía penal?

La presente investigación, nace ante la necesidad de establecer lineamientos para la configuración del delito de peculado, debido a su ínfima cuantía son irrelevantes para el Derecho Penal para ser objeto de represión por el mismo.

Palabras clave: Peculado, mínima intervención, lesividad, subsidiariedad, ultima ratio, montos mínimos, corrupción.

ABSTRACT

It is undeniable that corruption is not a problem that affects and destabilizes the country, as well as the importance of wanting to eradicate it, it is reflected in the high penalties imposed, coupled with the non-applicability of certain Crimes Against Public Administration, including the crime of Peculado, to punish those officials and public servants who incurred it.

Faced with this, Peculado crimes have minimal amount, and because of their status, do not harm the legal right of it and therefore do not have the ability to be punished by criminal law, not being serious enough. Therefore, is it considered reasonable and proportional for the State to generate an unnecessary investment when investigating these acts of embezzlement for minimal intervention in criminal proceedings?

The present investigation arises from the need to establish guidelines for the configuration of the crime of embezzlement, due to its negligible amount are irrelevant to criminal law to be subject to repression by it.

Keywords: Peculado, minimal intervention, lesividad, subsidiarity, ultima ratio, minimum amounts, corruption.

ÍNDICE

CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO	17
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	18
1.1 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA	18
1.2 ANTECEDENTES.....	20
1.3 JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN	21
1.3.1 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	21
1.3.2 IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN	21
1.4 ESTABLECIMIENTO DE LA PREGUNTA SIGNIFICATIVA	21
1.4.1 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	21
1.4.2 PROBLEMAS ESPECÍFICOS.....	22
1.5 DELIMITACIÓN	22
1.5.1 DELIMITACIÓN TEMÁTICA Y ESPECÍFICA	22
1.5.2 DELIMITACIÓN ESPACIAL	22
1.5.3 DELIMITACIÓN TEMPORAL.....	22
1.5.4 DELIMITACIÓN SOCIAL.....	23
1.6 OBJETIVO GENERAL.....	23
1.7 OBJETIVOS ESPECÍFICOS	23
CAPITULO II: MARCO TEÓRICO	24
SUB CAPÍTULO I: ASPECTOS GENERALES	25
1. GENERALIDADES DEL PECULADO	25
2. ANTECEDENTES	25
A) CÓDIGO DE HAMMURABI.....	26
B) EL CÓDIGO DE MANÚ.....	26
C) LAS LEGISLACIONES CHINA Y JAPONESA ANTIGUA	27
D) GRECIA CLÁSICA	27
3. EL PECULADO EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL	28
3.1 EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL PECULADO EN EL PERÚ	28
4. LEGISLACIÓN COMPARADA.....	32
4.1 CHILE (1874).....	32
4.2 BOLIVIA (1972).....	33
4.3 ARGENTINA	33
4.4 MEXICO	33
5. CONCEPTO DE PECULADO.....	35
6. DIFERENCIA DEL DELITO DE PECULADO RESPECTO A OTROS DELITOS	37

6.1	HURTO Y PECULADO.....	37
6.2	APROPIACIÓN ILÍCITA Y PECULADO.....	38
6.3	MALVERSACIÓN Y PECULADO.....	40
7.	COMPORTAMIENTOS TÍPICOS.....	41
a)	Existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos.....	41
b)	La percepción, administración y custodia.....	42
c)	Modalidades delictivas: “apropia o utiliza”.....	42
d)	El destinatario: “para sí o para otro”.....	42
8.	MODALIDADES DEL DELITO DE PECULADO (TIPICIDAD OBJETIVA).....	43
8.1	PECULADO DOLOSO Y CULPOSO.....	43
8.1.1	Peculado por apropiación.....	43
8.1.2	Peculado por utilización.....	45
8.1.3	Peculado Culposo.....	47
8.1.4	Peculado doloso y agravantes.....	49
8.2	PECULADO DE USO.....	51
8.2.1	Usar o permitir usar.....	53
	Se establece una de las modalidades para la configuración del peculado culposo, como lo sostiene.....	53
8.3	PECULADO POR EXTENSIÓN O PECULADO IMPROPIO.....	54
9.	AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.....	56
10.	TENTATIVA Y CONSUMACIÓN.....	58
11.	LA PENA EN EL DELITO DE PECULADO.....	59
12.	REPARACIÓN CIVIL.....	59
13.	INHABILITACIÓN.....	60
	SUBCAPÍTULO II: EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	62
1.	BIENES JURÍDICOS.....	62
1.1	FUNCIONES DEL BIEN JURÍDICO.....	65
1.2	PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS.....	67
1.2.1	La persona como fundamento de la protección.....	67
1.2.2	Dañosidad social y bien jurídico penalmente protegido.....	67
a)	Merecimiento de Pena.....	68
b)	Necesidad de la pena.....	69
1.3	JUSTIFICACIÓN DEL BIEN JURÍDICO.....	71
1.3.1	Ius necessitatis.....	72
1.4	CONCEPCIONES CONSTITUCIONALES.....	72

1.4.1	CLAUS ROXIN	73
1.4.2	BOTTKE	74
1.4.3	HEFENDEHL.....	75
1.4.4	SAX.....	76
2.	BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE PECULADO.....	77
3.	LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE PECULADO	80
	SUB CAPÍTULO III: EL FUNCIONARIO Y SERVIDOR EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	83
1.	LA CALIDAD DE FUNCIONARIO Y SERVIDOR PÚBLICO EN EL DERECHO PENAL Y NORMAS EXTRA-PENALES.....	83
2.	ELEMENTOS DEL CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO	89
3.	SERVIDOR PÚBLICO	90
4.	EL FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL DELITO DE PECULADO	92
5.	SUJETO ACTIVO.....	93
6.	SUJETO PASIVO.....	94
	SUB CAPITULO IV: EL PERJUICIO PATRIMONIAL EN EL DELITO DE PECULADO	96
1.	PERJUICIO PATRIMONIAL Y SU RELEVANCIA EN EL DELITO DE PECULADO.....	96
1.1	PRUEBA PERICIAL.....	100
1.1.1	El reconocimiento pericial	101
1.1.2	El dictamen o informe pericial	101
1.1.3	El examen pericial propiamente dicho.....	101
1.2	Necesidad de la prueba pericial	102
1.3	Prueba Documental	102
	SUB CAPITULO V: PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL	104
1.	GENERALIDADES.....	104
2.	CONCEPTO Y FUNCIÓN DE LOS PRINCIPIOS	105
2.1	FUNCIONES DE LOS PRINCIPIOS	105
3.	PRINCIPIOS.....	106
3.1	PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN.....	106
3.2	PRINCIPIO DE LESIVIDAD	109
3.3	PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD Y ULTIMA RATIO	112
3.4	PRINCIPIO DE FRAGMENTARIEDAD.....	113
3.5	PRINCIPIO DE ECONOMÍA PROCESAL.....	113
	SUB CAPITULO VI: LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	115

1.	LA ADMINISTRACIÓN Y SUS FUNCIONES.....	115
1.1	FUNCIONES DEL ESTADO.....	115
1.2	FUNCIÓN ADMINISTRATIVA.....	117
2.	PRINCIPIOS QUE REGULAN LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA.....	118
2.1	Principio de legalidad.....	119
2.2	Principio del debido procedimiento	120
2.3	Principio de impulso de oficio	121
2.4	Principio de razonabilidad	121
2.5	Principio de imparcialidad.....	122
2.6	Principio de informalismo	122
2.8	Principio de buena fe procedimental.....	124
2.9	Principio de celeridad	124
2.10	Principio de eficacia.....	125
2.11	Principio de verdad material.....	126
2.12	Principio de participación.....	127
2.13	Principio de simplicidad	127
2.14	Principio de uniformidad	128
2.15	Principio de predictibilidad o de confianza legítima	128
2.16	Principio de privilegio de controles posteriores.....	129
2.17	Principio del ejercicio legítimo del poder.....	130
2.18	Principio de responsabilidad.....	130
2.19	Principio de acceso permanente	131
2.20	Principio de economía	131
	SUB CAPITULO VII: DERECHO ADMINISTRATIVO Y SU RELACIÓN CON EL DELITO DE PECULADO.....	132
1.	NATURALEZA DEL DERECHO DISCIPLINARIO	132
1.1	FINES DEL DERECHO DISCIPLINARIO	132
1.2	ESTRUCTURA DE LA FALTA DISCIPLINARIA.....	132
1.3	ILÍCITO DISCIPLINARIO.....	133
2.	EL ILÍCITO ADMINISTRATIVO Y EL ILÍCITO PENAL	134
2.1	EL ILÍCITO	134
2.2	ILÍCITO PENAL E ILÍCITO ADMINISTRATIVO: DIFERENCIAS	134
3.	EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE RESPONSABILIDADES	138
3.1	CONCEPTO.....	139
3.2	CONSECUENCIAS DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE RESPONSABILIDADES.....	140

SUB CAPÍTULO VIII: LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL SERVIDOR PÚBLICO HACIA LA ADMINISTRACIÓN	142
1. RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS Y SERVIDORES PÚBLICOS.....	142
1.1 RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA FUNCIONAL.....	142
1.2 RESPONSABILIDAD PENAL.....	144
1.3 RESPONSABILIDAD CIVIL.....	146
1.3.1 PRESUPUESTOS	146
a) El daño económico indemnizable a la entidad o al Estado.....	147
b) El incumplimiento de las funciones de los funcionarios y servidores	148
c) La conducta dolosa o culposa en los funcionarios o servidores que permita la imputación jurídica del incumplimiento	148
d) La relación causal entre ese incumplimiento y ese daño económico	149
1.3.2 LA CONSECUENCIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: EL RESARCIMIENTO DEL PATRIMONIO ESTATAL	150
1.4 DERECHO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO	151
1.4.1 CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO.....	151
1.4.1 Es necesario la existencia de una imputación.....	152
1.4.2 Es necesario que el quejoso o denunciante se identifique	153
1.4.3 El proceso administrativo debe ser instaurado a través de una Resolución Fundamentada del Titular de la Entidad o del Funcionario Autorizado	153
1.4.4 La Resolución que ordena abrir Proceso Administrativo Disciplinario no es impugnabile	154
1.4.5 Para que se abra un Proceso Administrativo Disciplinario no es condición necesaria que se encuentre vigente la relación laboral	154
1.4.6 El Titular de la Entidad no puede disponer que se abra Proceso Administrativo Disciplinario sin haber conocido la Opinión de la Comisión de Procesos	154
1.4.7 La investigación está a cargo de la Comisión de Procesos Administrativos Disciplinarios	155
1.4.8 La Comisión goza de Independencia en el Cumplimiento de sus Atribuciones.....	155
1.4.9 Si el Proceso Administrativo Disciplinario es Sumario el procesado tiene Derecho a defenderse	156
1.4.10 El proceso Administrativo Disciplinario está sujeto a prescripción	156

1.4.11	El proceso administrativo es escrito	157
1.4.12	El Informe Oral como medio de defensa	157
1.4.13	La Comisión de Procesos Administrativos Disciplinarios deberá emitir su informe final	157
1.4.14	Es prerrogativa del Titular de la Entidad Determinar el Tipo de Sanción a Aplicarse	158
1.4.15	Se debe respetar la pluralidad de instancias.....	158
1.5	RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA	159
1.5.1	FALTA ADMINISTRATIVA.....	159
1.5.2	TIPIFICACIÓN DE LA FALTA ADMINISTRATIVA	161
1.5.3	SANCIÓN ADMINISTRATIVA.....	161
SUB CAPÍTULO IX: TEORÍAS		163
1.	LA TEORÍA DE INFRACCIÓN DE DEBER	163
1.1	SURGIMIENTO.....	166
2.	LA TEORÍA DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER ANALIZADA DE DIFERENTES PERSPECTIVAS	168
2.1	DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER SEGÚN ROXIN	168
2.2	DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER SEGÚN JAKOBS	169
3.	LA IRRELEVANCIA DEL DOMINIO DEL HECHO EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN AL DEBER	171
4.	DIFERENCIA ENTRE LOS DELITOS ESPECIALES Y LOS DELITOS DE INFRACCIÓN AL DEBER	172
4.1	CLASIFICACIÓN	173
4.1.2	Los delitos de infracción de deber impropios	174
5.	DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER Y DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	176
6.	LA TEORIA DE DOMINIO DEL HECHO	177
7.	LA TEORIA DE LA RUPTURA DEL TÍTULO DE LA IMPUTACIÓN	178
8.	TEORÍA DE LA UNIDAD DEL TÍTULO DE LA IMPUTACIÓN.....	181
9.	LA TESIS DE LA RUPTURA DEL TÍTULO DE LA IMPUTACIÓN FRENTE A LA TESIS DE LA UNIDAD DEL TÍTULO DE LA IMPUTACIÓN	182
CAPITULO III: MARCO OPERATIVO		185
1.	FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS	186
1.1	HIPÓTESIS GENERAL	186
1.2	HIPÓTESIS ESPECÍFICAS.....	186
1.2.1	HIPÓTESIS ESPECÍFICA 1.....	186
1.2.2	HIPÓTESIS ESPECÍFICA 2.....	186
1.2.3	HIPÓTESIS ESPECÍFICA 3.....	186

2.	VARIABLES DE ESTUDIO	187
2.1	VARIABLES	187
2.1.1	HIPÓTESIS GENERAL	187
	a) Variable Independiente	187
	b) Variable Dependiente	187
2.1.2	HIPÓTESIS ESPECÍFICAS	187
2.1.2.1	Hipótesis Específica 1	187
	a) Variable Independiente	187
	b) Variable Dependiente	187
2.1.2.2	Hipótesis Específica 2	187
	a) Variable Independiente	187
	b) Variable Dependiente	187
2.1.2.3	Hipótesis Específica 3	188
	a) Variable Dependiente	188
	b) Variable Independiente	188
3.	METODOLOGÍA.....	188
3.1	DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN	188
3.1.1	TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	188
	A) Por su finalidad	188
	B) Por la fuente u origen	188
	C) Por el ámbito.....	189
3.2	NIVEL DE INVESTIGACIÓN.....	189
3.3	POBLACIÓN Y MUESTRA DE ESTUDIO	189
3.3.1	POBLACIÓN.....	189
3.3.2	MUESTRA	190
3.3.3	SELECCIÓN DE LA MUESTRA	190
3.3.4	CRITERIOS DE INCLUSIÓN Y EXCLUSIÓN DE SELECCIÓN DE LA MUESTRA	191
	3.3.4.1 CRITERIOS INCLUSIÓN	191
	3.3.4.2 CRITERIOS DE EXCLUSIÓN	191
3.4	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN, PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS	192
3.4.1	TÉCNICAS.....	192
3.4.2	INSTRUMENTOS.....	192
3.4.3	PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS	193
	CAPITULO IV: PRESENTACIÓN, INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE LOS RESULTADOS	194

1.	DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO DE CAMPO.....	195
1.1.	FASES DEL PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN.....	195
1.2.	PROCESAMIENTO DE DATOS	196
2.	RESULTADOS DEL TRABAJO DE CAMPO	196
2.1	DISEÑO DE PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS.....	196
2.2	PRESENTACIÓN DE LA INFORMACIÓN.....	196
2.3	DATOS DE LAS UNIDADES DE ANÁLISIS	196
3.	PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS	197
3.1	RESULTADOS DE LA FICHA DE OBSERVACIÓN.....	197
3.2	RESULTADOS DE LA ENCUESTA.....	209
	CAPITULO V: COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS.....	231
1.	VERIFICACIÓN Y/O CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	232
1.1.	VERIFICACIÓN DE LA PRIMERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA.....	232
1.2.	VERIFICACIÓN DE LA SEGUNDA HIPÓTESIS ESPECÍFICA	233
1.3	VERIFICACIÓN DE LA TERCERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA.....	234
1.4	VERIFICACIÓN DE LA HIPÓTESIS GENERAL.....	235
	CAPITULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACION	237
	RECOMENDACIONES.....	239
	BIBLIOGRAFÍA	243
	ANEXOS	250
	FICHA DE OBSERVACIÓN DE CARPETAS FISCALES POR EL DELITO DE PECULADO CUANDO SE INICIA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR POR UN MONTO MÍNIMO (no mayor de S/.850.50).	252
	FICHA DE ENCUESTA.....	254
	MATRIZ GENERAL DEL PROYECTO	258

ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico N°01.....	197
Gráfico N°02.....	198
Gráfico N°03.....	199
Gráfico N°04.....	200
Gráfico N°05.....	201
Gráfico N°06.....	202
Gráfico N°07.....	203
Gráfico N°08.....	204
Gráfico N°09.....	205
Gráfico N°10.....	206
Gráfico N°11.....	207
Gráfico N°12.....	208
Gráfico N°13.....	209
Gráfico N°14.....	211
Gráfico N°15.....	212
Gráfico N°16.....	214
Gráfico N°17.....	216
Gráfico N°18.....	218
Gráfico N°19.....	220
Gráfico N°20.....	222
Gráfico N°21.....	224
Gráfico N°22.....	226
Cuadro N°01	228

INTRODUCCIÓN

La corrupción es un problema que afecta al país y el correcto funcionamiento de la administración pública, es por ello que en la actualidad su persecución e intento de querer erradicarla, se ve reflejada en las altas penas impuestas a aquellos funcionarios y servidores públicos que incurren en ella; siendo el delito de peculado el más común, y que en muchos casos cuando la afectación y lesión del bien jurídico tutelado tienen cuantías mínimas pueden ser resueltos en áreas extrapenales, sin recurrir al Derecho Penal.

La presente investigación, nace ante la necesidad de establecer lineamientos para la configuración del delito de peculado, debido a que en la actualidad se ven muy presentes casos de peculado doloso, por apropiación, utilización, y uso, los cuales califican como tales, pero debido a su ínfima cuantía son irrelevantes para el Derecho Penal y susceptibles de persecución.

El tema es muy cuestionable, puesto que en este tipo de delitos no sólo se toma en consideración el valor del bien apropiado, utilizado o usado, sino la afectación que este hecho produce a la Administración Pública y al deber que infringen los funcionarios y/o servidores públicos; asimismo, se cuestiona si es razonable investigar estos delitos cuando su cuantía es mínima, lo cual genera carga procesal innecesaria en las Fiscalías Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios, y labor fiscal y administrativa.

Lo que se busca en la presente investigación es determinar si el perseguir penalmente los delitos de peculado por montos mínimos, afectaría de alguna forma los principios del Derecho Penal de lesividad, mínima intervención y ultima ratio y si realmente estos delitos lesionan el bien jurídico protegido en este tipo penal.

Así, en el Capítulo I denominado "Planteamiento del estudio" se abordarán dos aspectos que nos pondrán a contexto: la descripción del problema, en el cual plantearemos el problema, sustentaremos y expondremos la justificación e importancia de la investigación, para establecer así la pregunta significativa, con la cual delimitaremos nuestra investigación, y los Objetivos propuestos, los cuales conducirán la presente investigación a fin de orientarla a la resolución de la pregunta significativa.

Luego, tenemos el Capítulo II, denominado “Marco Teórico”, el cual lo hemos desarrollado sobre 9 sub capítulos que indicamos a continuación:

“Aspectos generales” se abarcará las generalidades del peculado y sus antecedentes, la evolución legislativa del peculado en el Perú, legislación comparada, conceptos del delito de peculado, su diferencia con otros delitos, los comportamientos típicos, modalidades, autoría y participación, tentativa y consumación, pena, reparación civil e inhabilitación.

“El bien jurídico protegido y la Administración Pública”, abordará el concepto de bien jurídico, funciones, protección, su justificación, conceptos constitucionales, el bien jurídico protegido en el delito de peculado, y la administración pública como bien jurídico del delito de peculado.

“El funcionario y servidor público en la Administración Pública” en el cual desarrollaremos la calidad de funcionarios público en las normas penales y extrapenales, sus características y elementos.

“El perjuicio patrimonial en el delito de peculado” que abarcará la relevancia de la prueba pericial para comprobar el delito de peculado.

“Principios del Derecho Penal” que abarcará los principios que se verían vulnerados cuando se inicia una investigación por el delito de peculado por cuantías mínimas, como el principio de mínima intervención, subsidiariedad, ultima ratio, lesividad, economía procesal y fragmentariedad.

“La Administración Pública” en el que desarrollaremos la administración y sus funciones y los principios de la Administración Pública.

“Derecho Administrativo y su relación con el delito de Peculado”, abarcaremos la naturaleza del Derecho Disciplinario, el ilícito administrativo y penal y la autonomía de responsabilidades.

“La responsabilidad patrimonial del servidor público hacia la administración” abarcando la responsabilidad administrativa funcional, civil y penal, sus presupuestos y el Derecho Administrativo Disciplinario y como último capítulo del marco teórico.

“Bases teóricas” se desarrollará la teoría de infracción al deber, teoría del dominio del hecho, teoría de la ruptura del título de imputación y de la unidad del título de imputación.

En el Capítulo III, denominado “Marco Operativo”, se refiere la Formulación de Hipótesis, correspondientes a la pregunta significativa general y las específicas, planteadas en la exposición de “problema”, y se indica las Variables de Estudio, correspondientes a cada hipótesis formulada; así como, se describe la metodología adoptada en la investigación, exponiendo nuestro diseño de la investigación, la determinación metodológica, la población y muestra de estudio correspondiente al tipo de investigación tratada, y por último nos referiremos a las técnicas e instrumentos de investigación seleccionados.

Seguidamente, en el Capítulo IV, denominado “Comprobación de las hipótesis”, presentaremos los resultados arribados, contrastando lo analizado con nuestras hipótesis para comprobar la sostenibilidad jurídica de las mismas.

Por último, tenemos el Capítulo V, denominado “Conclusiones”, en el cual expondremos las “conclusiones” en sentido lato, o específicamente consideraciones finales a las cuales se arribó a través de la realización de la presente investigación.

CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA:

El delito de Peculado, se ha hecho de la constante evolución hasta convertirse ahora en lo que es, una problemática actual, que afecta el debido y correcto funcionamiento de la Administración Pública.

A lo largo de las modificaciones legislativas, se han tomado en cuenta diversos lineamientos persecutores de la corrupción como el aumento de pena privativa de libertad, y la incorporación de días-multa, así como la inhabilitación para quien tiene la condición de funcionario público; tal es el caso del Delito de Peculado, el cual se entiende como el hurto o apropiación de caudales o bienes del erario nacional, cometido por aquel a quien está confiada su conservación y/o custodia.

La corrupción al ser uno de los problemas principales que afecta al país, su sanción debe ser racional, y agregando diversos mecanismos para prevenirla y sancionarla, sin reiterarse en el Derecho Penal como el único medio de represión, teniéndose en cuenta que a pesar de las diversas modificaciones que se han realizado, la norma penal peruana no se exige un monto mínimo para la configuración típica del Delito de Peculado, que sancionen estas conductas de apropiación de bienes del patrimonio del Estado en el ámbito del Derecho Administrativo, aumentando en este sentido las investigaciones fiscales por sumas irrisorias.

La excesiva intervención del Derecho Penal en la vida social, es debido a que no solo el Derecho Penal debe intervenir en la protección de los bienes jurídicos, limitado al círculo de lo indispensable, sino que también corresponde a otras áreas del Derecho intervenir en estos casos concretos como es el caso del Derecho Administrativo Sancionador, por lo tanto, sólo debe darse la actuación del mismo cuando las demás áreas ya han emitido pronunciamiento, sobre todo ello en razón a las elevadas penas privativas de libertad.

La política criminal peruana desde el año 1991 ha asumido una posición de principio en el Artículo IV del Título Preliminar del Código Penal, la pena necesariamente precisa la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Debiendo limitar de esta forma los excesos que puedan confundir el ámbito disciplinario con el Derecho Penal. La presencia de conflictos socialmente irrelevantes, cuya ilicitud no llega a poner en riesgo ningún bien jurídico, por lo cual no deja de ser un hecho contrario a la norma, pero tiene otras alternativas para su solución.

Asimismo, se debe tener en cuenta que todo proceso penal o imputación deben estar inmersas dentro del marco de garantías constitucionales, como es el principio de lesividad el mismo que limita el poder punitivo del Estado a aquellas actividades ilícitas, las cuales no son afectadas con la magnitud para poder ser sancionadas penalmente.

Tal es el caso de bienes celulares que son entregados a los funcionarios y/o servidores públicos con el fin de que sean utilizados para gestionar las “recargadas actividades” que realizan para velar por los intereses del Estado, los cuales deben ser entregados al final de su gestión, o mediante la apropiación de S/. 194.15 soles, supuestos que deben ser evaluados con los principios de lesividad, mínima intervención, subsidiaridad y ultima ratio, para la cual no se generen denuncias por Peculado, procesos que se inician careciendo de rentabilidad para el Estado (realizar pericias para demostrar el perjuicio patrimonial al Estado y la realización de las mismas audiencias) de sancionar un hecho que por su mínima cuantía no puede ser considerado delito y por tal ser perseguido penalmente por el Ministerio Público.

En el Derecho comparado, se tiene que en el vecino país de Chile la figura del Delito de Peculado difiere en relación a nuestra legislación, el mismo que se encuentra alojado en el Art. 233¹ del Código Penal de la República

¹ Art. 233 El empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los substraiga o consintiere que otro los substraiga, será castigado: 1.º Con presidio menor en su grado medio y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si la substracción excediere de una unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales. 2.º Con presidio menor en su grado máximo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si excediere de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta unidades tributarias mensuales. 3.º Con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de once a quince unidades tributarias mensuales,

de Chile, el cual establece 1 Unidad Tributaria Mensual (\$ 45.907,00 Pesos Chilenos), equivalentes a S/.232.66 soles (moneda nacional), como cuantía mínima para la configuración del ilícito de Peculado.

En Tacna, este problema no es ajeno, ya que, al iniciarse investigación preliminar en sede fiscal, por casos irrelevantes al contar con un monto mínimo, genera la sobrecarga de investigación en la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Tacna, que por su condición de tal no reviste que se aplique el Derecho Penal.

1.2 ANTECEDENTES

En la actualidad existen investigaciones respecto a este problema, debido a que se trata de un conflicto, que sin bien no tiene raíces recientes, éste se ha generalizado rápidamente. Como precedente de esta investigación podemos mencionar a Tomás Bolívar ORELLANA PALOMEQUE (2011), quien en su tesis para optar el título de abogado en la Universidad Nacional de Loja- Ecuador, realizó la investigación denominada “El principio de mínima intervención penal y su aplicabilidad en los delitos de peculado considerados de ínfima cuantía”.

Rafael CHANJAN DOCUMET (2012), quien ha escrito un artículo referente al tema en la Revista del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, titulado “El perjuicio patrimonial y la cuantía de lo apropiado o utilizado en el delito de peculado doloso. Análisis dogmático sobre la base los últimos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia”.

Rafael Hernando CHANJAN DOCUMET (2014), quien, en su tesis para optar el título de abogado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, realizó la investigación denominada “La Administración Desleal de

si excediere de cuarenta unidades tributarias mensuales. En todos los casos, con la pena de inhabilitación absoluta temporal en su grado mínimo a inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos.

Patrimonio Público como Modalidad Delictiva Especial del Delito de Peculado Doloso”.

1.3 JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN

1.3.1 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La presente investigación se justifica porque al ser el Derecho Penal, un derecho sancionador que debe limitarse a lo indispensable debido a la gravedad de sus penas, es que, en los casos de peculado, específicamente de hechos jurídicamente irrelevantes por su mínima cuantía, no debe ser sancionado en el mismo.

Es prescindible determinar una cuantía mínima para que se dé la configuración del Delito de Peculado, ya que el investigar y sancionar el ilícito de peculado por sumas irrisorias vulneraría no sólo los principios de lesividad, mínima intervención, y ultima ratio, sino también afectaría el principio de economía procesal.

1.3.2 IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN

Su importancia por lo tanto es un tema de interés actual, ya que la intervención del Derecho Penal en los delitos de Peculado de mínima cuantía, en su investigación y sanción, produciría un mayor costo al Estado y sobrecargando los despachos fiscales.

Priorizando a la construcción de un pensamiento racional para la solución de problemas provenientes del Delito de Peculado en cuantías mínimas, no es necesaria la intervención del Derecho Penal, sino alternativas subsidiarias como el Derecho Administrativo Sancionador.

1.4 ESTABLECIMIENTO DE LA PREGUNTA SIGNIFICATIVA

1.4.1 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

El problema objeto de la presente investigación, se puede sintetizar en la siguiente pregunta:

¿La persecución penal por el delito de peculado cuando se trate de montos mínimos, no determinado, para este tipo de delitos por el Código Penal atentaría contra los principios de lesividad, mínima intervención, subsidiariedad y ultima ratio del Derecho Penal?

1.4.2 PROBLEMAS ESPECÍFICOS

Y además nos ha llevado a desarrollar las siguientes subpreguntas:

1.4.2.1 ¿Es necesario que las sanciones para el delito de peculado de menor cuantía recaigan en el Derecho Penal?

1.4.2.2 ¿El sancionar un delito de peculado de mínima cuantía afecta el principio de economía procesal?

1.4.2.3 ¿Se vulneraría la naturaleza del bien jurídico del delito de peculado y el principio de lesividad al incorporar una cuantía mínima para calificarlo como tal?

1.5 DELIMITACIÓN

1.5.1 DELIMITACIÓN TEMÁTICA Y ESPECIFICA

El tema está referido al área de los Delitos Contra la Administración Pública, del Derecho Penal.

1.5.2 DELIMITACIÓN ESPACIAL

El estudio se desarrolló en el Departamento, Provincia y Distrito de Tacna.

1.5.3 DELIMITACIÓN TEMPORAL

El periodo que se utilizó como parte de la investigación abarcó desde el año 2014, en que mediante Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 2713-2014-MP-FN publicada el 10 de julio del 2014 se crea la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Tacna, hasta julio del 2017.

1.5.4 DELIMITACIÓN SOCIAL

El colectivo que se incluye en la presente investigación son los fiscales, asistentes en función fiscal, personal administrativo de la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción, Fiscales Penales, abogados litigantes, así como el personal de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción.

1.6 OBJETIVO GENERAL

Determinar si la persecución penal por el delito de peculado cuando se trate de montos mínimos, no determinado, para este tipo de delitos por el Código Penal atentaría contra los principios de lesividad, mínima intervención, subsidiariedad y ultima ratio del Derecho Penal.

1.7 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- 1.7.1** Establecer si es necesario que las sanciones para el delito de peculado de menor cuantía recaigan en el Derecho Penal.
- 1.7.2** Especificar si sancionar un delito de peculado de mínima cuantía afecta el principio de economía procesal.
- 1.7.3** Precisar si se vulneraría la naturaleza del bien jurídico del delito de peculado y el principio de lesividad al incorporar una cuantía mínima para calificarlo como tal.

CAPITULO II: MARCO TEÓRICO

SUB CAPÍTULO I: ASPECTOS GENERALES

1. GENERALIDADES DEL PECULADO

Etimológicamente el Peculado proviene del latín pecus (ganado) y latus (hurto), significando el hurto del ganado; así como lo expresa Fidel ROJAS VARGAS: “En Roma, cuando el ganado era el bien máspreciado junto a la tierra, servía de medio de cambio comercial y definía el status socio-económico. El término fue juridizándose en la época de la República para indicar hurto de cosas de valor, hasta llegar a la época del Imperio a la noción del criminis peculatus o hurto de dinero o bienes públicos”².

La figura del Delito de Peculado ha evolucionado a través del tiempo, variando el significado del bien que se sustrae pasando desde el ganado, la tierra hasta la apropiación de bienes del erario público, así como el dinero, y demás que se le confían en custodia al funcionario y/o servidor público.

2. ANTECEDENTES

El delito de peculado desde la antigüedad no ha tenido una definición clara; sino que se ha ido construyendo con el paso del tiempo, es así que según Diego BARRIGA CORDERO expone que: “En términos generales no hay en esa etapa de la historia una idea clara e independiente del Estado y se lo confunde con los dioses y la persona del monarca. No podríamos hablar, por tanto, en la mayoría de las sociedades antiguas de peculado sino de un hurto o robo agravado. Corresponderá a los griegos barruntar ese delito y a los romanos, verdaderos maestros del derecho, su catalogación y estudio profundo”³.

Como se tiene, la figura del peculado no era más que el hurto o robo, por tanto, no se daba esa definición clara de lo que constituía el referido delito, habiendo escrituras que son más propias de los delitos contra el patrimonio, pero que a lo largo de la historia van adaptándose y formar parte del delito de peculado.

² ROJAS VARGAS, Fidel (2007). Delitos Contra la Administración Pública. EDITORA JURIDICA GRIJLEY. Cuarta Edición. Lima-Perú. Pág. 465.

³ BARRIGA CORDERO, Diego [En Línea]. El Peculado. Departamento de Estudios Jurídicos y Cauciones de la Dirección Jurídica de la CGE. Disponible en <http://www.contraloria.gob.ec/cge_intranet/documentos/Peculado_Estudio.pdf>. Consulta [25/09/2016]. Pág. 19.

BARRIGA CORDERO⁴ especifica algunas evidencias que no son exactamente las del Delito de Peculado:

A) CÓDIGO DE HAMMURABI

Este Código fue promulgado por el rey babilonio en el año 1760 A.C., el mismo que contiene distintas conductas que fueron dirigidas a sus súbditos. Este Código es algo extenso ya que contempla 200 normas; tal como la consagración de la ley del Talión “ojo por ojo y diente por diente”, cierto cúmulo de las normas del Código de Hammurabi consiste en la aplicación de la ley por mano propia, y la concurrencia del pueblo.

Asimismo; en la Ley N° 06 expresa que: Si uno robó el tesoro del Dios o del palacio, recibirá la muerte y el que hubiera recibido el objeto robado merecerá la muerte.

Esta norma es clara y ejemplar, pero cabe recalcar que la misma también hace referencia a una aproximación a lo que es el delito de peculado, enfocándose en una circunstancia especial para realizar el robo “del tesoro de Dios o del palacio”.

B) EL CÓDIGO DE MANÚ

Fue promulgada en la India, este código no tiene la calidad de jurídico, ya que sólo trata de religión, metafísica y demás temas, y de manera continua se refiere a la buena conducta que deben seguir los soberanos en su administración.

En forma de castigo a estas conductas desleales, éstas son referidas al destierro y al despojo de los bienes de cada funcionario que previamente incumplió su deber.

⁴ Ibídem. Pág. 20-21.

C) LAS LEGISLACIONES CHINA Y JAPONESA ANTIGUA

En estas legislaciones subsistía el rigor con las personas que usurparan los bienes del emperador, los mismos que eran castigados drásticamente.

D) GRECIA CLÁSICA

Principalmente en su capital Atenas, se realizó una segregación de los fondos públicos y de los demás patrimonios, castigando con la pena capital a quien se apropiaba de los fondos del pueblo.

Como podemos observar, la figura de peculado va obteniendo mayor independencia con el paso del tiempo, desprendiendo su significado del delito de hurto, y adquiriendo ese aspecto de especialidad, que hoy lo caracteriza.

Continúa BARRIGA CORDERO al explicar el Peculado en el Derecho Romano expresa que: “La Ley de las Doce Tablas, escrita en el siglo V A.C. contemplaba, entre otros delitos, el de furtum o hurto. El hurto de los bienes de los dioses se denominaba sacrilegium y del Estado peculatus o también furtum publicae pecuniae”⁵.

En el derecho Romano se da una concepción más clara del peculado, la cual se encontraba dispuesta en la Ley de las Doce Tablas, diferenciando el hurto de Dioses y del Estado, dándole la terminología a este último como “ganado” o “hurto de dinero público”, concepto que fue adoptado hasta nuestros días.

Diego BARRIGA expone lo siguiente: “Con el tiempo, mediante la llamada Ley Julia (90 A.C.) se incluyó, dentro del peculado, el pecuniae residuae o ‘residuo de dinero’ en que incurrían los funcionarios públicos cuando no entregaban, al término de su gestión, el saldo del metálico a ellos confiado por el Estado o el municipio, o cuando no anotaban la totalidad de lo recaudado”⁶.

⁵Ibidem. Pág. 22.

⁶ Ídem

Sebastián SOLER señala que: “El peculatus del Derecho romano (de pecus, sistema primitivo de transacciones) y se aplicó a la pecunia sacra, que requería el rito de la consagración pública, de manera que la ausencia de este requisito impedía la clasificación de peculatus y se transformaba en hurto. En el Digesto se define el peculado como hurto de dinero público, entendiendo por tal el que pertenecía al pueblo romano, al Erario Público, no el de los municipios. Las conductas podían consistir en: sustraer (auferre) destruir (interficere) o distraer (vertere in rem suam) al Erario Público”⁷.

A este tipo de residuo de dinero, en la que incurrían los funcionarios al no entregar algunos bienes o dinero que se le encomendó en su gestión, para que con el mismo vele por los intereses del pueblo; así como la figura de la rendición de cuentas que no es lo más diáfana posible.

A modo de conclusión, el avance histórico ha permitido que la concepción que se tuvo en el transcurrir del tiempo sirva para enriquecer el concepto de peculado.

3. EL PECULADO EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

3.1 EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL PECULADO EN EL PERÚ

El Art. 387° del Código Penal ha tenido una vasta evolución legislativa, siendo modificado en el 13 de junio de 1993 mediante Ley N° 26189, quedando de la siguiente manera:

"Artículo 387°. - El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro caudales o efectos cuya percepción, administración custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de ocho años.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos

⁷ Citado por REATEGUI SÁNCHEZ, James (2014). Delitos cometidos por Funcionarios en contra de la Administración Pública. JURISTA EDITORES E.I.R.L. Lima-Perú. Ob. Cit. Pág. 227.

casos, la pena privativa de la libertad será no menor de cuatro ni mayor de diez años.

Si el agente, por culpa da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social.

En estos casos, la pena privativa de la libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años."

Posteriormente, el 10 de junio del 2011, se modificó el artículo 387° por el Artículo 1 de la Ley N° 29703 siendo el siguiente:

"Artículo 387°. - Peculado doloso y culposo

El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza en cualquier forma, o consiente que un tercero se apropie o utilice caudales o efectos públicos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.

Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años. Si los caudales o efectos, independientemente de su valor, estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Si los caudales o efectos, independientemente de su valor, estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de desarrollo o apoyo social, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años."

El 21 de julio del 2011 se modifica por el Artículo Único de la Ley N° 29758, modificándose de la siguiente forma:

"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.

Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años.

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

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas.

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

El 26 de noviembre del 2013 se modifica el artículo 387° por el Artículo único de la Ley N° 30111, y hasta la actualidad queda redactada en los siguientes términos:

"Artículo 387. Peculado doloso y culposo

El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será

reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social.

En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa."

Por último, el Decreto Legislativo N° 1243, que modifica hasta 15 artículos del Código Penal, incluyendo entre ellos el Art. 387 referido al peculado doloso y culposo, quedando de la siguiente manera:

"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.”

Actualmente, en la legislación peruana el delito de peculado se encuentra en la sección III, correspondiente al capítulo II de los Delitos cometidos por funcionarios públicos, artículo 387 del Código Penal.

4. LEGISLACIÓN COMPARADA

4.1 CHILE (1874)

La legislación chilena regula el delito de Peculado en el Art. 233 del Código Penal chileno, el cual a la letra dice:

Art. 233°.- “El empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los sustrajere o consintiere que otro los sustraiga, será castigado:
1.º Con presidio menor en su grado medio y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si la sustracción excediere de una unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales.
2.º Con presidio menor en su grado máximo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si excediere de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta unidades tributarias mensuales.

3.º Con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si excediere de cuarenta unidades tributarias mensuales.

En todos los casos, con la pena de inhabilitación absoluta temporal en su grado mínimo a inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos”.

4.2 BOLIVIA (1972)

Artículo 142º. - (PECULADO) “El funcionario que aprovechando del cargo que desempeña se apropiare de dinero, valores o bienes de cuya administración, cobro o custodia se hallare encargado, será sancionado con privación de libertad tres a ocho años y multa de sesenta a doscientos días”.

Artículo 143º. - (PECULADO CULPOSO) “El funcionario que culposamente diere lugar a la comisión de dicho delito, será sancionado con prestación de trabajo de un mes a un año y una multa de veinte a cincuenta días”.

4.3 ARGENTINA

Artículo 261º.- “Será reprimido con reclusión o prisión de dos a diez años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que sustrajere caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo. Será reprimido con la misma pena el funcionario que empleare en provecho propio o de un tercero, trabajos o servicios pagados por una administración pública”.

4.4 MEXICO

Artículo 233º.- “Comete el delito de peculado:

Todo servidor público que para usos propios o ajenos distraiga de su objeto dinero, valores, fincas o cualquier otra cosa perteneciente al Estado, al organismo descentralizado o a un particular, si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración, en depósito o por otra causa.

El servidor público que indebidamente utilice fondos públicos u otorgue alguno de los actos a que se refiere el artículo de uso indebido de

atribuciones y facultades con el objeto de promover la imagen política o social de su persona, la de su superior jerárquico o la de un tercero, o a fin de denigrar a cualquier persona.

Cualquier persona que solicite o acepte realizar las promociones o denigraciones a que se refiere la fracción anterior, a cambio de fondos público o del disfrute de los beneficios derivados de los actos a que se refiere el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades, y

Cualquier persona que sin tener el carácter de servidor público federal y estando obligada legalmente a la custodia, administración o aplicación de recursos públicos federales, los distraiga de su objeto para usos propios o ajenos o les dé una aplicación distinta a la que se les destinó.

Al que cometa el delito de peculado se le impondrán las siguientes sanciones: Cuando el monto de lo distraído o de los fondos utilizados indebidamente no exceda del equivalente de quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito, o no sea valuable, se impondrán de tres meses a dos años de prisión, multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de tres meses a dos años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

Cuando el monto de lo distraído o de los fondos utilizados indebidamente exceda de quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito, se impondrán de dos años a catorce años de prisión, multa de trescientas a quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de dos años a catorce años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

Cuando los recursos materia del peculado sean aportaciones federales para los fines de seguridad pública se aplicará hasta un tercio más de las penas señaladas en los párrafos anteriores”.

Respecto a la legislación comparada, se puede notar que tanto en la legislación boliviana, argentina y mexicana no establece un monto mínimo para que configure el delito de peculado a diferencia de lo que se señala

en la legislación chilena, la misma que estable un monto para que configure el referido delito.

5. CONCEPTO DE PECULADO

Ahora bien, los llamados bienes del Estado o patrimonio público, como lo define Manuel ABANTO VÁSQUEZ expresa que: “(...) la noción de patrimonio público ha evolucionado desde un criterio estricto y ortodoxo que ve su objeto en los bienes del fisco o del tesoro público, pasando por la concepción que lo amplía a los bienes de los distintos entes públicos (gobierno central y dependencias, empresas públicas, organismos autónomos, organismos descentralizados, gobiernos locales y regionales e incluso, extensivamente, los procedentes de organismos internacionales, si es que van a ser aplicados a fines de servicio público o asistencia social)”⁸.

Es que, partiendo de la noción de la definición de patrimonio público, es que podremos aproximarnos a una definición del peculado. Sebastián SOLER define que: “ ...el peculado es una retención indebida calificada, y que la calificación deriva de que el abuso es cometido por funcionario público, en contra del Estado como propietario o guardián de ciertos bienes, y con abuso de función”⁹.

A decir de Fernando Vicente NUÑEZ PÉREZ expresa que: “...el objeto del peculado no reside, como se piensa, en la circunstancia de que se someten a riesgos extraños a los fines del fisco, porque la criminalidad del hecho no reside en la razón objetiva de la inexistencia de esa especie de riesgos, sino en la razón subjetiva-objetiva de la violación de la seguridad de los bienes de que disponen las administraciones públicas”¹⁰.

Para Manuel FRISANCHO APARICIO el define peculado como: “...el delito que comete el funcionario encargado de administrar bienes, ya de propiedad

⁸ Citado por ROJAS VARGAS, Fidel (2007). Delitos Contra la Administración Pública. Ob. Cit. Pág. 473.

⁹ Citado por REÁTEGUI SÁNCHEZ, James (2015). Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal. JURISTA EDITORES. Lima-Perú. Ob. Cit. Pág. 410.

¹⁰ Citado por REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Ob. Cit. Pág. 410.

del Estado o de particulares, pero puestos bajo administración estatal, apropiándose de ellos o usándolos indebidamente”¹¹.

De lo antes indicado se puede colegir que el Peculado, es cometido necesariamente por un agente especial, en este caso el funcionario o servidor público que tiene a su cargo velar por la custodia y administración de bienes que provienen de fondos públicos, de los cuales hace un uso indebido sustrayéndolos o utilizándolos obteniendo un provecho económico para sí mismo.

A decir de James REATEGUI SÁNCHEZ: “El peculado es el tipo penal que sanciona la deficiente administración de los fondos públicos. Es la mala disposición de los caudales o efectos por parte de quien tiene facultades de hacerlo, precisamente por ocupar el cargo público. El punto está en que también se sanciona al inexperto e incapaz (culposo) funcionario público que no se dio cuenta que otro (funcionario o no) se apropie-utilice los caudales o efectos públicos. Sin embargo, en el delito de malversación de fondos también es una especie de mala administración de fondos públicos pero la diferencia con el peculado, es que en aquel los fondos se desvían a un destino distinto del que tenían inicialmente pero dentro del marco de la administración pública. En cambio el peculado se produce un desvío de los fondos pero situado fuera de la administración pública, porque tienen como objetivo que los fondos representen un provecho económico en el mismo funcionario o de un tercero ”¹².

Luis Alberto BRAMONT-ARIAS TORRES y María del Carmen GARCÍA CANTIZANO; señalan que: “En los delitos patrimoniales como el hurto, robo, estafa, etc., el bien jurídico tutelado de manera general es el patrimonio, entendiéndose que está constituido por la suma de valores económicos puestos a disposición de una persona, bajo la protección del ordenamiento jurídico”¹³.

¹¹ FRISANCHO APARICIO, Manuel (2008). Delitos contra la Administración Pública. EDITORA FECAT. Segunda Edición. Lima-Perú. Pág. 327

¹² REATEGUI SÁNCHEZ, James (2014). Delitos cometidos por Funcionarios en contra de la Administración Pública. Pág. 233.

¹³ Citado por REATEGUI SÁNCHEZ, James. Ob. Cit. Pág. 234.

En este delito se prefiere utilizar los términos apropiados o utiliza, en relación al verbo rector de sustraer como mayormente se emplea en el delito de hurto, paralelamente James REÁTEGUI señala que: “El comportamiento típico criminalizado mediante el delito de peculado es el hecho de apropiarse o utilizar caudales o efectos pertenecientes a la administración pública y darle a los mismos un fin distinto previsto desde un comienzo”¹⁴; empero ROJAS VARGAS expresa que: “Se aparta así de las fórmulas españolas y francesas que emplean el término ‘sustraer’”¹⁵.

Es en ese entender por qué la relación que se desencadena del peculado y los delitos contra el patrimonio como el hurto y la apropiación ilícita.

6. DIFERENCIA DEL DELITO DE PECULADO RESPECTO A OTROS DELITOS

6.1 HURTO Y PECULADO

El hurto y el delito de peculado son delitos de naturaleza distinta, sin embargo, éstos tienden a confundirse.

En cuanto al delito de hurto, según James REÁTEGUI expresa que: “La acción típica consiste en apoderarse ilegítimamente de un bien mueble. Esto comprende: (i) el desplazamiento físico de la cosa del ámbito del poder patrimonial del tenedor- de su esfera de posesión – a la del sujeto activo; (ii) la realización material de actos posesorios, de disposición sobre la misma. Ahora bien el apoderarse implica adueñarse de un bien, ocuparlo, ponerlo bajo su poder, luego de haberlo sustraído del lugar donde se encontraba”¹⁶.

Así, también Julio BERNAL CAVERO señala que: “Cuando en la forma del delito de hurto se emplea el verbo ‘apoderarse’, debe entenderse como una acción típica inherente al hurto, que consiste en la posibilidad de realizar materialmente sobre el bien actos dispositivos, posibilidad que

¹⁴ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James (2015). Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal. JURISTA EDITORES. Lima-Perú. Pág. 410.

¹⁵ ROJAS VARGAS, Fidel (2007). Delitos Contra la Administración Pública. Pág. 478-479.

¹⁶ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James (2015). Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal. Pág. 421.

carecía antes de la acción porque el bien se encontraba en poder de otra persona, fuese propietario o simplemente tenedor o poseedor”¹⁷.

Es indispensable determinar que el modo de comisión del delito de hurto se da a través de la sustracción del bien, de la esfera del propietario, poseedor o tenedor; que se haya apoderado del bien de manera ilegítima, y que realizar actos dispositivos sobre el mismo, lo cual difiere completamente de la figura de peculado.

En cuanto al delito de Peculado ABANTO VÁSQUEZ señala que: “El tipo penal se verifica a través de la utilización de caudales o efectos del Estado. La utilización supone una previa separación del bien de la esfera pública de custodia y una aplicación privada temporal de los bienes sin consumirlos, es decir la utilización implicaría desviar de manera temporal el destino de determinados bienes del Estado, o sea bienes que tienen como destino el cumplimiento de una función pública, se destinan a determinados trabajos de carácter privado”¹⁸.

En cuanto al término de “sustraer” que es tan cuestionado al referirse a un delito de peculado, teniendo en consideración que nuestro mismo ordenamiento lo señala expresamente en el cuarto párrafo del art. 387 del Código Penal: “ (...) *Si el agente por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimida con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas*” (...); equiparando estos verbos rectores.

6.2 APROPIACIÓN ILÍCITA Y PECULADO

También se puede apreciar un aspecto similar entre el delito de peculado y la apropiación ilícita, es así que José Antonio CARO JOHN ejemplifica: “Un ejemplo de los delitos especiales lo constituye la apropiación indebida (art. 190 CP) que sólo lo puede cometer el depositario,

¹⁷ Citado por REÁTEGUI SÁNCHEZ, James (2015). Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal. Ob. Cit. Pág. 422.

¹⁸ Citado por REÁTEGUI SÁNCHEZ, James (2015). Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal. Ob. Cit. Pág. 422-423.

comisionista o administrador. Si bien en este caso tanto el depositario como el comisionista y el administrador tienen la obligación de entregar, devolver o hacer un uso determinado de un bien mueble, no por eso son 'obligados especiales' en el sentido de los delitos de infracción de deber, porque la obligación a que se refiere el tipo no se basa en ninguna institución, ni se deriva de ningún deber positivo, es decir, el autor no se encuentra en una relación institucional con el bien mueble puesto bajo su esfera jurídica, sino solamente en una relación jurídica de organización que surge del acuerdo previo entre el titular del bien y la persona que asume voluntariamente la calidad especial de depositario, comisionista o administrador. Sin embargo, no ocurre lo mismo, por ejemplo, si en otro contexto similar es el funcionario público el que se apropia de los caudales a él confiados en razón de su cargo para la administración o custodia (peculado, art. 387 CP). Aquí entre el funcionario y los caudales situados en su esfera jurídica existe una relación de corte institucional que lo sujeta a un mundo en común donde actúa como portador del deber positivo de administrar y custodiar los bienes del Estado en un nivel de seguridad ajeno de peligros y lesiones. La Administración Pública como una institución estatal elemental se hace presente ante las personas para cubrir sus expectativas precisamente a través del servicio que prestan sus funcionarios. En este sentido el aseguramiento de estas expectativas se sitúa en la primera línea del deber del funcionario. Por esta razón los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos, como pueden ser los jueces, fiscales, miembros de las fuerzas armadas y policiales, alcaldes, congresistas, etc. (en general aquellos comprendidos en las disposiciones comunes del art. 425 CP) no deben ser calificados como simples 'delitos especiales' porque el ilícito cometido por ellos no tiene nada que ver con la realización de una simple descripción típica de las cualidades de la persona y de la acción, sino que más bien se relaciona con la infracción de un deber asegurado institucionalmente que impone a los funcionarios y autoridades la observancia de las normas estatales para una correcta administración de las funciones públicas"¹⁹.

¹⁹ CARO JOHN, José Antonio. [En Línea]. Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber. Artículo alojado en el Anuario de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad de Fribourg (Suiza) Disponible en < http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_06.pdf >. Consulta [15/02/2017]. Pág. 09.

6.3 MALVERSACIÓN Y PECULADO

En el Exp. 1524-1998, Ejecutoria Suprema emitida el 12 de julio de 1999, muestra diversas características en cuanto al delito de peculado y malversación.

“El delito de peculado es diferente al de malversación. El primero, sanciona al funcionario o servidor público que se apropia o utiliza para sí o para otros caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le está confiado por razón de su cargo; mientras que el delito de malversación se configura cuando el funcionario o servidor público da al dinero o bienes que administra una aplicación diferente a aquella a la que están destinados; tratándose de dos figuras delictivas distintas que sancionan la conducta ilícita penal de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones”.

Así como en el R. N. 834-2007, Ejecutoria Suprema emitida el 1 de abril de 2008:

“(…) [la diferencia se encuentra en] que se habría apropiado o utilizado, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le fueron confiados por razón de su cargo (Peculado) o que habría dado al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados (Malversación de Fondos)”.

En cuanto a estos tipos penales, la diferencia radica en la apropiación u utilización en beneficio personal del funcionario o en beneficio de terceros, cuyos caudales y efectos que se encontraban bajo la administración, percepción y custodia de aquel funcionario; y en cuanto a la malversación de fondos, se entiende por la desviación de estos fondos propios para una determinada actividad hacia otra.

7. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

Los elementos materiales del tipo, como señala el fundamento 7 del Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116²⁰ Y Fidel ROJAS VARGAS²¹ son los siguientes:

a) Existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos

No cualquier funcionario o servidor puede realizar el delito de peculado, es necesario que el comportamiento típico de apropiarse o utilizar, estén en posesión del sujeto activo, debiendo estar inmerso en sus deberes o atribuciones de su cargo, si no se da esta vinculación este hecho será atribuido a título de hurto o apropiación ilícita; así como la posesión de los caudales o efectos de la que goza el funcionario o servidor debe basarse en el ámbito de competencia del cargo determinado.

El ámbito de la relación funcional pasa a ser así el más importante componente típico del delito de peculado, pudiendo ser resumido en: i) Competencia por razón de cargo para percibir, administrar o custodiar; ii) Relación de confianza de la administración pública asumidos institucionalmente por dicho sujeto en virtud a las atribuciones de su cargo; iii) Poder de vigilancia y cuidado sobre los caudales o efectos; y, iv) Deber de garantizar la posesión a nombre del Estado.

²⁰ 7. Es necesario tener en cuenta los comportamientos típicos que la norma en análisis nos señala a efectos de limitar o restringir la relevancia penal de los actos del delito de peculado. La norma, por consiguiente, al describir la acción dolosa utiliza dos supuestos para definir los comportamientos típicos del sujeto activo:

apropiar o *utilizar*, los mismos que deben contener ciertos elementos para su configuración; estos son, en tal virtud, los elementos materiales del tipo penal: a. *Existencia de una relación funcional* entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos. b. *La percepción*, no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita. *La administración*, que implica las funciones activas de manejo y conducción. *La Custodia*, que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos. c. *Apropiación* o utilización. En el primer caso estriba en hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso: *utilizar*, se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero. d. El destinatario: *para sí*. El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. *Para otro*, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero. e. *Caudales y efectos*. Los primeros, son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos, son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables.

²¹ ROJAS VARGAS, Fidel (2007). Delitos Contra la Administración Pública. *Ibíd.* Pág. 483-500.

b) La percepción, administración y custodia

La posesión del bien que ejerce el funcionario público o servidor público sobre los caudales o efectos, se da en tres formas:

b.1) Percepción: Recepción caudales o efectos de procedencia diversa, pero siempre lícita.

b.2) Administración: Posesión confiada al funcionario o servidor, que va desde funciones de manejo y conducción.

b.3) Custodia: Protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales o efectos públicos.

c) Modalidades delictivas: “apropia o utiliza”

No puede haber apropiación o utilización propia de peculado si no hay relación funcional entre el sujeto activo y el objeto.

d) El destinatario: “para sí o para otro”

El sujeto activo puede actuar ilícitamente por cuenta propia, aprovechándose de los bienes para obtener un beneficio propio o puede cometer el hecho delictivo para favorecer a otras personas, dando a entender que este delito no sólo se agota con el sujeto activo, sino que también puede comprometer a una tercera persona.

e) El objeto material del Delito: Los caudales o efectos

Los caudales son bienes fiscalizados o aprehensibles con valor económico propio (dinero).

Los efectos se designan a los objetos, documentos y símbolos con representación económica. Ejem. Material de oficina, documentos, giros postales.

De lo que podemos concluir que necesariamente debe darse el cabal cumplimiento de cada uno de los elementos materiales del tipo de peculado, que va desde la existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos, la custodia y/o administración, apropiación y/o utilización, provecho para sí o para otro, y el objeto de

la acción, ya que, si faltase alguno, este hecho podría obtener una calificación jurídica distinta a la que corresponde.

8. MODALIDADES DEL DELITO DE PECULADO (TIPICIDAD OBJETIVA)

8.1 PECULADO DOLOSO Y CULPOSO

El tipo penal del artículo 387^{o22} regula el delito de peculado tanto en su modalidad dolosa como culposa. De este modo se dan los verbos rectores “apropiar” y utilizar”.

8.1.1 Peculado por apropiación

Comete peculado por apropiación el funcionario o servidor público que se apropia, en cualquier forma, para sí o para otros de caudales o efectos, cuya administración y custodia se le fue confiado por la razón de su cargo.

Se encuentra regulado en el art. 387° del Código Penal: *“El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa”.*

Silfredo Jorge HUGO VIZCARDO expresa que:” Se trata de un delito especial propio, que sólo admite como sujeto intraneus al

²² 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.

tipo, al funcionario o servidor público, que en estricta relación funcional con los bienes que la norma refiere, realiza la conducta típica”²³.

En este artículo se señala la modalidad de apropiar como la de utilizar, configurándose ambas como formas de concretizar el peculado doloso.

En cuanto al peculado por apropiación el jurista SALINAS SICCHA refiere que: “Se configura el delito de peculado por apropiación cuando el agente se apodera, adueña, atribuye, queda, apropia o hace suyo los caudales o efectos del Estado que le han sido confiados en razón del cargo que desempeña al interior de la administración pública para percibirlos, custodiarlos o administrarlos. El agente obra con *animus rem sibi habendi*. El beneficiario con el apoderamiento puede ser el autor del hecho que siempre será funcionario o servidor público o en su caso, un tercero que, como veremos, puede ser tanto un funcionario o servidor público como una persona ajena a la administración”²⁴.

Manuel ABANTO señala que: “La conducta de funcionario pecudador se constituye en una apropiación *sui generis*. Él no sustrae los bienes, ellos ya están en su poder de disposición en función del cargo que desempeña. El sujeto simplemente no administra los bienes aplicándolos a la función pública para el que están destinados, sino dispone de ellos como si formaran parte de su propio y exclusivo patrimonio”²⁵.

²³ HUGO VIZCARDO, Silfredo Jorge (2016). El Delito de Peculado. Artículo alojado en la Gaceta Penal & Procesal Penal: Delitos Contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos. EDITORIAL Gaceta Jurídica S.A. Lima-Perú. Pág. 262.

²⁴ SALINAS SICCHA, Ramiro (2013). El Delito de Peculado en la Legislación, jurisprudencia y Doctrina Peruana. Artículo alojado en el libro Delitos Contra la Administración Pública. EDITORIAL MORENO S.A. Lima-Perú. Pág. 338-339.

²⁵ Citado por SALINAS SICCHA, Ramiro (2013). El Delito de Peculado en la Legislación, jurisprudencia y Doctrina Peruana. Ob. Cit. Pág. 339.

ROJAS VARGAS argumenta que: “apropiarse es hacer suyo los caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera funcional de la administración pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. La forma de apropiación puede recaer tanto en actos materiales de incorporación de los caudales o efectos públicos al patrimonio del autor, acrecentando su masa patrimonial, como en actos de disposición inmediata (venta, alquiler, préstamo, uso con ánimo de propietario, entrega a terceros, donaciones, etc.). En general, puede materializarse en numerosos actos que, como expresión de poder del funcionario o servidor público, impliquen actividad comercial que ponga de manifiesto la ilícita disposición del patrimonio público que realiza el sujeto activo en el ámbito concreto de la apropiación, no obviamente cuando la vinculación entre sujeto activo y caudales o efectos se halle en un contexto de agotamiento”²⁶.

Es claro que el funcionario público que comete peculado por apropiación no sustrae los bienes que le fueron confiados, sino que se apropia de ellos como si fueran suyos; asimismo, el sujeto activo necesariamente debe tener la vinculación de administración de los bienes apropiados.

8.1.2 Peculado por utilización

Dentro de las modalidades del peculado doloso, se encuentra el peculado doloso por utilización y ROJAS VARGAS expresa que: “La modalidad de peculado por utilización se configura cuando el agente usa, emplea, aprovecha, disfruta o se beneficia de los caudales y efectos públicos, sin el propósito de apoderarse del bien. En el agente no hay ánimo o propósito de quedarse o adueñarse, sino simplemente de servirse del bien público en su propio beneficio o en beneficio de tercero”²⁷.

²⁶ Citado por SALINAS SICCHA, Ramiro (2013). El Delito de Peculado en la Legislación, jurisprudencia y Doctrina Peruana. Ob. Cit. Ídem.

²⁷ Citado por SALINAS SICCHA, Ramiro (2013). El Delito de Peculado en la Legislación, jurisprudencia y Doctrina Peruana. Ob. Cit. Pág. 340.

ABANTO VÁSQUEZ señala que: “Esto presupone una previa separación del bien de la esfera pública de custodia y darle una aplicación privada temporal sin consumirlos, para retornarlo enseguida a la esfera de la administración pública”²⁸.

Ramiro SALINAS precisa que: “(...) en el artículo 388° del Código penal encontramos el peculado de uso que muchos podemos pensar que es idéntico al peculado en su modalidad de utilizar del artículo 387° del Código Penal. Sin embargo, la diferencia salta con una sola lectura de ambos tipos penales. En efecto el artículo 387° se refiere a utilizar efectos o caudales públicos, en tanto que en el artículo 388° se refiere a usa vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo perteneciente a la administración pública. En consecuencia, se aplicará el artículo 387° siempre que los bienes públicos no estén representados por los instrumentos de trabajo de la administración. Si estos son los objetos del delito, se aplicará el artículo 388°²⁹.

Para Francisco CHIRINOS SOTO: “el artículo incurre en la misma exageración que su precedente –el artículo 346° del código anterior- cuando reprime también a quien ‘utiliza’ y no solamente a quien se apropia. Si bien en el caso de dinero es absolutamente inadmisibles toda utilización de los fondos públicos en finalidad diversa a aquella para la cual están destinados, no puede adoptarse actitud tan radical respecto de otros bienes que, eventualmente, pueden ser utilizados sin ánimo de apropiación. Esa utilización, si es circunstancial y transitoria, no puede incorporarse a la gravedad de la apropiación(...)”³⁰.

ROJAS VARGAS agrega que: “En otro aspecto nos parece una exageración del legislador haber equiparado la figura del peculado

²⁸ Citado por SALINAS SICCHA, Ramiro (2013). El Delito de Peculado en la Legislación, jurisprudencia y Doctrina Peruana. Ob. Cit. Pág. 340.

²⁹ Citado por SALINAS SICCHA, Ramiro (2013). El Delito de Peculado en la Legislación, jurisprudencia y Doctrina Peruana. Ob. Cit. Pág. 340.

³⁰ CHIRINOS SOTO, Francisco (2014). Código Penal- comentado, concordado, anotado, sumillado, jurisprudencia, normas complementarias. Editorial RODHAS SAC. Primera Edición. Lima- Perú. Pág. 1289.

doloso por apropiación con la figura del peculado doloso por utilización y sancionarlo con la misma pena. No es lo mismo apropiarse de los bienes de la administración pública que es solo usarlo para luego ser devueltos y continúen siendo de la administración pública”³¹.

Esta forma de peculado refiere sólo a la utilización de efectos y caudales, el sujeto activo no tiene el propósito de apropiarse de algún bien, así es que los utiliza y los retorna inmediatamente a la esfera de la administración pública.

8.1.3 Peculado Culposos

En el artículo precedente, el legislador ha tipificado la modalidad culposa en su penúltimo párrafo, sancionando dicho actuar con una pena privativa de libertad no mayor de dos y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas.

Nuevamente HUGO VIZCARDO señala que: “Las formas culposas requieren un resultado típico, no querido por el agente, pero sí posible de prever, derivado de una violación del deber de prudencia y socialmente exigido a sus elementos componentes.”³²

El Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116 en su fundamento 8 señala: *“8. Respecto a la conducta culposa, es de precisar que dicha figura no está referida a la sustracción por el propio funcionario o servidor público de los caudales o efectos, se hace referencia directamente a la sustracción producida por tercera persona, aprovechándose del estado de descuido imputable al funcionario o servidor público. Es decir, se trata de una culpa que origina (propiciando, facilitando, permitiendo de hecho) un delito doloso de tercero; sea que lo sustrajo con la intención de apropiación o de utilización, sea que obtuvo o no un provecho. El tercero puede*

³¹ Citado por SALINAS SICCHA, Ramiro (2013). El Delito de Peculado en la Legislación, jurisprudencia y Doctrina Peruana. Pág. 341.

³² HUGO VIZCARDO, Silfredo Jorge (2016). El Delito de Peculado. Artículo alojado en la Gaceta Penal & Procesal Penal: Delitos Contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos. EDITORIAL Gaceta Jurídica S.A. Lima-Perú. Pág. 268-269.

ser un particular u otro funcionario o servidor público que no tenga la percepción, administración o custodia de los bienes sustraídos, no se castiga la sustracción de caudales o efectos, sino el dar lugar culposamente a que otro lo sustraiga dolosamente”.

El penúltimo párrafo del Artículo 387° del Código Penal castiga, por así decirlo, la imprudencia o descuido del funcionario o servidor público, de la apropiación o utilización de un tercero de los caudales y efectos que estaban bajo la custodia del funcionario imprudente.

Además, el Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116 en su último fundamento añade los componentes típicos del delito de peculado culposo.

“9. En el peculado culposo debe tenerse en cuenta: ‘la sustracción y la culpa del funcionario o servidor público’ como elementos componentes típicos de esta figura penal, describiéndolas como:

a) La sustracción. *Entendiéndosela como el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la administración pública, por parte de un tercero, que se aprovecha así del estado de culpa incurrido por el funcionario o servidor público.*

b) La culpa del funcionario o servidor público. *Culpa es un término global usado para incluir en él todas las formas conocidas de comisión de un hecho, diferentes al dolo, la fuerza mayor y el caso fortuito. Habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando éste no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones (la culpa del peculado se refiere exclusivamente a sustracciones, no al término impreciso de pérdidas) vale decir cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público”.*

8.1.4 Peculado doloso y agravantes

El Recurso de Nulidad N° 3790-2008, Ejecutoria Suprema emitida el 2 de marzo de 2010 expone que:

“(...) el delito de peculado se configura cuando el sujeto activo — funcionario o servidor público— 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; la particularidad de este delito es que tanto el objeto de percepción, administración o custodia son los caudales o bienes pertenecientes al Estado y además el deber positivo se origina en base a una relación funcional específica por razón del cargo encomendado, por ello, no cualquier funcionario o servidor público puede incurrir en delito de peculado, sino que es necesario, para que opere el comportamiento típico de apropiarse o utilizar, que los bienes se hallen en posesión del sujeto activo en virtud a los deberes o atribuciones de su cargo (...)”

En el Exp. 010-2001, sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de fecha 29 de mayo de 2003 se señala:

“(...) en el peculado doloso (...) el objeto de esa figura delictiva son los caudales y los efectos, los primeros son los bienes en general dotados de valor económico (incluye el dinero); mientras que los segundos son documentos de crédito negociables emanados del Estado. Pero no solo eso, además deben ser públicos, esto es, aportados por el Estado o sus organismos autónomos”.

El tipo penal agrega que constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos sobrepasan las 10 UIT (Unidad Impositiva Tributaria³³), vendría a ser que, si el funcionario o servidor público se apropiara de más de S/. 40,500 soles, configuraría la modalidad de peculado doloso agravado, aumentándose la pena

³³ Decreto Supremo N°353-2016-EF que señala: “Durante el año 2017, el valor de la Unidad Impositiva Tributaria (UIT) como índice de referencia en normas tributarias será de Cuatro Mil Cincuenta y 00/100 Soles (S/ 4 050,00)”.

de 08 a 12 años y con prestación de servicio comunitario de 365 a 730 días-multa.

SALINAS SICCHA indica que: “El fundamento de la agravante radica en el mayor perjuicio que puede producirse al agraviado. El principio de lesividad justifica que, a mayor afectación patrimonial a los recursos del Estado, mayor sea la sanción punitiva que se imponga a los agentes públicos que violentando sus deberes funcionales cometen este tipo de conductas ilícitas. De verificarse esta agravante, el agente será sancionado con una pena que oscila entre no menor de 8 ni mayor de doce años de pena privativa de la libertad ambulatoria. La agravante, sin duda, está destinada en forma prioritaria a aquellos funcionarios públicos que ocupan cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas estatales”³⁴.

Asimismo, en el mismo artículo 387° prevé cuando los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social, la pena sería igual al del peculado doloso agravado (08 a 12 años y con prestación de servicio comunitario de 365 a 730 días-multa).

Fidel ROJAS VARGAS señala como fines asistenciales que: “Son aquellas campañas de ayuda o auxilio destinadas a cubrir urgencias coyunturales de la población necesitaba (en salud, educación, alimento, abrigo, etc.), ya sea mediante la asignación de recursos que hace el Estado con las donaciones de organismos nacionales o internacionales. La expresión programa de apoyo social hace alusión a programas de carácter más permanente y con asignación presupuestaria para paliar las carencias socioeconómicas en la población mayormente de menos recursos”³⁵.

³⁴ SALINAS SICCHA, Ramiro (2013). El Delito de Peculado en la Legislación, jurisprudencia y Doctrina Peruana. Pág. 373.

³⁵ Citado por SALINAS SICCHA, Ramiro (2013). El Delito de Peculado en la Legislación, jurisprudencia y Doctrina Peruana. Pág. 374.

Jorge ARMAZA GALDÓS y Fernando ZAVALA TOYA exponen que: “En suma, el delito de peculado doloso agravado requiere: a) que los procesados hayan actuado en su calidad de funcionario o servidores públicos; b) que la custodia o la administración de lo apropiado o utilizado, se les haya confiado en razón de sus cargos; c) que los caudales o efectos objeto de la acción hubiesen estado destinado a programas de apoyo social; d) que se produzca apropiación o utilización para sí o para otros de los caudales o efectos públicos (...)”³⁶

Se tiene en cuenta dos aspectos para que se configure el delito de peculado doloso agravado, si los bienes materia de apropiación sobrepasan las 10 UIT, puesto que este monto monetario constituiría un perjuicio mayor al Estado, y en cuanto al destino de los caudales, es decir, si estos iban destinados para programas de apoyo social, también se estaría configurando el delito de peculado agravado, debido a la situación en la que se produce la apropiación de estos caudales y efectos que debían ser correctamente administrados por el funcionario o servidor público a cargo, en beneficio de la comunidad afectada.

8.2 PECULADO DE USO

El delito de Peculado de Uso se encuentra tipificado en el Art. 388 del Código Penal que a la letra dice: *“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 36³⁷; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-*

³⁶ Citado por SALINAS SICCHA, Ramiro (2013). El Delito de Peculado en la Legislación, jurisprudencia y Doctrina Peruana. Pág. 375.

³⁷ "Artículo 36 del Código Penal. - Inhabilitación

La inhabilitación producirá, según disponga la sentencia: 1. Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular; 2. Incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público; (...) 8. Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras

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.”

Para James REATEGUI: “El delito de peculado de uso de vehículos o instrumentos de trabajo, previsto en el artículo 388°, es adecuado a criterios de fragmentariedad y falta de imputación objetiva del resultado. Del mismo modo que en el caso anterior, no se puede distraer los limitados recursos del sistema, en casos del sistema, en casos de bagatela o en los que el uso privado del bien, no genere una grave afectación del servicio o la función encomendada”³⁸.

Según Elky Alexander VILLEGAS PAIVA: “El peculado de uso, también denominado peculado por distracción, se perfecciona cuando el funcionario o servidor público, para fines privados o particulares hace uso o permite que un tercero utilice vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo del Estado confiados a él en razón del cargo que desempeña al interior de la Administración Pública. Además de ello, por disposición del segundo párrafo del mencionado artículo 388 del CP peruano, el delito en comento también se configura cuando el contratista de obra pública o sus empleados, para fines privados o particulares, usa o permite que un tercero utilice vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo del Estado o dependencia pública que se halla bajo su guarda o cuidado”³⁹.

Encontrándose en este caso la figura que el funcionario o servidor público hace un uso indebido de los bienes que se le han confiado bajo su custodia, para utilizarlos en provecho propio o de un tercero, tales bienes tienen las características de ser automóviles o cualquier otro que sirva para realizar determinadas actividades por el sujeto activo.

distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito”.

³⁸ REATEGUI SÁNCHEZ, James (2014). Delitos cometidos por Funcionarios en contra de la Administración Pública. Pág. 328.

³⁹ VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander (2016). El delito de peculado de uso. Artículo alojado en la Gaceta Jurídica-Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos. Primera Edición. Editorial GACETA JURIDICA S.A. Lima-Perú. Pág. 325.

Como se señala en la Recurso de Nulidad N°1269-2009-Puno de fecha 10 de agosto del 2010: *“El delito de peculado de uso es un delito de infracción de deber, puesto que contiene deberes positivos que implican- en el actuar- no solo tratar de no dañar el bien jurídico protegido, sino acrecentar su buen funcionamiento; es decir, se protegen deberes positivos, por lo que necesita una relación funcional de cuidado respecto al funcionario y los vehículos pertenecientes al Estado para que se configure el delito, aunado el uso distinto del que está destinado. Este deber positivo y vinculación funcional del encausado con el vehículo de la municipalidad ha sido existente y probado en el presente caso”*.

8.2.1 Usar o permitir usar

Se establece una de las modalidades para la configuración del peculado culposo, como lo sostiene Fidel ROJAS VARGAS: “Usar o permitir dolosamente que otro utilice dichos bienes para fines ajenos al servicio es la fórmula legal que condensa la conducta típica del delito de peculado de uso específico y que centra la ilicitud del comportamiento en determinar que el uso doloso se ha concretado en áreas distintas al de la función o servicio, para el cual los vehículos, máquinas o instrumental están reservados”⁴⁰.

Así bien, ROJAS VARGAS agrega: “Se nota claramente la finalidad preventiva de esta formulación legal y hacia donde apunta el mensaje comunicativo de la misma. Todo uso ilegal de bienes públicos que por sus características no ingrese en este tipo penal será reconducido por la fórmula básica del peculado por utilización del artículo 387”⁴¹.

Esta modalidad se configura cuando el agente usa o emplea vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo perteneciente a la administración pública, no encontrándose el propósito y/o intención de apropiarse de los mismos, sino gozar de

⁴⁰ ROJAS VARGAS, Fidel (2016). Manual Operativo de los Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos. Primera Edición. Editorial NOMOS & THESIS E.I.R.L. Lima-Perú. Pág. 273.

⁴¹ Ibídem. Pág. 273-274.

ciertos bienes en su beneficio o de un tercero, los cuales no se consumen u agotan por esta utilización indebida.

8.3 PECULADO POR EXTENSIÓN O PECULADO IMPROPIO

Se encuentra regulado en el artículo 392° del Código Penal: *“Están sujetos a lo prescrito en los artículos 387° a 389°, los que administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares, los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, así como todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social”*.

De lo cual, el jurista Jorge PÉREZ LÓPEZ expone que: “El ilícito penal de ‘peculado por extensión’, también denominado ‘peculado y malversación impropios’, se encuentra tipificado en el artículo 392 del Código Penal. Dicha norma amplía la tipicidad de los delitos de peculado doloso, peculado culposo, peculado de uso y malversación a un mayor círculo de sujetos que se equiparan a título de autoría de los sujetos públicos. Este tipo penal considera a un número determinado de particulares que no son administrativamente funcionarios o servidores públicos (vale decir no poseen nombramiento ni elección como tales) como sujetos activos, comprendiendo también el patrimonio particular, como objeto del delito”⁴².

PÉREZ LOPEZ expresa que “Por disposición expresa del tipo penal, también pueden ser sujetos activos del delito de malversación de fondos públicos aquellos que administren o custodien dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares, los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, así como todas las personas o representantes legales de

⁴² PÉREZ LÓPEZ, Jorge (2016). El Delito de Peculado. Artículo alojado en la Gaceta Penal & Procesal Penal: Delitos Contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos. EDITORIAL Gaceta Jurídica S.A. Lima-Perú. Pág. 359.

personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social”⁴³.

ROJAS VARGAS señala que tratar de buscar equiparamiento de tipicidad con la figura del artículo 389⁴⁴ del Código Penal.

En este caso no se hablaría expresamente de una condición especial del agente, sólo que estos administren o custodien bienes pertenecientes a entidades benéficas, que por orden emanada de autoridad competente asumen estos roles.

Siendo esto contradicho por la Sala Penal Permanente Recurso de Nulidad N° 3102-2004 Santa- Lima del diez de febrero de dos mil cinco expresa lo siguiente:

“(...)que si bien, conforme al artículo 389 del código penal el delito de malversación requiere que el sujeto activo sea un funcionario o servidor público que administra concretos causales públicos, calidad que desde luego no tiene el imputado, pues es un padre de familia sin ningún vínculo con el estado; empero, el artículo 392 del Código Penal, en su texto fijado por la ley 23198, del trece de junio de mil novecientos noventa y tres, reiterado por el nuevo texto introducido por la ley veintiocho mil ciento sesenta y cuatro, del diez de enero dos mil cuatro, incorporó una figura extensiva en relación con dicho tipo penal, de malversación por extensión, en cuya virtud también comete este delito "...todas aquellas personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o programas de apoyo social"; que, siendo así, la conducta ejecutada por el imputado en función a su situación personal está incurso en dicho artículo 392 del código penal en concordancia con el artículo 389 del mismo código, lo que en modo

⁴³ Citado por PÉREZ LÓPEZ, Jorge (2016). El Delito de Peculado. Ob. Cit. Pág. 361.

⁴⁴ Artículo 389. Malversación

El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.

Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa.

alguno importa infracción institucional en tanto que dicho tipo penal tutela el patrimonio estatal identificando concretamente a un individuo en función a un hecho concreto y a una circunstancia claramente definida en relación a claros deberes de custodia o administración circunscritos a puntuales modalidades de apoyo asistencial o social que las fórmulas extensivas en los delitos funcionales no vulneran los principios de legalidad y lesividad, e igualmente no son irrazonables o desproporcionadas.”

MUÑOZ CONDE, señala que “no hay ninguna duda en asimilar a la malversación a los que se hallaren encargados de fondos o rentas pertenecientes a la administración pública o de caudales o efectos públicos, por cuanto, aun siendo particulares tales encargados, la importancia de dichos bienes es notoria y su carácter público es indiscutible. De este modo se pretende dar una mayor protección a las decisiones de la autoridad, al constituir dichos estados posesorios”⁴⁵.

9. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

La naturaleza de tipo de peculado exige la presencia de un sujeto activo específico (intraneus). Así la norma expresa que el agente o servidor público que realiza la acción típica.

Según Silfredo Jorge Hugo Vizcardo menciona que: “La discusión se ha trasladado a la definición penal del “funcionario público”, concepto que se torna decisivo a la hora de interpretar los diferentes supuestos típicos. ⁴⁶

En cuanto a la autoría y participación para cometer este tipo de delito, debe darse necesariamente la concurrencia de estos dos elementos. El elemento subjetivo que comprende al funcionario o servidor público, que necesariamente deben estar ligados funcionalmente al Estado.

En el Expediente 011-2001(sentencia) emitido por la Segunda Sala Superior Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de fecha el 8 de agosto de 2006 señala: *“La base para definir la autoría y la participación*

⁴⁵ Citado por PÉREZ LÓPEZ, Jorge (2016). El Delito de Peculado. Ob. Cit. Pág. 362.

⁴⁶ HUGO VIZCARDI, Silfredo Jorge (2016). El Delito de Peculado. Artículo alojado en la Gaceta Penal & Procesal Penal: Delitos Contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos. Pág. 254.

en los delitos especiales debe seguir la teoría de la unidad del título de imputación, donde autor del hecho solamente podrá ser el intraneus, los extraneus participantes siempre serán partícipes del delito especial, hayan tenido o no dominio o con dominio funcional del hecho”.

El Primer Pleno Jurisdiccional Distrital en Materia Penal de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica emitido el 23 de octubre de 2008 expone que: *“Los particulares sí pueden ser cómplices del delito de Peculado, debido a que auxilian o colaboran con los funcionarios o servidores públicos que están vinculados funcionalmente por razón de cargo con los caudales o efectos públicos, responden a título de complicidad.*

El procesamiento penal de un particular por delito de Peculado en calidad de partícipe sí puede ser considerado como cómplice en el delito de Peculado y en cualquier otro delito contra la Administración Pública, aun no detente la calidad de funcionario o servidor público, por cuanto no resulta vulneratorio al principio de legalidad penal (Lex stricta) ni colisiona con el sistema de valores consagrada en la Constitución política del Estado”.

El Recurso de Nulidad N°3203-2002, Ejecutoria Suprema emitida el 14 de noviembre de 2003 expresa lo siguiente:

“(…) título de imputación que ha sido acogido por la Corte Suprema al establecer que (...) la participación del extraneus a título de complicidad en los delitos especiales está dada por el título de imputación, por lo que, la conducta de todos los intervinientes en el evento delictivo autores y cómplices, deben ser enmarcados en el mismo nomen juris delictivo, por lo que el argumento de que su conducta debe ser enmarcada en un delito común homologable, no solo es inconsistente, sino que implica la afectación al título de imputación y la inobservancia del principio de accesoriidad limitada (...)”.

En el Expediente 010-2001, sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de fecha 29 de mayo de 2003 señala la calidad de cómplice en el delito de peculado: *“(…) ‘es la persona que dolosamente presta auxilio para la realización del hecho punible, sin el*

cual no se hubiera perpetrado', lo que importa un conocimiento pleno del cómplice de la acción del autor (...)".

10. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

El delito de peculado se consume conforme lo refiere ABANTO VÁSQUEZ: "La consumación se da no sólo con la simple sustracción, sino con el uso del bien como si el sujeto activo fuese el propietario. Por esta razón puede existir tentativa. Si además se exige 'perjuicio patrimonial' en la modalidad de 'apropiación', en el sentido de una disminución contable de bienes de la administración, la tentativa será posible hasta antes de dar uso privado a los bienes. Un ejemplo claro sería que los bienes se lleven a un lugar para su uso privado"⁴⁷.

CALDERON VALVERDE menciona que "en el caso de la modalidad culposa es importante observar que se necesita un 'resultado típico', el cual consistirá en la 'sustracción' del bien por un tercero; pero no es indispensable la 'apropiación' del bien, es decir, mientras que el funcionario público ya habrá cometido el peculado culposo, el tercero podría haberse quedado todavía en grado de tentativa de un delito común que requiera 'apropiación'"⁴⁸.

El Recurso de Nulidad N° 3605-2006, Ejecutoria Suprema emitida el 4 de diciembre de 2006 expresa: "*(...) el delito de peculado queda consumado en el momento que el funcionario público (autor) realiza el acto de disposición del bien, por ello, la complicidad supone la realización de actos de colaboración o ayuda al funcionario que le permita llegar a disponer del bien que es materia de custodia o administración (...)*".

El Recurso de Nulidad N°853- 2009, Ejecutoria Suprema emitida el 8 de abril de 2010:

⁴⁷ Citado por CALDERON VALVERDE, Leonardo (2012). Delitos de Corrupción de Funcionarios. Editorial GACETA JURÍDICA. Lima- Perú. Pág. 175.

⁴⁸ CALDERON VALVERDE, Leonardo (2012). Delitos de Corrupción de Funcionarios. Editorial GACETA JURÍDICA. Lima- Perú. Pág. 175.

“(…) la consumación del peculado doloso se produce cuando el sujeto activo incorpora a su esfera de dominio los caudales públicos, separándolos, extrayéndolos o desviándolos de las necesidades del servicio”.

La jurisprudencia concuerda que la consumación del delito de peculado se da cuando el sujeto activo dispone de los caudales y efectos como si fueran suyos y los sustrae de la esfera de dominio de la Administración Pública.

11. LA PENA EN EL DELITO DE PECULADO

En el caso del peculado por apropiación o utilización, *la pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.*

En el supuesto del peculado agravado, es decir, cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias y si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

En el caso del peculado culposo la pena privativa de libertad será no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas.

Así como la figura del peculado culposo agravado, si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa.

12. REPARACIÓN CIVIL

El Recurso de Nulidad N° 1226-2010, Ejecutoria Suprema emitida el 26 de mayo de 2011 señala:

“(…) se debe tener en cuenta que el delito genera también un derecho de resarcimiento o indemnización para la agraviada o víctima (...) y se fija en

atención al daño causado y a los principios de proporcionalidad, razonabilidad y lesividad; que, en el caso sub judice, para que se configure el delito de peculado doloso no importa la cuantía de los caudales públicos apropiados, sino que hayan sido utilizados para fines ajenos al servicio destinado, aunque estos hayan sido devueltos; pues el encausado (...) dispuso de los caudales de la institución agraviada que se encontraban en su poder como si formara parte de su propio patrimonio, por lo que el monto por concepto de reparación civil fijado por la Sala Penal Superior se ajusta al daño ocasionado y a los bienes jurídicos puestos en peligro; en consecuencia, lo solicitado por el denunciado no resulta de recibo”.

Es preciso señalar que, en esta clase de delitos de Corrupción de Funcionarios, la parte legitimada para representar al Estado es la Procuraduría Especializada en Delitos de Corrupción, a la cual le compete como agraviado, constituirse en actor civil y solicitar la reparación civil ante el órgano jurisdiccional.

13. INHABILITACIÓN

El Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116 emitido el 18 de julio de 2008, en su sexto fundamento jurídico explica en que consiste la pena de inhabilitación: *“La pena de inhabilitación consiste en la privación, suspensión o incapacitación de uno o más derechos políticos, económicos, profesionales y civiles del penado. A través de esta pena se sanciona a quien ha infraccionado un deber especial propio a su cargo, función, profesión, comercio, industria o relación familiar, o a quien se ha prevalido de su posición de poder o de dominio para delinquir”.*

En el Acuerdo Plenario 10-2009/CJ-116 emitido el 13 de noviembre de 2009 se fundamenta lo siguiente:

“Esta pena se caracteriza por privar al condenado de algunos derechos – personales, profesionales o políticos-; o por incapacitarlo para el ejercicio de diversas funciones o actividades -públicas inclusive-. Su aplicación se rige por un criterio de especialidad que implica, desde la perspectiva legal y judicial, que cualquiera sea su condición y operatividad –pena principal o

accesoria- dicha sanción estará siempre en función a la naturaleza del delito de que se trate y al principio de proporcionalidad”.

Decreto Legislativo N° 1243, que modifica hasta 15 artículos del Código Penal, se fija en 5 a 20 años el tiempo de inhabilitación principal por delitos contra la administración pública, más conocida como la muerte civil.

Los tipos penales incluidos en esta modificación son: concusión, cobro indebido, colusión simple y agravada, peculado doloso y culposo, peculado de uso, malversación, soborno internacional pasivo, cohecho activo genérico, cohecho activo transnacional, cohecho activo específico, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito.

SUBCAPÍTULO II: EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. BIENES JURÍDICOS

Para Santiago MIR PUIG indica que: “Hoy en día el bien jurídico penal predica sus fundamentos bajo un Estado de Derecho social y democrático, que por su naturaleza permite una revisión constante de los bienes jurídicos. En esta línea la categoría del bien jurídico pasa a ocupar su puesto de límite y garantía dentro del Derecho Penal. No debe olvidarse que los bienes jurídicos expresan condiciones necesarias de realización del ser humano, esto es, valores que la sociedad ha asumido como valiosos para su sistema de convivencia: vida, honor, intimidad personal, libertad, etc. y los protege prohibiendo su afección”⁴⁹

Según Mariano KIERSZENBAUM expone que: “El concepto de bien jurídico ha cumplido hasta hoy importantes funciones en la dogmática penal; lo ha hecho como criterio para la clasificación de los delitos, y como elemento de base y límite al orden penal. Así, el bien jurídico ha servido al liberalismo como barrera contenedora del poder punitivo. Sin embargo, esta idea de bien jurídico como noción reductora de la coerción estatal se encuentra actualmente en una de sus más fuertes crisis”⁵⁰

Para VON LISZT, Franz define que: “El ‘bien jurídico’ puede ser definido como un interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico”⁵¹.

Manuel ABANTO VÁSQUEZ señala que: “Esta idea de la protección de ‘bienes jurídicos’ como tarea del Derecho Penal fue punto de partida para el desarrollo del llamado ‘principio de lesividad’ u ‘ofensividad’: el ejercicio del ius puniendi, a través del Estado solamente se vería legitimado por medio del objetivo de proteger bienes jurídicos. Bajo el aforismo ‘nullum crimen sine injuria’ se llegó

⁴⁹ Citado por URQUIZO OLAECHEA, José (1998). El bien jurídico. Artículo alojado en la Revista Cathedra-Espíritu del Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos-Perú. [En línea]. Disponible en <http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/publicaciones/cathedra/1998_n3/el_bi_jur.htm> Consulta. [16/01/2017]. Pág. 01.

⁵⁰ KIERSZENBAUM, Mariano. El bien jurídico en el Derecho Penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual. Artículo alojado en la Revista Lecciones y Ensayos de la Universidad de Buenos Aires-Argentina. [En línea]. Disponible en <<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/86/07-ensayo-kierszenbaum.pdf>> Consulta. [09/01/2017]. Pág. 187.

⁵¹ Citado por KIERSZENBAUM, Mariano. Ob. Cit. Pág. 188.

a entender que tal 'injuria' consistiría en la vulneración de 'bienes jurídicos' concepto que expresaría los 'valores más trascendentes para la coexistencia humana en sociedad'; luego, si no se reconocieran y protegieran estos bienes, el Derecho Penal carecería de una base sustancial, renunciaría a inspirarse en los principios de justicia y no podría servir para regular la vida en sociedad"⁵²

Continúa ABANTO VASQUEZ que: "La importancia del concepto 'bien jurídico' se manifiesta en las funciones que usualmente le atribuye la doctrina mayoritaria. La más importante de ellas, aunque la más polémica (...) es la llamada función crítica: desde una perspectiva del 'ideal del principio democrático', el penalista estaría en condiciones de discutir la legitimidad de aquellos tipos penales creados o por crearse que no cumplan con proteger bienes jurídicos. Este es el motivo por el cual no deberían perseguirse penalmente las concepciones morales o éticas de las minorías. Así es como se ha llegado a eliminar de los códigos penales los delitos de 'homosexualidad', 'incesto' o 'adulterio', aunque también en el entendimiento de algunos autores, debería de la mano con el principio de mínima intervención, ponerse como tipos penales que se alejarían demasiado de la 'lesividad'"⁵³

Como se expone anteriormente, es necesario y fundamental tener claro el concepto de bien jurídico, entendiéndose a este como algo de interés vital, que adquiere carácter de reconocimiento, obteniendo un aspecto jurídico en la sociedad, es en ese entender que al existir delitos que no lesionan los bienes jurídicos, es que se han tornado innecesaria su regulación, por lo que se motivó a derogarse de los códigos sustantivos.

Tal como se postula en esta investigación cuando hablamos del delito de peculado en cuanto a su mínima intervención, el bien jurídico no resulta lesionado, alejándose este tipo penal del principio de lesividad.

Según Günther JAKOBS señala que: "(...) el Derecho Penal sirve para la protección de bienes jurídicos. Con ello se quiere decir más o menos (...) que existen bienes previos al Derecho Penal, como, por ejemplo, la vida, la salud,

⁵² ABANTO VASQUEZ, Manuel (2014). Dogmática Penal, Delitos Económicos y Delitos Contra la Administración Pública. Editorial GRIJLEY. Lima-Perú. Pág. 14.

⁵³ Ibídem. Pág. 17-18

la propiedad, y, según la opinión de la mayoría de los autores (...), además el funcionamiento de los órganos del Estado, y que el Derecho Penal debe garantizar la intangibilidad de esos bienes; dependiendo de la teoría de la pena que se siga, esta garantía puede ser de muy diversa índole: los defensores de la prevención especial quiere evitar que el autor lleve a cabo ulteriores hechos, los representantes de la prevención negativa persiguen la intimidación de otros autores potenciales, y la versión que es hoy la habitual, la prevención general positiva, considera que lo decisivo que es una constante punición de los hechos en cuestión produce el efecto de fortalecer en la población la convicción de que los bienes son intangibles, o, al menos, el efecto de que esta convicción no se erosione”⁵⁴.

En toda esta narración de ideas el Derecho Penal vela por la protección de bienes jurídicos, garantizando así conjuntamente con el Estado la imperceptibilidad y la lesión de tales bienes.

Nuevamente JAKOBS menciona que: “(...) Si se incluyen todos los bienes que deben ser protegidos de modo incondicionado, es decir, sin límite alguno, entre los bienes jurídicos, pronto se constata que en la gran mayoría de las ocasiones perecen de un modo que no le interesa al Derecho, especialmente al Derecho Penal, ni lo más mínimo (...) La relevancia jurídica de los bienes es relativa, referida a una determinada puesta en peligro”⁵⁵.

Como lo afirma Jakobs no todo bien debe ser protegido, teniendo un cierto margen de especialidad en cuanto a ellos, ya que de no tener esta relevancia (que le interesa al Derecho Penal) no se afectaría ningún bien jurídico y por ende tampoco se pondría en peligro alguno.

JAKOBS afirma que: “Partiendo de esta perspectiva, también se obtiene una concepción coherente del ordenamiento jurídico: el Derecho no es un muro de protección colocado alrededor de los bienes, sino el Derecho es la estructura de la relación entre personas. Por lo tanto, el Derecho Penal como protección

⁵⁴ JAKOBS, Günter y CANCIO MELIÁ, Manuel (2000). El Sistema Funcionalista del Derecho Penal. Editora Jurídica GRIJLEY E.I.R.L. Lima-Perú. Pág. 43.

⁵⁵ *Ibidem*. Pág. 44.

de bienes jurídicos significa (¡en todo caso!) que una persona encarnada en sus bienes, es protegida frente a los ataques de otra persona”⁵⁶.

1.1 FUNCIONES DEL BIEN JURÍDICO

Santiago MIR PUIG señala: “El concepto de bien jurídico cumple funciones dogmáticas que quedan determinadas por la norma penal. La norma penal (mandatos y prohibiciones) dará sentido a lo protegido y la dirección de los mismos. La transgresión de la norma se explica cómo afección o puesta en peligro del bien jurídico. El dato de bien jurídico no es abstracto sino preciso y diferenciado, así el Derecho Penal no ha de proteger el "valor vida" en cuanto tal valor, sino la vida concreta de los ciudadanos. Por supuesto que estas vidas reales no constituyen bienes jurídicos en cuanto meros datos biológicos, sino por su valor funcional para sus titulares y para la sociedad”⁵⁷.

José URQUIZO OLAECHEA expresa: “La norma penal que recoge todos los elementos utilizados por el legislador en la determinación del injusto, dará sentido al bien jurídico. El bien jurídico no es un dato cualquiera sino uno sustancial unido al principio de legalidad y como señala el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal se requiere siempre la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”⁵⁸.

COBO DEL ROSAL señala que: “El bien jurídico cumple una función ordenadora o sistemática al jerarquizar las infracciones particulares contenidas en la parte especial”⁵⁹.

⁵⁶ *Ibidem*. Pág. 45.

⁵⁷ Citado por URQUIZO OLAECHEA, José. Ob. Cit. [En línea]. El bien Jurídico. Artículo alojado en la Revista Cathedra- Espíritu del Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos-Perú. Disponible en < http://sisbib.unmsm.edu.pe/BibVirtual/Publicaciones/Cathedra/1998_n3/El_Bi_Jur.htm> Consulta [24 de abril del 2017].

⁵⁸ URQUIZO OLAECHEA, José. Ob. Cit. [En línea]. El bien Jurídico. Artículo alojado en la Revista Cathedra- Espíritu del Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos-Perú. Disponible en < http://sisbib.unmsm.edu.pe/BibVirtual/Publicaciones/Cathedra/1998_n3/El_Bi_Jur.htm> Consulta [24 de abril del 2017].

⁵⁹ Citado por URQUIZO OLAECHEA, José. Ob. Cit. [En línea]. El bien Jurídico. Artículo alojado en la Revista Cathedra- Espíritu del Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos-Perú. Disponible en < http://sisbib.unmsm.edu.pe/BibVirtual/Publicaciones/Cathedra/1998_n3/El_Bi_Jur.htm> Consulta [24 de abril del 2017].

El concepto de bien jurídico para MIR PUIG “descubrirá el ámbito de protección o el fundamento del injusto. Por ejemplo, en el delito de lesiones, debe determinarse si se afecta la salud o la integridad física de la persona. La intervención quirúrgica con fines de protección o mejoramiento de la salud, no agrede a la salud ni a la integridad física, todo lo contrario. Entonces, falta de antijuricidad material de conducta”⁶⁰.

Para Juan José QUERALT JIMENEZ “El sujeto amante del arte que ante el peligro de incendio del local donde se exhibe la obra, toma el valioso cuadro para salvarlo y huye del local. La reflexión penal en sede de bien jurídico asumirá que lo relevante para la determinación de la lesión del patrimonio, no será la sustracción como tal, sino, establecer si el patrimonio fue sustraído con fines de lucro o protección. En éste último caso no hay lesión alguna, por el contrario un beneficio al patrimonio”⁶¹.

Como señalan Juan Bustos y Hernán Hormazábal: “En la interpretación de la norma penal los bienes jurídicos tienen una función básica. El proceso de interpretación de una norma penal ha de hacerse desde el bien jurídico protegido por dicha norma. De este modo, para establecer si la conducta concreta ocurrida en el mundo social tiene significación jurídico-penal es necesario valorarla desde el bien jurídico protegido por la norma de que se trate”⁶².

Como lo señalan los autores antes nombrados, en la interpretación de los tipos penales, los bienes jurídicos toman un rol importante, a fin de establecer una relación de los mismos y determinar la significancia de su investigación en el ámbito penal.

⁶⁰ Citado por URQUIZO OLAECHEA, José. Ob. Cit. [En línea]. El bien Jurídico. Artículo alojado en la Revista Cathedra- Espíritu del Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos-Perú. Disponible en <http://sisbib.unmsm.edu.pe/BibVirtual/Publicaciones/Cathedra/1998_n3/El_Bi_Jur.htm> Consulta [24 de abril del 2017].

⁶¹ Ídem.

⁶² ídem

1.2 PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS

1.2.1 La persona como fundamento de la protección.

Winfried HASSEMER y Francisco MUÑOZ CONDE señalan: “El Derecho Penal protege bienes vitales, coloca al sujeto en medio de esos bienes concretos y reales bajo la perspectiva que deben servir al desarrollo personal del individuo”⁶³.

Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y Luis ARROYO ZAPATERO “En este sentido el planteamiento no se reduce al reconocimiento sólo de bienes jurídicos individuales, vida, libertad, honor; si no -como ya se dijo- la construcción del bien jurídico bajo ninguna circunstancia debe someter las posiciones de desarrollo y participación de los individuos, hecho que se podría dar si por ejemplo se penalizara los matrimonios interraciales”⁶⁴.

La protección a los bienes jurídicos no sólo al derecho de la vida, libertad u otros, sino que tiene como fundamento a la persona humana.

1.2.2 Dañosidad social y bien jurídico penalmente protegido.

Víctor Roberto PRADO SALDARRIAGA: “La dañosidad social deberá entenderse como regla de *minimización* del uso las posibilidades penales, en éste sentido, excluye del ámbito penal hechos exclusivamente inmorales (por sus consecuencias intolerables e innecesarias para la protección tanto del individuo como de la sociedad). Así, en el ámbito normativo, casos como el artículo 183 del CP que criminaliza la ofensa al pudor público ha sido acusada de contener ‘connotaciones moralistas’”⁶⁵

URQUIZO OLAECHEA señala “La dañosidad social como criterio de minimización del uso del instrumental penal se orienta a valorar conductas que en el plano material *efectivamente* lesionen la posición del sujeto, de la sociedad o de las instituciones, es decir,

⁶³ ídem

⁶⁴ ídem

⁶⁵ Ídem.

que nos afecte a todos. No resultaran dañosas socialmente aquellas conductas que por su naturaleza puedan ser absorbidas por otras áreas del derecho o puedan ser superadas de forma distinta a la penal”⁶⁶.

Mario ROMANO refiere que: “No existen criterios uniformes para determinar porque unos bienes merecen protección jurídico penal y otros no, o, dicho de otro modo, porque se penalizan algunas conductas y otras se excluyen o le resultan indiferentes al Derecho Penal. El tema es complejo y pasa por diversos niveles de apreciación. La formulación que sigue tiene su sede a nivel pre-legislativo no obstante que las categorías de dañosidad social, merecimiento y necesidad de pena, sobre todo estas dos últimas pueden ocupar diversas facetas de la discusión a nivel de la teoría general del Derecho Penal o incluso como categoría ulterior o cuarta categoría”⁶⁷.

La relevancia social de un hecho que requiera la protección del bien jurídico; asimismo, que lesionen y vulneren realmente a la sociedad o a los sujetos, siendo que, si las mismas no resultan dañosas, no podrían ser conocidas por la rama del Derecho Penal, sino por otras más idóneas.

a) Merecimiento de Pena.

Juan TERRADILLOS BASOCO: “La fundamentación del bien jurídico _como se ha visto- pasa por el filtro material de la dañosidad social; la aplicación del criterio de dañosidad social aquí se entiende desde la perspectiva de **restricción** del instrumental jurídico penal. No olvidemos, que compete al Derecho Penal la defensa, frente a los ataques más graves, de las condiciones de satisfacción de las necesidades existenciales”.⁶⁸

⁶⁶ Ídem.

⁶⁷ Ídem.

⁶⁸ Ídem.

Jesús María SILVA SÁNCHEZ: “El merecimiento de protección jurídico penal tanto como la necesidad de la pena condicionaran la existencia de los tipos penales. En la creación de los tipos legales asistirán el merecimiento como la necesidad de tutela penal; sin embargo, debe tenerse en cuenta en el sentido que el criterio de que la necesidad de pena sin merecimiento de pena no puede fundamentar la incriminación, del mismo modo que tampoco el merecimiento de pena sin necesidad de pena puede hacerlo. En cuanto a la despenalización, ésta puede fundamentarse tan pronto como falte o el merecimiento o la necesidad de pena”⁶⁹

La comisión de un hecho de relevancia social, que se vea en la necesidad de merecer una pena, siendo que la pena será proporcional a la lesión que provoque un hecho a los bienes jurídicos protegidos.

b) Necesidad de la pena.

Jesús María SILVA SÁNCHEZ señala que: “La ‘necesidad de pena’ determina que un objeto valorado, pasado por el tamiz de la dañosidad social y el merecimiento de pena por razones de utilidad afirme la sanción como recurso final”⁷⁰.

La necesidad y el merecimiento de la pena, se dará cuando el bien jurídico haya pasado el filtro de vulneración, debiendo merecer por esto una sanción a fin de salvaguardarlo.

José Ramón PIEDECASAS y Nicolás GARCÍA RIVAS definen “...el Derecho Penal constituye la ultima ratio entre los instrumentos de que dispone el Estado para garantizar la pervivencia de la sociedad, debería implicar, como lógica consecuencia, que el Derecho Penal esté subordinado a la insuficiencia de los otros medios menos para el individuo de

⁶⁹ Ídem.

⁷⁰ Citado por URQUIZO OLAECHEA, José. Ob. Cit. [En línea]. El bien Jurídico.

que dispone el Estado... La subsidiaridad es, por tanto, una exigencia político-criminal que debe ser afrontada por el legislador"⁷¹.

Los doctrinarios antes señalados definen que el Derecho Penal la última alternativa de solución que tiene el Estado, para garantizar el poder punitivo del Estado, constituye la ultima ratio, debiendo precisar cuándo es necesaria la intervención del Derecho Penal, en atención a los criterios de eficiencia y razonabilidad.

Para URQUIZO señala que "Necesidad de pena como categoría no es de fácil concreción, por ello es necesario insistir en algunos aspectos que le den contenido a la misma. Necesidad de pena se vincula a la racionalidad del Derecho Penal la cual declara que la necesidad de pena sólo se puede establecer si es justa e igualitaria, esto es, que afirme justicia material, que vincule y proteja a todos"⁷².

Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE refiere que: "La necesidad de pena no se da en función del funcionamiento del sistema social, se justifica por su naturaleza 'intolerable'. La intolerabilidad afecta las posibilidades de participación del sujeto o de los sujetos dentro del sistema de relación social, lo cual afecta el funcionamiento del sistema. Ello, no significa que la reacción punitiva se justifique en virtud de la funcionalidad o no del sistema. Lo que resulta necesario proteger son los *medios de relación* con lo cual se protege al individuo y al sistema. La necesidad de pena queda expuesta a posibles distorsiones o perversiones en su esencia. Por eso, la selección de los objetos a ser protegidos por la norma penal ha de hacerse superando las formulaciones ideológicas que puedan conducir a la protección de algo que encubre otra

⁷¹ Ídem

⁷² Ídem

realidad, o simplemente de algo cuya protección es incompatible con el carácter democrático del Estado"⁷³.

Ante un hecho grave e intolerable, se verá reflejada en la reacción punitiva, que se aplique a determinado tipo penal, justificando tal grado de dañosidad a la sociedad y Estado, en las altas penas que se imponen a las mismas, caso contrario no habría una necesidad de imponer sanciones a hechos irrelevantes para el Derecho Penal.

1.3 JUSTIFICACIÓN DEL BIEN JURÍDICO:

José URQUIZO señala: "El bien jurídico se justifica como categoría límite al poder punitivo del Estado, un obstáculo capaz de impedir arbitrariedades, distorsiones o confusiones en la elaboración de la estructura penal; las funciones de garantía son inherentes al bien jurídico penal y se vincula a la relación individuo-Estado. Bajo el mecanismo de garantía resulta posible denunciar todos los elementos que amenacen o avasallen a la persona en su relación con el Estado"⁷⁴.

El autor antes citado expresa: "Las funciones de interpretación de la norma penal, conducirá siempre al bien jurídico, en cuya sede se pueden establecer criterios esclarecedores o correctivos de los alcances de la protección a fin de evitar distorsiones en la comprensión del contenido de los bienes jurídicos en concreto"⁷⁵.

La razón que justifica el bien jurídico como límite al poder punitivo del Estado, funcionando éste como un límite para impedir arbitrariedades en su elaboración en la estructura penal, y sirve de garantía.

⁷³ ídem

⁷⁴ URQUIZO OLAECHEA, José. Ob. Cit. [En línea]. El bien Jurídico. Artículo alojado en la Revista Cathedra-Espíritu del Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos-Perú. Disponible en <http://sisbib.unmsm.edu.pe/BibVirtual/Publicaciones/Cathedra/1998_n3/El_Bi_Jur.htm> Consulta [24 de abril del 2017].

⁷⁵ ídem.

1.3.1 Ius necessitatis.

Para URQUIZO OLAECHEA “resulta la definición de los elementos fundadores del bien jurídico penal. Por regla general, no todo es considerado ‘bien jurídico penal’ y por el contrario, sólo algunos comportamientos pasarán a ser calificados como tales en virtud del ius necessitatis, que se conecta con el principio de reserva⁷⁶ de la ley penal”⁷⁷.

El autor antes citado señala: “El ius necessitatis expresará la ‘condición necesaria’. Así, si no tenemos una respuesta favorable respecto a la ‘condición necesaria’ dentro del marco jurídico-penal, como son la vida, la libertad, seguridad, honor, privacidad, etc. no se justificará la prohibición o el mandato”⁷⁸.

Como condición necesaria se tiene a los derechos inherentes a la persona, que son merecedores de protección al bien jurídico, indicándose que por regla general no todo se considera bien jurídico penal, sino los que cumplan la condición de tal.

1.4 CONCEPCIONES CONSTITUCIONALES:

Manuel ABANTO⁷⁹ En la literatura alemana hay distintos autores que defiende la llamada concepción constitucional del bien jurídico, entre ellos tenemos: Walter Sax y Ernest Joachim Rudolphi. A todo esto, Sax opinaba que el ordenamiento penal de los bienes jurídicos era cubierto por el ordenamiento constitucional de valores (vida, libertad, propiedad, etc...), y el resto serían valores intermedios. Rudolphi vinculaba el concepto de bien jurídico a la constitución, dado que el bien jurídico tendría una entrelazada función en la sociedad concordante con la que desempeña la constitución y como garante de los mismos.

⁷⁶ El principio de reserva expresa la consideración política de afirmar a los ciudadanos zonas exentas de castigo, aún en aquellos hechos que puedan parecer muy inmorales o aparezcan perjudiciales. Esta garantía individual tiene base normativa constitucional en el artículo 2 inciso 20 de la Constitución: "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe".

⁷⁷ Ídem.

⁷⁸ Ídem.

⁷⁹ ABANTO VASQUEZ, Manuel (2014). Dogmática Penal, Delitos Económicos y Delitos Contra la Administración Pública. Pág. 18-19

A diferencia de ellos Claus Roxin expone que la teoría de la protección de bienes jurídicos es tarea de la protección de bienes jurídicos le corresponde al Derecho Penal, puesto que es un principio irrenunciable para limitar el poder de la intervención del Estado; asimismo, para Roxin es necesario la teoría personal del bien jurídico, afirmando que si se partiera de un Estado social y democrático de Derecho, en este entender se expresaría que el contenido de los bienes jurídicos estaría dado por factores preexistentes creados por el Derecho siempre y cuando estos compatibilicen con los valores constitucionales.

1.4.1 CLAUS ROXIN:

Para Claus ROXIN “excluye la existencia de un ‘bien jurídico’ tutelable penalmente en los siguientes casos: en caso de normas motivadas solamente por una ideología (p. ej., las expresiones críticas al régimen político); cuando la norma solamente describiera el objetivo de la ley (mantener a la sociedad libre de drogas, excluir consideraciones comerciales de la donación de órganos, etc.); cuando se tratara de simples atentados morales (la práctica homosexual libre entre adultos, el bestialismo, etc.); ante leyes exclusivamente simbólicas, o sea las que no son necesarias para la convivencia pacífica pero siguen fines extrapenales; en caso de bienes extremadamente abstractos (p. ej., la perturbación de la paz pública), etc. Por lo demás, no podría ser ‘bien jurídico’ cualquier ‘abstracción impalpable’ como la ‘salud pública’ (para el tráfico de drogas) o la ‘tranquilidad pública’ (en el caso de la incitación a la violencia) o incluso el término genérico ‘ambiente’; si bien en muchos de esos casos el problema, más bien, estaría en la definición del contenido del término utilizado”⁸⁰.

Roxin habla de la existencia de bienes jurídicos abstractos, las cuales a su vez siguen fines que incluyen la sanción penal, por lo que critica que tales hechos no podrían ser bienes jurídicos, o como

⁸⁰ Citado por Manuel Abanto Vásquez (2014). Dogmática Penal, Delitos Económicos y Delitos Contra la Administración Pública. Ob. Cit. Pág. 21-22.

lo describe que el problema consistiría en los términos que se utilizan para expresarlos.

1.4.2 BOTTKE:

Paralelamente BOTTKE postula que: “no bastaría con exigir sin más al Derecho Penal la protección de ‘bienes jurídicos’, sino se debe vincular esta exigencia a ‘bienes jurídicos constitucionales’ (Verfassungsrechtsgüter), pues recién entonces existiría la posibilidad de poner límites efectivos al poder del legislador penal. Esta teoría se derivaría de principios constitucionales, en especial los principios constitucionales de ‘legalidad’ y ‘proporcionalidad’ de una Constitución liberal, pues solamente se podría, legítima y proporcionalmente, sancionar con penas ‘desoptimizadoras de bienes’ (restrictivas de libertades) conductas que impliquen a su vez la ‘desoptimización’ de bienes de otros.”⁸¹ Asimismo, BOTTKE entiende que: “La ‘lesión’ debería entenderse en un sentido normativo como un acto de ‘arrogación de soberanía’ (hoheitsanmassend), de ‘administración’ antijurídica de un bien jurídico, y que tal ‘arrogación’ puede darse como un acto ‘ya hecho’ o el ‘emprendimiento’ de un acto de manera ‘idónea’, con lo cual cubriría los casos de delitos consumados, tentativas (idóneas) y delitos de peligro (concreto y abstracto). Pero la teoría de BOTTKE no se opone a la tesis constitucionalista tradicional ni a la de ROXIN ni tampoco llega a consecuencias distintas; la diferencia solamente es terminológica pues, en lo básico reconoce la base constitucional de los bienes jurídicos como también una ‘afección normativa’ de ellos a través del delito”⁸².

Para BOTTKE los bienes jurídicos no deben ser concebidos de manera aislada, sino deben estar vinculadas con los bienes jurídicos constitucionales, dado que de esta forma se pondría límites al ejercicio del poder legislativo, y de esta forma se

⁸¹ Citado por Manuel Abanto Vásquez (2014). Dogmática Penal, Delitos Económicos y Delitos Contra la Administración Pública. Ob. Cit. Pág. 22

⁸² Citado por Manuel Abanto Vásquez (2014). Dogmática Penal, Delitos Económicos y Delitos Contra la Administración Pública. Ob. Cit. Pág. 22-23

enfataría la protección de aquellos principios constitucionales, es así que el Derecho Penal podría sancionar con penas de manera proporcional a la lesión del bien jurídico afectado.

1.4.3 HEFENDEHL:

Cabe mencionar que HEFENDEHL rechaza la teoría de BOTTKE y expone que: “Busca, a partir de la Constitución, definir los bienes jurídicos que el Derecho Penal debe proteger, como también fijar los ‘límites’ a la intervención penal. Aunque la Constitución no describa de manera precisa y completa la tarea del Derecho Penal, por lo menos permitiría establecer los requisitos mínimos para la legitimidad de los tipos penales. Así, bajo un análisis histórico (la Constitución alemana como respuesta al nacionalsocialismo) y sistemático (la ‘dignidad humana’ frente a un ‘objeto del colectivo’) el punto de partida estaría dado por el entendimiento de que el Derecho Penal tendría que ser visto como un ‘derecho de protección’ (Schutzrecht), o sea que quiere evitar ‘resultados’ más allá de meras infracciones de normas. Recién las ‘esferas individuales de libertad’ intermediadas por los derechos fundamentales podrían ofrecer los límites que no encontraría un Derecho Penal basado solamente en la mera lesión de deberes; este último sería inconstitucional. El elemento ‘personal’ (individual) procedente de la Constitución debería estar presente en el contenido de todo ‘bien jurídico’ tutelable penalmente, tanto ‘individual’ como ‘colectivo’. En este último caso, el elemento ‘personal’ fundamentaría bienes jurídicos ‘creadores de espacios de libertad’ o ‘posibilitadores del desarrollo de las libertades individuales’, por un lado, y bienes ‘protectores de las condiciones básicas de la actividad estatal’, por el otro. En ambos casos, la legitimidad estaría fundada en la ‘cercanía’ al elemento ‘personal’: en el primero, porque la protección penal recién sería dable en tanto el individuo no pueda protegerse por sí mismo, en el segundo, porque lo punible recién existirá cuando se ataque (sensiblemente)

el elemento 'confianza' (constitutivo del funcionamiento de la institución en cuestión) del ciudadano"⁸³.

Este autor busca partir desde la Constitución, a fin de definir los bienes jurídicos que debe proteger la carta magna, y de esta forma limitar la intervención del Derecho Penal, estableciendo ciertos parámetros o requisitos para legitimar los tipos penales.

Entendiendo que el Derecho Penal pretende evitar resultados, y no basarse en la lesión de deberes.

1.4.4 SAX:

Por último, se tiene que SAX expone que: "Busca un mayor apego del concepto bien jurídico a los principios fundamentales, y vincula el bien jurídico con los derechos fundamentales reconocidos en la ley fundamental a fin de poder cumplir con la tarea político-criminal del concepto. Por cierto, que una 'teoría constitucional' que identifique los 'bienes jurídicos penales' con el ordenamiento valorativo constitucional que contiene derechos fundamentales 'expresos' e 'implícitos' tiende a la positivización de los bienes jurídicos. Pero ello no implica que el contenido de la lista de bienes jurídicos permanezca invariable. Por un lado, el mismo contenido de un concepto constitucional (al cual se refiere el bien jurídico) puede cambiar, sea a través de la interpretación, la jurisprudencia o los tratados internacionales; por otro lado, también deben admitirse 'bienes jurídicos implícitos', derivados de los 'expresos' y que completan la protección legal y penal de los primeros. No se trata tampoco de trasladar conceptos constitucionales al Derecho Penal y que éste sea un mero apéndice del primero, sino de que el Derecho Penal, en su tarea de proteger los derechos fundamentales y bajo el respeto de sus propios principios (basados a su vez en principios constitucionales) permita identificar tanto la conducta penalizada como el bien jurídico que se quiere proteger.

⁸³ Citado por Manuel Abanto Vásquez (2014). Dogmática Penal, Delitos Económicos y Delitos Contra la Administración Pública. Ob. Cit. Pág. 23.

Esto último es una tarea del penalista bajo el aspecto de la ‘función interpretativa’ que se otorga al bien jurídico.”⁸⁴

Sax tiene una teoría más drástica, al vincular el bien jurídico con los derechos fundamentales, con la finalidad de cumplir con la tarea de política criminal.

Nuevamente Manuel ABANTO expresa que: “De manera paralela al desarrollo de la teoría constitucional de bienes jurídicos, en el Derecho constitucional se ha reconocido ya desde hace tiempo que los ‘derechos fundamentales’ no solamente constituyen ‘derechos de defensa’ contra el Estado, sino también un ‘ordenamiento objetivo de valores’ vinculante para el legislador, con lo cual se ha podido fundamentar la obligación del Estado de proteger ‘bienes jurídicos individuales’ y, eventualmente, otros bienes jurídicos de primer orden. Se volverá sobre este tema un poco más adelante.”⁸⁵

2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE PECULADO

El bien jurídico debe entenderse como aquel bien objeto de protección por parte del Derecho, en el presente caso el bien jurídico protegido para el delito de peculado.

Para Jorge Eduardo BUOMPADRE: “El bien jurídico protegido en el delito de peculado es, el probo desarrollo de la actividad patrimonial de la Administración Pública por parte de los funcionarios públicos que en razón de su cargo, tienen el manejo de los bienes públicos”⁸⁶.

FRISANCHO APARICIO señala que: “La ley determina el destino que debe darse a los bienes que están bajo el poder de la administración y, asimismo, establece a quienes les corresponde administrarlos. Cuando el funcionario o

⁸⁴ Citado por Manuel Abanto Vásquez. (2014). Dogmática Penal, Delitos Económicos y Delitos Contra la Administración Pública. Ob. Cit. Pág. 24-25

⁸⁵ *Ibidem*. Pág. 25

⁸⁶ Citado por REÁTEGUI SÁNCHEZ, James (2015). Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal. Ob. Cit. Pág. 411

servidor público se apropia o utiliza los bienes señalados, el Estado pierde su disponibilidad y el bien no cumple su finalidad propia y legal”⁸⁷.

Juan PORTOCARRERO HIDALGO expresa: “Si bien es cierto que con el Peculado se afectan los bienes patrimoniales del Estado, también es verdad que el interés de éste, está en la probidad, honradez y fidelidad del funcionario o empleado público, por eso es un delito especial, cometido por funcionario o empleado público y no por cualquier persona, a ello se debe que esté comprendido entre los Delitos Contra la Administración Pública y no entre los Delitos contra el Patrimonio”⁸⁸.

Respecto al delito de peculado, el Acuerdo Plenario N° 04-2005 /CJ-116 señala que el bien jurídico en este delito tiene un carácter pluriofensivo y protege: a) el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y b) evitar el abuso de poder (...) d) el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad.

Si bien es cierto, el delito de Peculado es un delito especial, y destacando su pluriofensividad que lo diferencia de los Delitos Contra el Patrimonio, así como menciona Fidel ROJAS⁸⁹ que el bien jurídico se descomponen en dos tipos que revisten de protección jurídico penal, el garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública y, en otro punto evitar el abuso de poder en el que comete el funcionario o servidor público que basándose en su cargo quebranta el principio de fidelidad, en razón de los bienes que se le confió administrar.

Así como en el delito de peculado se genera un menoscabo en el patrimonio del Estado, también se ve afectado el bien jurídico de la correcta Administración Pública, el quebrantamiento de los deberes de estos funcionarios, así como el abuso del poder que la Administración Pública le brinda y del cual abusa antojadizamente.

⁸⁷ FRISANCHO APARICIO, Manuel (2008). Delitos contra la Administración Pública *Ibidem*. Pág. 328.

⁸⁸ PORTOCARRERO HIDALGO, Juan (1966). Delitos contra la Administración Pública. EDITORIAL JURÍDICA PORTOCARRERO. Segunda Edición. Lima-Perú. Pág. 171.

⁸⁹ Citado por REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Ob. Cit. Pág. 411.

Nuestra jurisprudencia ha establecido lo siguiente:

(CASO CROUSILLAT) Sentencia emitida por la Segunda Sala Penal Especial de Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el expediente N° 11-2011, del 8 de agosto de 2006.

“Esta figura delictiva tiene como objeto de tutela, en términos globales, proteger el correcto funcionamiento de la Administración Pública, al igual que todas las demás figuras contempladas en el Título XVII del Libro Segundo del Código Penal. En términos específicos, este tipo penal protege la intangibilidad de los intereses patrimoniales del Estado y procura controlar los excesos de poder que los funcionarios puedan cometer en el ejercicio de su función al administrar caudales públicos. Se trata de un delito pluriofensivo cuyo bien jurídico protegido se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídica penal: por un lado, garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública, y, por otro lado, evitar el abuso de poder de quien se halla facultado a administrar con lealtad y probidad el dinero del Estado que le es confiado en función a su calidad de funcionario o servidor público”.

(CASO MONTESINOS) Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia recaída en el expediente N° AV-23-2001, del 23 de julio de 2009.

“El sujeto activo es el funcionario o servidor público que realiza cualquiera de las dos modalidades típicas que regula la ley. Esto es, la apropiación o utilización de caudales o efectos públicos (...) siendo su nota característica y exigencia de naturaleza objetiva que la conducta del funcionario o servidor público exprese un acto de disposición patrimonial que desconoce la titularidad del Estado sobre los bienes ejecutados. Estos aspectos hacen del delito una conducta de naturaleza pluriofensiva. En el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116, del treinta de setiembre de dos mil cinco, se deja sentado que ese carácter está vinculado con la protección de dos objetos específicos merecedores de protección penal: i) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y ii) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad”.

De lo que se puede colegir que este delito no sólo protege el correcto funcionamiento de la Administración Pública, sino también, se pretende controlar el exceso de poder que se faculta a los funcionarios para que administren el dinero del pueblo.

3. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE PECULADO

BUSTOS refiere: “La Administración Pública como bien jurídico protegido puede desempeñar las dos principales funciones que la doctrina más moderna le viene asignando al concepto de bien jurídico:

- a) Una función dogmático-hermenéutica y de ordenación sistemática de la parte especial o función inmanente al sistema. Su principal cometido sería servir como elemento de ayuda para delimitar el contenido de los distintos preceptos de la parte especial de acuerdo con una interpretación teleológica [ratio legis o ámbito o fin de protección del tipo o alcance del tipo]. La teoría del bien jurídico siempre ha protagonizado la búsqueda del ámbito de protección de las diversas normas de la parte especial (...) define el bien jurídico como: ‘Una fórmula sintética concreta de lo que se protege realmente’. La referencia al bien jurídico protegido en un conjunto de tipos penales es una especie de eslogan programático.
- b) Una función político- criminal de crítica a que ciertos bienes se protejan penalmente o función trascendente al sistema. Por esa razón la teoría del bien jurídico cobra especial virulencia en época de reforma de la legislación y cuando se trata de discutir sobre la conveniencia de penalizar o despenalizar ciertas conductas que afectan a intereses que se encuentran al límite de la intervención legítima del Derecho Penal”⁹⁰.

Bernardo FEIJOO SANCHEZ indica que: “Es preciso realizar alguna puntualización más. Si bien se tiene en cuenta el carácter fragmentario y del ultima ratio del Derecho Penal, no se debe entender la referencia abierta a un funcionamiento correcto como perfección, sino como cumplimiento de unos ‘mínimos’ por parte de la Administración Pública a la hora de servir a los intereses generales. No puede cobrar relevancia para el Derecho Penal toda

⁹⁰ Citado por FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. (2013) Delitos Contra la Administración Pública: Consideraciones Generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas. Artículo alojado en el libro Delitos Contra la Administración Pública. EDITORIAL MORENO S.A. Lima-Perú. Ob. Cit. Pág. 12-13.

perturbación de la actividad administrativa. Esta idea no obliga a llevar a cabo una selección de perturbaciones más graves. (...) La protección de 'lo básico en la función pública' como un interés más restringido que un funcionamiento impecable de la Administración es lo que justifica la intervención del Derecho Penal⁹¹.

Claramente al configurarse este delito afecta profundamente al funcionamiento de la Administración Pública, lo cual lógicamente debe ser sancionado, pero, así como lo expresa FEIJOO no debe entenderse que por el hecho que el Derecho Penal tenga el carácter de ultima ratio y fragmentariedad, dejar carta abierta a que se cometan estos delitos indiscriminadamente, lo cual debe ser sancionado por otros mecanismos.

El Expediente N° 00017-2011-PI/TC, sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 3 de mayo de 2012 expresa que:

“La persecución penal de los delitos contra la Administración Pública ha sido justificada desde el Derecho Penal en el ‘correcto funcionamiento de la administración pública’ (...) Este Tribunal, conforme a lo advertido líneas arriba sobre los bienes constitucionales que informan la persecución penal de los actos de colusión ilegal, reitera que de modo genérico los delitos contra la administración pública encuentran su fundamento constitucional en el artículo 39⁹² de la Constitución que reconoce que los órganos, funcionarios y trabajadores públicos sirven y protegen al interés general pues están al servicio de la Nación, del que la jurisprudencia de este Tribunal ha derivado el principio de ‘buena administración’, a su vez del deber de combatir todo acto de corrupción que se deriva del principio de Estado Democrático, y de modo más específico, los principios constitucionales que rigen la contratación pública (imparcialidad y trato igualitario a los postores) (...) A su vez, no debe perderse de vista el hecho de que el legislador al momento de decidir si recurre a la sanción penal para combatir actos de corrupción tiene ante sí no solo principios constitucionales a ser protegidos como el correcto funcionamiento de la

⁹¹ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. (2013) Delitos Contra la Administración Pública: Consideraciones Generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas. Artículo alojado en el libro Delitos Contra la Administración Pública. EDITORIAL MORENO S.A. Lima-Perú. Pág. 16-17

⁹² Artículo 39°. - Funcionarios y trabajadores públicos Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio a la Nación y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo de la Magistratura, los magistrados supremos, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes, de acuerdo a ley.

administración pública, sino que dicha necesidad de represión de actos de corrupción viene reforzada desde la Constitución”.

El Acuerdo Plenario 1-2010/CJ-116 de las salas penales de la Corte Suprema de Justicia del 16 de noviembre de 2010

“(…) no todos los delitos comprendidos allí (capítulo del Código Penal referido a los delitos funcionariales) tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo penal se tiene que analizar si se cumple con el presupuesto establecido para prolongar el plazo de prescripción en función de la afectación de los bienes jurídicos tutelados vinculados directamente con el patrimonio público o solo con el correcto funcionamiento de la administración pública (…)”.

Entre otras como el *R. N. 3293-2010, Ejecutoria Suprema emitida el 27 de octubre de 2010*⁹³, en donde indica que es necesario que se imponga una pena privativa de libertad efectiva a una pena suspendida, todo ello a fin de salvaguardar los intereses de la Administración Pública.

⁹³R. N. 3293-2010, Ejecutoria Suprema emitida el 27 de octubre de 2010: “Al respecto debemos precisar lo siguiente: a) es importante tener presente que si bien el merecimiento de la pena a una conducta delictiva es una condición necesaria para imponer una pena a un caso concreto; sin embargo, es insuficiente pues resulta necesario además que la pena sea útil y reporte a la sociedad y al condenado un beneficio respecto a la conservación de los bienes jurídicos y la estabilidad normativa; b) en ese sentido, es importante verificar si en el caso de autos es necesario recurrir a la pena privativa de libertad efectiva para proteger y asegurar el bien jurídico: correcto funcionamiento de la administración pública y si la pena efectiva va a lograr los fines de prevención especial con la sentenciada, esto es, rehabilitarla y reinsertarla en la sociedad, más de lo que podría lograr una pena suspendida (…)”.

SUB CAPÍTULO III: EL FUNCIONARIO Y SERVIDOR EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. LA CALIDAD DE FUNCIONARIO Y SERVIDOR PÚBLICO EN EL DERECHO PENAL Y NORMAS EXTRA-PENALES

En nuestro Código Penal existen los delitos cometidos por particulares o por agentes especiales, es lo que define si el sujeto activo del ilícito es un agente especial o no, y se dé la configuración de un Delito contra la Administración Pública.

El art. 425⁹⁴ del Código Penal precisa una definición aproximada de servidor y funcionario público, incluyendo a los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares; asimismo, la Constitución Política del Perú del 1993, establece en sus artículos 39⁹⁵ y 40⁹⁶ que trabajadores desempeñan la función pública.

El artículo 425° ha establecido los siguientes supuestos:

a) Los que están comprendidos en la carrera administrativa: Hesbert BENAVENTE CHORRES indica que “debemos de remitir a las normas administrativas, dado que, este supuesto descansa en aquellos servidores y funcionarios de carrera que acceden a los cargos y jerarquía por selección

⁹⁴ Artículo 425. Funcionario o servidor público

Son funcionarios o servidores públicos:

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.
4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
6. Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.
7. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.

⁹⁵ Artículo 39°. - Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio a la Nación y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo de la Magistratura, los magistrados supremos, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes, de acuerdo a ley.

⁹⁶ Artículo 40°. - La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente. No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta. Es obligatoria la publicación periódica en el diario oficial de los ingresos que, por todo concepto, perciben los altos funcionarios, y otros servidores públicos que señala la ley, en razón de sus cargos.

y concurso, sobre la base de méritos y que prestan sus servicios de modo permanente a la administración pública”⁹⁷.

En el inciso 1 del Artículo 425 del Código Penal, se refiere a aquellos funcionarios o servidores públicos que están comprendidos en la carrera administrativa, desempeñando labores propias de su función.

- b) Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular:** VALDIVIA MORON, José explica que “El término ‘empleado de confianza’ es utilizado o resulta familiar para la gran mayoría de ciudadanos y las personas que prestan servicios en la administración pública. No obstante, la gran mayoría no conoce o confunde los elementos que los caracterizan”⁹⁸.

El Art. 4° de la Ley N° 28175-Ley Marco del Empleo Público señala que “El que desempeña cargo de confianza técnico o político, distinto al del funcionario público. Se encuentra en el entorno de quien lo designa o remueve libremente y en ningún caso será mayor al 5% de los servidores públicos existentes en cada entidad. El Consejo Superior del Empleo Público podrá establecer límites inferiores para cada entidad. En el caso del Congreso de la República esta disposición se aplicará de acuerdo a su Reglamento”⁹⁹.

En el inciso 2 del Artículo 425 del Código Penal, se refiere a aquellas personas que desempeñan cargos políticos o de confianza, siendo designados libremente.

- c) Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las**

⁹⁷ BENAVENTE CHORRES, Hesbert. (2012). Delitos de Corrupción de Funcionarios. Editorial GACETA PENAL. Lima-Perú. Pág. 84.

⁹⁸ VALDIVIA MORON, José. [En línea] Los empleados de confianza en la Administración Pública Peruana. Artículo alojado en la revista Gestión Pública y Desarrollo-agosto del 2012. Disponible en <[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/8224F4A8FA6EA90605257E2F0063620D/\\$FILE/r evges_1601.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/8224F4A8FA6EA90605257E2F0063620D/$FILE/r evges_1601.pdf)>. Consulta [07/03/2017]. Pág. 16

⁹⁹ Art. 4° de la Ley N° 28175-Ley Marco del Empleo Público.

empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos: César SAN MARTIN CASTRO, Dino CARO CORIA y José REAÑO PESCHIEIRA expone que “esta forma de considerar funcionarios públicos a quienes administrativamente no lo son es característica del modelo penal, que se guía por consideraciones de carácter material y por percibir el carácter funcional de la Administración Pública”¹⁰⁰.

Para BENAVENTE CHORRES “el legislador ha considerado que el sujeto que se integra a las actividades estatales adquiere una posición privilegiada, en cuanto pasará a constituirse en una parte del ente prestacional y, por tanto, sus procesos de comunicación serán administrador-administrado. Lo que se quiere proteger es precisamente la calidad del servicio que la administración pública, en sentido amplio, presta”¹⁰¹.

En el inciso 3 del Artículo 425 del Código Penal, a todos aquellos que mantienen vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con el Estado.

- d) Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares:** BENAVENTE “El origen y fundamento jurídico reside en que tales sujetos se convierten en la extensión del funcionario público que los nombra y que no puede por sí mismo ejercer la función de administrador o depositario sino solo disponer en quien recaerá la administración o el depósito. La autoridad competente que tiene la potestad de nombrar velará por la idoneidad del nombramiento, todo lo cual encuadra en la idea de proteger el correcto funcionamiento de la administración pública. El propósito de la designación es velar por el correcto funcionamiento de la administración pública bajo la forma que se presenten incluso con la concurrencia de terceros. Ahora bien, los terceros deben ser nombrados en

¹⁰⁰ Citado por BENAVENTE CHORRES, Hesbert. (2012). Delitos de Corrupción de Funcionarios. Ob. Cit. Pág. 84-85.

¹⁰¹ Ídem.

acto solemne y bajo las formalidades legales que tal nombramiento exija”¹⁰².

- e) Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional:** Hesbert BENAVENTE indica: “El Código Penal en referencia a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional no ha puntualizado alguna característica preponderante al momento de calificarlo como funcionario público. Sin embargo, debe entenderse que está referido a los que se encuentran en actividad desarrollando funciones preestablecidas en la Fuerza Armada o en la Policía Nacional: quien cumple su función y luego desarrolla su vida privada hasta nuevamente reintegrarse a su función, no corresponderá como funcionario sino como particular y los procesos de incriminación deberán corresponderse con tal realidad fáctica. Es necesario sin embargo, precisar que, estos agentes cometerán los delitos en cuestión, cuando se trate de hechos vinculados a la fuerza que desempeñan según los propios estatutos o leyes orgánicas específica, mas no cuando se trate de hechos desvinculados de la misma, los cuales podrán configurar cualquier otro delito pero no delito contra la administración pública”¹⁰³.
- f) Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades:** Serán considerados como funcionarios o servidores públicos, aquellos que sean designados, elegidos o proclamados por autoridad competente, asimismo, con aquel que mantenga vínculo laboral con empresas del Estado peruano, los mismos que tendrían la calidad de agentes especiales dentro de la administración pública.
- g) Los demás indicados por la Constitución Política y la ley:** BENAVENTE expresa: “Ingresan en este nivel todos aquellos que por razones diversas no sean admisibles en los órdenes anteriores, ya sea porque tienen un régimen propio de carrera administrativa, como los funcionarios y servidores judiciales, docentes y funcionarios de universidades,

¹⁰² Ídem.

¹⁰³ Ibídem. Pág. 85-86.

funcionarios y servidores municipales, etc., o porque simplemente carecen de un sistema de carrera administrativa como en el caso de los notarios”¹⁰⁴.

Bajo lo establecido en el artículo 425°, se señala que personas tienen la calidad de funcionarios y servidores públicos, en el cual se enumera taxativamente los mismos; asimismo establece un numerus apertus de otras personas que pueden gozar de esta calidad, siempre y cuando estén establecidos por la ley y la Constitución Política del Perú.

FRISANCHO APARICIO señala que: “En definitiva, conforme a nuestro Derecho Penal es de aceptación un concepto extensivo de funcionario y servidor público que incluye en él tanto a personas que ejercen circunstancialmente una función pública (interinos, eventuales), como a los particulares que eventualmente realizan un servicio público”¹⁰⁵.

Nuevamente FRISANCHO expone que: “En el Código Penal de 1991 (art. 425°), los criterios para elaborar el concepto de funcionario y servidor público se encuentran dentro de los delitos contra la Administración pública, específicamente en las disposiciones comunes a este Título. Esta ubicación es cuestionable, por ser técnicamente más coherente incluirlo en la Parte General, debido a que sus normas son aplicables a todas las figuras penales de la Parte Especial y, por lo tanto, son impuestas a los otros tipos penales que utilizan los términos funcionario o servidor público, para calificar alguna circunstancia agravante (...)”¹⁰⁶

Al establecerse el artículo 425 del Código Penal el legislador ha brindado cualidades que caracterizan a un funcionario y servidor público, a fin de poder en tipificar el delito cometido como uno contra la Administración Pública.

Tomás Aladino GÁLVEZ VILLEGAS expone que: “Ser considerado funcionario público es ocupar un estatus especial dentro de la Sociedad, el mismo que comporta privilegios y obligaciones distintos al estatus del servidor o empleado

¹⁰⁴ Ídem.

¹⁰⁵ FRISANCHO APARICIO, Manuel (2011). Delitos Contra la Administración de Justicia. JURISTA EDITORES E.I.R.L. Lima-Perú. Pág. 316-317.

¹⁰⁶ Ídem.

público (...) Los funcionarios son los agentes públicos que tienen potestad o capacidad de decisión y de representación del Estado o del Organismo Público en el cual realizan sus actividades, tanto en sus relaciones al interior de la entidad estatal así como el exterior de la misma”¹⁰⁷.

Como lo señala Tomás Aladino Gálvez que el funcionario o servidor público ocupa una especial condición dentro del Estado, lo que le genera ciertos derechos como también deberes, debido a la razón de su cargo.

Para James REÁTEGUI SÁNCHEZ: “(...) el funcionario público, es todo aquel que, con independencia del carácter de la actividad que realice, haya sido nombrado y designado como tal, mediante un acto formal de la Administración, válido y eficaz, para ejercer potestades públicas en el campo de su competencia; independientemente de la naturaleza del vínculo establecido con el Estado”¹⁰⁸.

María José RODRIGUEZ PUERTA señala que: “la cualidad de funcionario público a efectos penales requiere de la concurrencia de dos requisitos, el primero la participación efectiva en el principio de la función pública, y el segundo la previa existencia de una relación jurídica entre el sujeto activo y la estructura administrativa, un título que habilite al agente para el ejercicio de las funciones públicas, de modo tal que se pueda imputar la actividad del sujeto activo al ejercicio de los poderes públicos (...)”¹⁰⁹.

El Decreto Supremo N° 005-90-PCM-Reglamento de la Carrera Administrativa, en su art. 4 nos da un concepto de funcionario público, definido como:

“Artículo 4º.- CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO. - Considerase funcionario al ciudadano que es elegido o designado por autoridad competente, conforme al ordenamiento legal, para desempeñar cargos del más alto nivel en los poderes públicos y los organismos con autonomía. Los cargos políticos y de confianza son los determinados por ley”.

¹⁰⁷ Citado por REATEGUI SÁNCHEZ, James (2014). Delitos cometidos por Funcionarios en contra de la Administración Pública. Ob. Cit. Pág. 64.

¹⁰⁸ REATEGUI SÁNCHEZ, James (2014). Delitos cometidos por Funcionarios en contra de la Administración Pública. JURISTA EDITORES E.I.R.L. Lima-Perú. Pág. 65.

¹⁰⁹ Citado por REATEGUI SÁNCHEZ, James (2014). Delitos cometidos por Funcionarios en contra de la Administración Pública. Ob. Cit. Pág. 65

El artículo 2° de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción ratificada por el Estado peruano el 16 de noviembre de 2004 señala lo siguiente:

A los efectos de la presente Convención:

a) Por “funcionario público” se entenderá:

i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo;

ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte;

iii) toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por “funcionario público” toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte.

2. ELEMENTOS DEL CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO:

Julio RODRIGUEZ VÁSQUEZ nos muestra un esquema dual para poder identificar cuando estamos frente a un funcionario público:

a) “Incorporación heterónoma a la función pública: el sujeto deber ser incorporado a la función pública a través de un acto de selección, designación o elección. Dichos actos comparten el hecho de que la incorporación a la función pública está sujeta a un poder externo o ajeno (norma o autoridad) al sujeto que pretende ser funcionario público. En otras palabras, el sujeto es incorporado a través de una selección (a través de concurso público), elección (funcionarios electos a través de sufragio) y/o designación (una autoridad competente destina al sujeto para la función pública, lo cual no necesariamente se producirá a través de la vía formal).

b) Posibilidad efectiva de ejercicio de la función: el sujeto debe tener una posición de cercanía con el bien jurídico. En tal sentido, el sujeto deberá tener la posibilidad concreta (y no abstracta o irreal) de ejercitar el poder otorgado al momento de su incorporación a la función pública. En otras palabras, el sujeto deberá poder vincular al Estado con sus actos”¹¹⁰.

El funcionario público cuenta con ciertas características en las que se encuentra el estar incorporado en la administración pública a través de concurso público o elección, y posteriormente ejercer su cargo y tener a su bajo su custodia o administración los diferentes bienes.

3. SERVIDOR PÚBLICO

A diferencia de las características que deben presentarse para que un agente sea considerado funcionario público, el servidor no cuenta con las mismas, así tenemos a GÁLVEZ VILLEGAS quien define que: “Los Servidores o Empleados Públicos no resultan vinculados a la Administración Pública con la misma intensidad que los funcionarios públicos, pues su nivel de deberes y obligaciones no son de la misma magnitud que la de estos, inclusive normalmente no desempeñan cargos decisivos y tampoco están a cargo de los presupuestos o encargados del patrimonio de la entidad u organismo donde desempeñan sus labores”¹¹¹.

El Decreto Supremo N° 005-90-PCM-Reglamento de la Carrera Administrativa, en su art. 3 nos da un concepto de servidor público, definido como:

“Artículo 3º.- CONCEPTO DE SERVIDOR PUBLICO. –

Para los efectos de la ley, entiéndase por servidor público al ciudadano en ejercicio que presta servicio en entidades de la Administración Pública con nombramiento o contrato de autoridad competente, con las formalidades de la ley, en jornada legal y sujeto a retribución remunerativa permanente en períodos regulares”.

¹¹⁰ RODRIGUEZ VÁSQUEZ, Julio [En línea]. Caso Aliaga Jacinto locutor de servicios DEVIDA-Concepto de Funcionario Público. Artículo alojado en el Proyecto Anticorrupción IDEHPUCP. Disponible en <<http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/boletin-31-comentario-devida.pdf>>. Consulta [25/02/2017]. Pág. 12-13.

¹¹¹ Citado por REATEGUI SÁNCHEZ, James. (2014). Delitos cometidos por Funcionarios en contra de la Administración Pública. Ob. Cit. Pág. 70

Asimismo, el Art. 4^o¹¹² de la Ley N° 28175-Ley Marco del Empleo Público, clasifica al personal del empleo público en funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos.

La novena Disposición Final de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, constituyen definiciones básicas para efectos de referida Ley:

“Servidor o Funcionario Público. - Es para los efectos de esta Ley, todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentra, mantiene vínculo laboral, contractual o relación de cualquier naturaleza con alguna de las entidades, y que en virtud de ello ejerce funciones en tales entidades”.

Según lo que mencionó el anterior autor, es que servidor y empleado público tendrían el mismo significado; así como, que un servidor se encuentra en una relación de subordinación frente al funcionario público, quien si tiene la facultad de decisión en los temas económicos y políticos del Estado.

Por lo general el servidor público presta sus servicios al Estado en mérito de una relación contractual con el mismo, con las debidas formalidades de ley, lo que le permite incorporarse válidamente a la carrera administrativa, asumiendo la función y/o cargo que le fue encomendado; asimismo gozar de estabilidad y permanencia y percibir una remuneración como contraprestación al servicio que brinda al Estado.

¹¹² Artículo 4.- Clasificación El personal del empleo público se clasifica de la siguiente manera:

1. 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. El Funcionario Público puede ser: a) De elección popular directa y universal o confianza política originaria. b) De nombramiento y remoción regulados. c) De libre nombramiento y remoción.

2. Empleado de confianza. - El que desempeña cargo de confianza técnico o político, distinto al del funcionario público. Se encuentra en el entorno de quien lo designa o remueve libremente y en ningún caso será mayor al 5% de los servidores públicos existentes en cada entidad. El Consejo Superior del Empleo Público podrá establecer límites inferiores para cada entidad. En el caso del Congreso de la República esta disposición se aplicará de acuerdo a su Reglamento.

3. Servidor público. - Se clasifica en: a) Directivo superior. - El que desarrolla funciones administrativas relativas a la dirección de un órgano programa o proyecto, la supervisión de empleados públicos, la elaboración de políticas de actuación administrativa y la colaboración en la formulación de políticas de gobierno. A este grupo se ingresa por concurso de méritos y capacidades de los servidores ejecutivos y especialistas, su porcentaje no excederá del 10% del total de empleados de la entidad. La ineficiencia en este cargo da lugar al regreso a su grupo ocupacional. Una quinta parte del porcentaje referido en el párrafo anterior puede ser designada o removida libremente por el titular de la entidad. No podrán ser contratados como servidores ejecutivos o especialistas salvo que cumplan las normas de acceso reguladas en la presente Ley. b) Ejecutivo. - El que desarrolla funciones administrativas, entiéndese por ellas al ejercicio de autoridad, de atribuciones resolutorias, las de fe pública, asesoría legal preceptiva, supervisión, fiscalización, auditoría y, en general, aquellas que requieren la garantía de actuación administrativa objetiva, imparcial e independiente a las personas. Conforman un grupo ocupacional. c) Especialista. - El que desempeña labores de ejecución de servicios públicos. No ejerce función administrativa. Conforman un grupo ocupacional. d) De apoyo. - El que desarrolla labores auxiliares de apoyo y/o complemento. Conforman un grupo ocupacional.

4. EL FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL DELITO DE PECULADO

Habiendo definido aspectos generales, respecto a la figura de funcionario y servidor público, ahora bien, veremos la vinculación que mantiene el mismo con el delito de peculado.

Para Fidel ROJAS VARGAS dice que: “El funcionario público es el agente más importante de la estructura jurídica estatal de un país que ocupa determinados estatus institucionales y tiene asignados específicos roles que debe desempeñar y con relación a los cuales responde tanto positiva o negativamente. En el primer caso con la aprobación y reconocimiento de la Nación y la ciudadanía; en el segundo frente a los órganos de control del Estado”¹¹³.

Para Manuel FRISHANCHO APARICIO y Alonso Raúl PEÑA CABRERA dicen que: “El funcionario público es quien actúa por delegación de Estado en las relaciones externas de la administración con los administrados, expresando ante éstos, la voluntad de aquél”¹¹⁴.

Según BIELSA expone que: “empleado público es el que prestando servicios en la administración o actúa con dicha delegación y lo hace exclusivamente en las relaciones internas de la misma administración”¹¹⁵

Continúa FRISHANCHO APARICIO y Alonso Raúl PEÑA CABRERA: “Los funcionarios o empleados públicos que pueden cometer o contra quienes se puede cometer los delitos contra la administración pública son aquellos que ocupan sus cargos reuniendo los requisitos constitucionales o legales para desempeñarlos, en virtud de nombramiento o elección y posesión válidos. Se trata de los funcionarios públicos de derecho o de iure (...) Los funcionarios de hecho o de facto son aquellos que ejercen la función pública sin colmar las exigencias de tipo constitucional o legal (...)”¹¹⁶

De lo expuesto se puede argumentar que la condición de funcionario público la tiene la persona que llega a un cargo público, mediante elección y para

¹¹³ ROJAS VARGAS, Fidel (2007). Delitos Contra la Administración Pública. Pág. 481

¹¹⁴ FRISHANCHO APARICIO, Manuel y PEÑA CABRERA, Alonso Raúl (1999). Tratado de Derecho Penal Delitos Contra la Administración Pública. EDITORA “FECAT”. Lima-Perú. Pág. 28.

¹¹⁵ Citado por FRISHANCHO APARICIO, Manuel y PEÑA CABRERA, Alonso Raúl. Ob. Cit. Pág. 28

¹¹⁶ *Ibidem*. Pág. 29.

desempeñar un cargo de confianza, que se les confiere para efectuar determinadas actividades en servicio de la comunidad; y en específico en el delito de peculado, se entenderá por aquel que aprovechando esta condición se apropie, utilice, use o deje que un tercero sustraiga bienes del Estado, cumpliendo con estos verbos rectores ya sea para sí mismo o para que un tercero obtenga algún provecho.

5. SUJETO ACTIVO

El delito de peculado, al ser un ilícito de carácter especial, es que el sujeto activo debe tener una relación con el Estado para configurar el mismo, por lo que, REATEGUI afirma que: "(...) En esta medida sujeto activo del delito de peculado únicamente podrá ser quien tenga con el Estado una relación funcional específica. El sujeto activo del delito es así titular de una confianza que lo obliga a actuar de un modo determinado regular respecto a los caudales o efectos que percibe, administra o custodia"¹¹⁷.

SALINAS SICCHA expresa que: "Al contrario de lo que sucede con el sujeto activo de los delitos patrimoniales que puede ser cualquier persona, los tipos penales no exigen que el agente cuente con determinadas cualidades o condiciones; solo exige que el agente se haya apoderado de un bien ajeno o parcialmente ajeno mediante la sustracción. En lógica no podrá ser sujeto activo del delito de hurto el propietario de tales bienes. Si llega a determinarse que la sustracción la ha realizado el propio propietario del bien a un posesionario, por ejemplo, no será autor de un delito de hurto sino del delito de apropiación ilícita"¹¹⁸.

Como anteriormente se ha mencionado este delito tiene un carácter especial, limitado a los funcionarios y servidores públicos. Es así que REATEGUI refiere: "(...) el sujeto activo del delito de peculado únicamente podrá ser quien tenga con el Estado una relación funcional específica. El sujeto activo del delito es así titular de una confianza que lo obliga a actuar de un modo determinado regular respecto a los caudales y efectos que percibe, administra o custodia"¹¹⁹.

¹¹⁷ REATEGUI SÁNCHEZ, James (2014). Delitos cometidos por Funcionarios en contra de la Administración Pública. Pág. 237.

¹¹⁸ Citado por REATEGUI SÁNCHEZ, James. Delitos cometidos por Funcionarios en contra de la Administración Pública. Ob. Cit. Pág. 237-238.

¹¹⁹ REATEGUI SÁNCHEZ, James (2015). Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal. Pág. 420.

Para PORTOCARRERO HIDALGO: “El funcionario o servidor público que utiliza o se apropia de caudales o efectos confiados en razón de su cargo o labor. No será sujeto activo si realiza el mismo comportamiento con bienes confiados a otros funcionarios”¹²⁰

ROJAS VARGAS, ejemplifica que: “El particular que entra en posesión de bienes del Estado y se los apropia o utiliza no comete delito de peculado, tampoco el usurpador del cargo, razón por la cual carecen de calidad de autores de dicho delito. El funcionario o servidor público que sustrae, se apropia o usa de los bienes, sin poseer el citado vínculo funcional con la cosa, no podrá ser igualmente autor de peculado”¹²¹.

En estos casos si bien es cierto el agente común, no incurriría en el ilícito de peculado, pero sí lo haría el funcionario público debido a que, por su imprudencia o inobservancia, se produjo la sustracción de un bien o efecto, mas no actuaría dolosamente, una persona ajena a la administración pública se apropia o utiliza algún bien que se le fue confiado, aquí vendría a tallar la figura del Delito de Peculado Culposo, sancionado en cuarto párrafo del artículo 387, la misma que se analizará con posterioridad.

6. SUJETO PASIVO

El Expediente N° 011-2001, emitida por la Segunda Sala Superior Penal Especial de la Corte Superior de Justicia (sentencia) de fecha 8 de agosto de 2006 señala que:

“Es sujeto pasivo de este delito el Estado, en la más amplia diversidad de sus manifestaciones, dado que este sujeto es el que se ve afectado su patrimonio”.

Respecto al sujeto pasivo la doctrina concuerda que es el Estado, debido a que el funcionario o servidor público que se apropia de estos bienes, estaría directamente sustrayéndolos del erario nacional. Generalmente el Estado en estos delitos de corrupción se encuentran representados por la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la jurisdicción en la que se presenten dichos delitos.

¹²⁰ PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. Delitos contra la Administración Pública. Pág. 171.

¹²¹ ROJAS VARGAS, Fidel (2007). Delitos Contra la Administración Pública. Pág. 481.

Teniendo en consideración que la defensa jurídica del Estado en los delitos establecidos en las secciones II, III y IV del Capítulo II del Título XVIII del libro segundo del Código Penal, lo ejerce la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, ello en conformidad con el Artículo 46^{o122} del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1068 del Sistema de Defensa Jurídica del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 017-2008-JUS.

¹²² Artículo 46.- Del Procurador Público Especializado en delitos de corrupción

El Procurador Público Especializado en delitos de corrupción interviene en las investigaciones preliminares, investigaciones preparatorias y procesos judiciales por la comisión de los ilícitos penales contemplados en las secciones II, III y IV del Capítulo II del Título XVIII del Libro Segundo del Código Penal, como consecuencia de una denuncia de parte, el conocimiento de una noticia criminal o por la intervención del Ministerio Público. Cuando producto de una acción de control, se identifiquen indicios razonables de la comisión de los delitos señalados en el párrafo anterior se procederá de acuerdo a lo dispuesto en la Ley N° 27785 - Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y la Contraloría General de la República.

SUB CAPITULO IV: EL PERJUICIO PATRIMONIAL EN EL DELITO DE PECULADO

1. PERJUICIO PATRIMONIAL Y SU RELEVANCIA EN EL DELITO DE PECULADO

Ramiro SALINAS SICCHA señala: “Para configurarse el delito de peculado es necesario que, con la conducta de apropiación o utilización de los bienes públicos, por parte del agente, se haya causado perjuicio al patrimonio del Estado o una entidad estatal”¹²³.

La Ejecutoria Suprema del 13 de marzo del 2003, del expediente N° 3858-2001-La libertad señala que:

“En el delito de peculado tanto en su modalidad dolosa como culposa, se sanciona la lesión sufrida por la Administración Pública al ser despojada de la disponibilidad de sus bienes; despojo que es producido por quienes ostentan el poder administrador de los mismos, como son los funcionarios o servidores públicos, quienes al incumplir el mandato legal que establece el destino que debe darse a tales bienes, permiten que el Estado pierda su disponibilidad sobre el bien y este no cumpla su finalidad propia y legal”.

SALINAS SICCHA expone “La jurisprudencia nacional se ha orientado en este sentido al punto que en todo proceso penal por peculado se exige la realización de una pericia técnica contable o en su caso, de valorización, por la cual se evidencie el perjuicio patrimonial ocasionado al Estado. Si la pericia concluye que con la conducta del investigado no se ocasionó perjuicio patrimonial alguno, el delito de peculado no se verifica al faltarle un elemento objetivo”¹²⁴.

La Recurso de Nulidad N° 889-2007- Lima, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de fecha 23 de septiembre del 2008:

“Constituye ya una línea jurisprudencial definida, considerar acreditada la lesión al patrimonio público con la presentación positiva de la pericia técnica (valorativa o contable), en razón de que esta permite establecer la existencia

¹²³ SALINAS SICCHA, Ramiro (2016). El Delito de Peculado en la legislación, jurisprudencia y doctrina peruana. Artículo alojado en la Gaceta Penal & Procesal Penal: Delitos Contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos. EDITORIAL Gaceta Jurídica S.A. Lima-Perú. Pág. 282.

¹²⁴ Ídem.

de los bienes, apreciar el destino de los mismos y demostrar diferencias entre los ingresos y egresos de dinero; que, por tanto, de las conclusiones en ella contenidas y en la seriedad del análisis y evaluación técnica de los datos que la sustenta dependería la existencia del aspecto material del delito”.

En estos casos para la determinación del delito de peculado es indispensable que exista este elemento del “perjuicio patrimonial” la cual debe determinarse a partir de una pericia contable o valorativa, de lo contrario no constituiría referido delito.

Elvia BARRIOS ALVARADO refiere que: “es un delito contra la Administración Pública y no contra la propiedad: a consecuencia de que el servidor traiciona sus deberes, quebranta la correcta marcha patrimonial de la Administración Pública. Por ende, en razón de las consideraciones esbozadas respecto al bien jurídico, el perjuicio ‘patrimonial’ no es exigible para la configuración de este ilícito penal”¹²⁵.

El artículo 387 y 388 del Código Penal no hace referencia a un monto mínimo a diferencia del país de Chile, el mismo que se encuentra alojado en el Art. 233¹²⁶ del Código Penal de la República de Chile, el cual establece 1 Unidad Tributaria Mensual (\$ 45.907,00 Pesos Chilenos), equivalentes a S/.232.66 soles (moneda nacional), como cuantía mínima para la configuración del ilícito de Peculado.

En cuanto a nuestro ordenamiento jurídico no importa si el perjuicio al Estado es mínimo para que configure el delito de peculado, más sí agrava las penas en ciertas circunstancias de la comisión del ilícito.

¹²⁵ Citado por SALINAS SICCHA, Ramiro (2016). El Delito de Peculado en la legislación, jurisprudencia y doctrina peruana. Ob. Cit. Pág. 283.

¹²⁶ Art. 233 El empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los substraiga o consintiere que otro los substraiga, será castigado: 1.º Con presidio menor en su grado medio y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si la substracción excediere de una unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales. 2.º Con presidio menor en su grado máximo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si excediere de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta unidades tributarias mensuales. 3.º Con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si excediere de cuarenta unidades tributarias mensuales. En todos los casos, con la pena de inhabilitación absoluta temporal en su grado mínimo a inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos.

En la Ejecutoria Suprema de fecha 21 de diciembre de 1990 se fundamenta que: *“El delito de peculado es una figura delictiva específica, en la cual para su calificación como tal no se tiene en cuenta el monto del desmedro patrimonial, por lo que no es procedente dar su cuantía para considerarlo como falta”*.

El 3 de agosto de 2010 se presentó como propuesta legislativa el Proyecto de Ley N° 4187/2010-PJ, "Ley de reforma de los delitos contra la administración pública", el mismo que fue aprobado por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Referido proyecto de ley, proponía imponer una cuantía mínima para el delito de peculado, la cual era de 2 Unidades Impositivas Tributarias¹²⁷ para el peculado doloso y 2 remuneraciones mínimas vitales¹²⁸ para el culposo, asimismo, introducir el peculado por omisión.

Se argumentó que “el sistema penal no puede asumir cualquier conducta de apropiación de un bien por parte del funcionario, desplegando todos sus recursos, con abstracción del valor de lo apropiado. Esto revela una actitud moralizante y demagógica por parte del legislador. Por ello se plantea que al igual que en los delitos contra el patrimonio se establezca un límite cuantitativo para configurar el peculado como un delito; un criterio puede ser de la remuneración mínima vital. Ello no significa que la conducta de un funcionario que se apropie de un bien, por debajo del límite, quede sin consecuencia alguna. Para ello, sirve el Derecho Administrativo disciplinario, cuya sanción mayor es la destitución del funcionario o servidor, sin desmedro de que devuelva el bien o el valor de lo apropiado”.

El 13 de abril de 2011 se emitió el dictamen aprobándolo, y convirtiéndose en la ley N° 29703 publicada el 10 de junio del 2011, la cual no recogió las propuestas legislativas planteadas.

“Con dicha iniciativa se buscó, en gran medida, incorporar los aportes del Derecho Comparado al respecto, así como acentuar y unificar la línea

¹²⁷ Equivalente a S/. 7 200.00 soles, en referencia que en el año 2010 el valor de la UIT era de S/.3 600.00 soles, mediante D.S.311-2009-EF (30-12-2009).

¹²⁸ Equivalente a S/. 1 100.00 soles, en referencia que en el año 2010 la remuneración mínima vital era de S/.550.00 soles, mediante D.S N° 022-2007-TR.

jurisprudencial de los últimos años, razones por las que se propuso no sólo la modificación del contenido de determinados tipos legales en materia de corrupción, sino que además se postuló la inclusión de otros y el respectivo reordenamiento punitivo de algunos más.

La Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República elaboró y posteriormente aprobó el 13 de abril de 2011 un Texto Sustitutorio al Proyecto de Ley original presentado por el Poder Judicial, en el que no se consideraron varios cambios normativos planteados (...).

No obstante, lo expuesto, y pese a algunas imprecisiones técnicas y deficiencias político criminales políticas perfectibles, la Ley No. 29703 introduce aspectos positivos que es de rigor valorar. Por lo demás, la Corte Suprema de Justicia de la República, en tanto autora de la iniciativa originaria, analizará con mayor detalle la ley en cuestión y, oportunamente, propondrá, de ser el caso, las reformas que correspondan¹²⁹.

La Comisión de Justicia en el análisis a lo propuesto mediante Proyecto de Ley N° 4187/2010-PJ, respecto al delito de peculado, analizó lo siguiente:

“Resulta curioso como en este delito tan grave la pena siga siendo la misma y se restringe la tipicidad con la cláusula del monto pecuniario. Es decir, la Sala plena de la Corte Suprema opta aquí por exigir mayores criterios de lesividad material de los que se aparta el Delito de Colusión. Y hay que preguntarse qué pasa con las apropiaciones o utilizaciones de caudales o efectos que no llegan a las dos unidades impositivas tributarias (que superen los 7,200 nuevos soles). ¿Tendrán que ser consideradas faltas o es que serán atípicas? Eso es lo que quiere la Corte Suprema, está propiciando o induciendo a apropiaciones ‘pequeñas’. Hay que tomar en cuenta que a los particulares se les castiga por el delito de hurto cuando sustraen bienes cuyo valor es superior a una remuneración mínima vital (600 nuevos soles a la fecha). De ser así donde queda la tesis de infracción del deber, el Peculado pasaría a ser un delito patrimonial.

¹²⁹ La Ley N° 29703 no recoge la propuesta legislativa formulada por el Poder Judicial. [En línea]. Disponible en < <http://historico.pj.gob.pe/imagen/noticias/noticias.asp?opcion=detalle&codigo=18926>>. Consulta [22/02/2017].

Resulta igualmente extraño- en la lógica de redacción del Peculado que maneja la Corte Suprema- que se criminalice el peculado culposo con base a dos remuneraciones mínimas vitales y no así con las dos UIT. Se es más severo con el peculado culposo que con el Peculado doloso. Ello es contradictorio e irrazonable.

El criterio de costo económico de los bienes apropiados se ha utilizado en otras legislaciones penales, en el marco del peculado, para agravar la conducta, no para descriminalizarla o sugerir espacios de reconducción disciplinaria. Lo cual, no implica que, en la práctica, las apropiaciones o utilidades de mínima entidad de bienes públicos, sean vistas bajo el principio de insignificancia o de bagatela, en el marco de interpretación del operador jurídico que siempre se reconduce (o debe hacerlo) en su análisis bajo la directriz del principio de lesividad para el bien jurídico protegido.

En este escenario de reforma al delito de peculado, se considera no felices varias de las propuestas. Planteándose en cambio un texto sustitutorio, que establezca una circunstancia agravante cuando el valor de lo apropiado o utilizado excede las diez unidades impositivas tributarias. Se incrementan tanto el extremo mínimo de pena del peculado doloso básico (2 a 4 años), como al crearse la modalidad agravada de peculado doloso en razón al monto de lo apropiado (6 a 10 años). Con estas cadenas de punibilidad segmentadas se posibilita al juzgador efectuar determinaciones de pena que tomen en cuenta las circunstancias que rodean la ejecución del delito como las consideraciones personales del sujeto infractor. Se acepta la introducción de peculado doloso por omisión”.

1.1 PRUEBA PERICIAL

ROJAS VARGAS expresa que para probar el delito de peculado se requiere: “La Corte Suprema ha señalado en constante jurisprudencia que el peculado requiere de pericia técnica que demuestre el perjuicio patrimonial al Estado. Si la persona que se halla en relación material directa o jurídico-indirecta con el bien público no da explicaciones de lo sucedido con dichos bienes, si se demuestra que esta persona estaba en posesión jurídica o en posesión material de los bienes y de repente el dinero o los bienes desaparecen, hay una presunción de que él se los ha apropiado. La labor de investigación penal irá acumulando medios de prueba (indicios,

testimonios, verificaciones in situ, pericias) para llegar a la conclusión de que esta persona es quien se ha apropiado de parte del patrimonio público. No obstante, es deber del órgano persecutor del delito acreditar el perjuicio mediante prueba técnica, sin el cual no se podría demostrar uno de los extremos de la lesividad al bien jurídico protegido”¹³⁰.

La prueba pericial¹³¹ [...] consta de tres elementos:

- 1.1.1 El reconocimiento pericial** (reconocimientos, estudios u operaciones técnicas, esto es, las actividades especializadas que realizan los peritos sobre el objeto peritado),
- 1.1.2 El dictamen o informe pericial** —que es la declaración técnica en estricto sentido—, y
- 1.1.3 El examen pericial propiamente dicho.** A ellos, de uno u otro modo, se refiere el Código de Procedimientos Penales tanto al regular la instrucción como al normar el juicio oral.

En cuanto a su valoración judicial en el R. N. 710-2011, Ejecutoria Suprema emitida el 16 de noviembre de 2011 se señala que:

“(...) cierto es que el Juzgador no puede quedar atado fatalmente a las conclusiones de los peritos, dado que un criterio de tal naturaleza importaría investir al perito de la condición de juez de jueces. Y es que no obstante la relevancia —por su nivel de especialidad— de un dictamen pericial, aquel apareja, en contrapartida la sujeción del mismo a determinadas exigencias, tales como que sus conclusiones sean convincentes, por lo que la adopción de estas en la decisión final demandará descartar la no existencia de otro u otros medios de prueba que desvirtúen su carácter asertivo o concluyente y, evidentemente, en sus elementos sustentatorios. A su vez, la valoración judicial que debe merecer una pericia, no puede limitarse a una recepción a-crítica y autónoma solamente de las conclusiones, sino a recoger los datos —confiables— del

¹³⁰ ROJAS VARGAS, Fidel (2016). Manual Operativo de los Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos. Pág. 254-255.

¹³¹ Acuerdo Plenario 2-2007/CJ-116 emitido el 16 de noviembre de 2007 por el Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias.

análisis que resulten idóneos para debido esclarecimiento del hecho imputado (...)”.

1.2 Necesidad de la prueba pericial

En el R. N. 4870-2009, Ejecutoria Suprema emitida el 22 de octubre de 2010:“(...) por consiguiente, es necesario que en la siguiente etapa del proceso penal se esclarezcan los hechos imputados, en cuya oportunidad a efectos de superar las aparentes discrepancias entre las conclusiones de las pruebas de cargo y las ofrecidas por la defensa de los encausados se realizará un debate pericial y luego se determinará si en efecto de las conductas y actos realizados por los encausados fluye la existencia de acuerdos con fines colusorios a efectos de defraudar a la agraviada; que, en consecuencia, a fin de garantizar efectivamente los principios básicos del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, debe anularse el auto recurrido (...)”

El R. N. 251-2010, Ejecutoria Suprema emitida el 19 de agosto de 2010:

“Que producida dicha contradicción entre las pruebas de cargo y de descargo, se imponía, que en el curso del juzgamiento se actúe la ratificación y examen del perito que formuló los informes contables favorables a los procesados, así como la actuación de un debate pericial con los peritos que informaron a favor de la incriminación fiscal (...)”

Como se señaló es fundamental que se demuestre mediante pericias técnicas y/o valorativas, el perjuicio que sufrió la Administración Pública, para así atribuir el delito de peculado al agente que infringió su deber.

1.3 Prueba Documental

La Recurso de Nulidad N°2995-2009, Ejecutoria Suprema emitida el 24 de setiembre de 2010 expone:

“(...) La intervención de Auditoría Interna del Ministerio de Trabajo y Promoción del empleo, con el concurso del Director Regional del Trabajo de Lima, no es propiamente ilegal. Si bien no son autoridades penales, de

ahí que sus diligencias no tienen el carácter de prueba preconstituida, sus constancias documentales y sus declaraciones son valorables como tales: documentos y testimoniales, y estas corroboran los cargos formulados por la denunciante”.

En cuanto a los documentos, se sabe que el funcionario o servidor público debe tener una relación funcional con la Administración Pública, para lo que es fundamental que se cuente con este documenta que acredita su calidad (ficha escalafonaria, resolución de designación, etc...)

SUB CAPITULO V: PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL

1. GENERALIDADES

Se entiende por principios a todo aquello enunciado normativo que plantea lineamientos o parámetros que sirven para integrar o interpretar normas jurídicas cuya aplicación es algo compleja o dudosa.

Para Juan FERNÁNDEZ CARRASQUILLA la dogmática de principios se da de la siguiente forma “Esta dogmática va de los principios a las categorías dogmáticas y de éstas a la elaboración de una síntesis del injusto típico y la responsabilidad penal estrictamente personal, para llegar desde luego a la pena como un ‘mal social necesario’ que, para ser usado racionalmente en el contexto constitucional de un Estado social y democrático de derecho, tiene que ser minimizado y no maximizado en cada uno de sus pasos y cumplir funciones realmente necesarias de función”¹³².

El autor hace referencia al tema racional que debe primar en un Estado, y que la pena al ser un mal necesario, debe ser minimizado, para que cumpla su función principal. Esto es que no debe ser aplicada solo para provocar temor en un futuro infractor de la norma.

El autor antes citado define que: “Objetivo final del Derecho Penal es la protección de las libertades, que tradicionalmente se conocen como bienes jurídicos. El Derecho Penal protege las libertades previniendo los ataques a las mismas por medio de la amenaza y aplicación de las penas, que consisten en disminución o pérdida de libertades. Por consiguiente, el Derecho Penal liberal de un Estado democrático de derecho alcanza sus objetivos por el doble camino de minimizar el poder punitivo (principio del menor mal posible dentro de lo necesario) y maximizar las libertades (principio del mayor bien posible dentro del orden justo a que aspira el Estado social y democrático de derecho)”¹³³.

¹³² FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho Penal Parte General- Principios y categorías dogmáticas. Editorial IDEMSA. Primera Edición. Lima-Perú. Pág. 46-47.

¹³³ Ibídem. Pág. 47.

Juan FERNÁNDEZ CARRASQUILLA expone que “La creación y extensión de la punibilidad, esto es de tipos agravantes, es tarea privativa de la legislación y por tanto no se la puede arrojar el operador jurídico mediante ningún instrumento de interpretación. Ninguna interpretación dogmática del Derecho Penal positivo es constitucionalmente legítima si lleva la punición más allá del tenor literal de los tipos (principio de estricta legalidad de delitos y sanciones penales)”¹³⁴.

En el caso del delito de peculado, se puede apreciar que con el pasar del tiempo se han ido incrementando las penas, se ha incorporado la inhabilitación, así como se han establecido agravantes; con la finalidad que éstas penas provoquen amenaza en el sujeto activo para que no cometan estos hechos; todo ello refleja el predominio de la política criminal en nuestro ordenamiento jurídico.

2. CONCEPTO Y FUNCIÓN DE LOS PRINCIPIOS

El autor antes citado señala que “Los principios son, ante todo, fuente, origen y fundamento de aquello a que se refieren. Por ello comienza una cosa o un conocimiento. Su principalía no descansa tanto en ser primeros en el tiempo, sino en el fundamento y en la lógica”¹³⁵.

Según FERNÁNDEZ CARRASQUILLA “Los principios del Derecho Penal, se reitera, puede poseer carácter extrínseco, según que se los construya u observe como trascendentes o como imanes al ordenamiento jurídico-penal (...)”¹³⁶.

2.1 FUNCIONES DE LOS PRINCIPIOS

LARENZ ha destacado lo siguiente:

- a) “Función positiva; más o menos indeterminada y abierta, según la cual esos principios sirven para señalar el contenido de las demás

¹³⁴ Ídem.

¹³⁵ Ídem. Pág. 119.

¹³⁶ Ídem. Pág. 119-120.

El contenido de la personalidad con que están relacionados, no está a disposición del legislador, ni tienen excepciones en el orden interno, es decir, no son manipulables los contenidos esenciales de estos principios y de los derechos a que apuntan no son disponibles ni negociables, ni pueden sacrificarse en aras de la consecución de intereses colectivos, pues constituyen “cartas de triunfo” del individuo como persona frente al colectivo (DWORKIN).

regulaciones y por tanto para influir en las futuras decisiones jurídicas y;

- b) Función negativa; más clara y precisa e incluso más fuerte, que consiste en la 'exclusión de los valores contrapuestos y de las normas que descansan sobre estos valores'¹³⁷

Los principios en el ordenamiento jurídico cumplen determinadas funciones como de interpretación y aplicación supletoria en caso de encontrarse un vacío o deficiencia de la ley, así como los tipos penales deben ir en armonía con los principios del derecho.

3. PRINCIPIOS

3.1 PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN

Antonio CANCINO MORENO define que "El principio de mínima intervención puede entenderse como el marco de orientación general de los principios del Derecho Penal, al menos del Derecho Penal liberal moderno. Esto significa que todos ellos apuntan a los límites del Derecho Penal y por tanto a su legitimación democrática (...) Ninguna norma, en efecto indica que tan 'mínimo' haya de ser cada Derecho Penal, pero la política criminal y la ciencia del Derecho Penal tienen identificados unos principios limitadores de cuya aplicación resulta un Derecho Penal mínimo; tales son, por ejemplo, la configuración del Derecho Penal como subsidiario y fragmentario y la regencia de un seno de principios limitadores tales como los de necesidad, proporcionalidad, lesividad, culpabilidad, respeto a la dignidad, etc"¹³⁸.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA señala "La legitimación del Derecho Penal supone, en estas condiciones, no solo que los recursos punitivos se actúen en último extremo y por esto en el mínimo posible de casos; sino también y sobre todo que se operen en y sobre una sociedad relativamente justa. Los males que la pena criminal entraña o acarrea representa una especie de 'injusticia socialmente necesaria', pero este grado de injusticia crece de modo abrupto y se torna intolerable cuando se opera en una sociedad

¹³⁷ Citado por FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho Penal Parte General- Principios y categorías dogmáticas. Ob. Cit. Pág. 124.

¹³⁸ Citado por FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho Penal Parte General- Principios y categorías dogmáticas. Ob. Cit. Pág. 151

injusta (opresiva y desigualitaria) en la que la pena deviene ‘represión sobrante’, innecesaria e inútil que agrava la injusticia social y no solamente la conserva”¹³⁹.

Imponer penas más altas, es para muchos una gran herramienta para preservar el orden dentro de un Estado, pero no siempre es un sistema óptimo que garantice la disminución de hechos ilícitos, con el que se pretende preservar el sistema penal.

El autor antes citado expone “La mínima intervención penal presupone la necesidad social de la pena y de ésta no puede hablarse en tanto no se hayan agotado, al menos relativamente, los medios estatales de intervención y transformación sociales que se traducen en el recurso constante de una adecuada política social y económica que busque la mayor expansión y el mayor beneficio individual igualitario de los derechos fundamentales”¹⁴⁰.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA indica “El principio de mínima intervención, llamado también del mínimo Derecho Penal o ‘Derecho Penal mínimo’, presenta aspectos, grados, y manifestaciones diversas. Es, pues, un principio muy general de política criminal que envuelve, en unidad de sentidos diversos mecanismos jurídicos y políticos, todos ellos confluentes a que en cada sociedad y en cada momento histórico exista el mínimo absolutamente posible de Derecho Penal y éste alcance en sus efectos al menor número posible de personas, les ocasione (a ellas y a la comunidad) los males menos graves posibles y les procure, si es posible, el mayor beneficio que pueda lograrse con tal excepcional intervención”¹⁴¹.

José URQUIZO OLAECHEA expresa que “En el plano legislativo, la creación de las normas se ajusta a finalidades (ninguna finalidad se admite en cuanto quiebre las reglas del ordenamiento constitucional), por ello, se explica que las nuevas leyes deben tener como fuente las reglas que el Estado de Derecho concede. La cláusula de no exceso, significa que la creación de normas punitivas o las ya existentes no se desplacen al

¹³⁹ *Ibidem*. Pág. 152.

¹⁴⁰ *Ibidem*. Pág. 153

¹⁴¹ *ídem*.

margen de las reglas generales e imperativas del ordenamiento jurídico, dada la vinculación que ella establece en virtud que configura el mundo jurídico del sujeto en sociedad”¹⁴².

David ROSALES ARTICA menciona que: “(...) son concreciones del principio de proporcionalidad penal, el hecho de que, por un lado, no todo tipo de conductas deben ser sancionadas jurídico-penalmente [v. gr. Las meras inmoralidades, el adulterio, etc.], y por otro lado, que no toda forma de vulneración sobre un bien jurídico es penada sino solo aquellas que son más graves; para ello el legislador se puede valer de criterios como la importancia del bien jurídico y el de dañosidad social, por los que se puede llegar a entender que la intervención del Derecho Penal no resulta proporcionada, si se interpreta que no tiene lugar en aras de la protección de las condiciones fundamentales de la vida en común y para evitar ataques especialmente graves dirigidos contra estas”¹⁴³.

Para Diego Manuel LUZÓN PEÑA: “El Derecho Penal se rige sobre el presupuesto de la menor injerencia posible en la vida de los ciudadanos, lo que se conoce como principio de intervención mínima: ‘(...) el Derecho Penal ha de ser la ‘ultima ratio’, el último recurso al que hay que acudir a falta de otros menos lesivos, pues si la protección de la sociedad y los ciudadanos puede conseguirse en ciertos casos con medios menos lesivos y graves que los penales, no es preciso ni se deben utilizar éstos. También debe haber subsidiaridad dentro de las propias sanciones penales, no imponiendo sanciones graves si basta con otras menos duras”¹⁴⁴.

Este principio tiene una función limitativa al ejercicio del poder punitivo del Estado, fijando su aplicación en los excesos de aplicación del Derecho Penal de algunos tipos penales, incluido el delito de peculado que regula nuestra legislación en el Artículo 387° y 388° del Código Penal.

¹⁴² URQUIZO OLAECHEA, José (2010). [En línea]. Necesidad de limitar la intervención penal. Artículo alojado en la Revista Institucional N° 9 Tomo II -Artículos sobre Derecho Penal y Procesal Penal Academia de la Magistratura del Perú. Editorial Súper Gráfica E.I.R.L. Disponible en <http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/revistas_institu/revista9_tomo2.pdf> Consulta [13/02/2017]. Pág.231.

¹⁴³ Citado por URQUIZO OLAECHEA, José (2010). [En línea]. Necesidad de limitar la intervención penal. Pág.231.

¹⁴⁴ Citado por URQUIZO OLAECHEA, José (2010). [En línea]. Necesidad de limitar la intervención penal. Pág.231.

3.2 PRINCIPIO DE LESIVIDAD

El Código Penal en su Artículo IV del Título Preliminar establece que, la pena necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley; lo cual es concordante con lo señalado en el Artículo 2, inc. 24 literal b¹⁴⁵ y d¹⁴⁶ de la Constitución Política del Perú.

Es un principio garantista del Derecho Penal Democrático, que garantiza que sólo se persiguen hechos que afecten o lesionen a un bien jurídico, ya que es el principio elemental que determina qué es un injusto o un delito.

Asimismo, como manifiesta Fernando Velázquez, “el principio de lesividad, también denominado del bien jurídico, o la objetividad jurídica del delito, se puede sintetizar en el tradicional aforismo liberal “no hay delito sin daño”, que hoy equivale a decir que no hay hecho punible sin bien jurídico vulnerado o puesto en peligro”¹⁴⁷.

El bien jurídico es definido como determinados intereses sociales son merecedores de protección y resguardo a través de normas jurídicas que componen el Derecho Penal

¹⁴⁵ “Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: b. No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. Están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas”. El inciso transcrito en su primera parte prohíbe la restricción de la libertad personal cuando no ha sido establecida por la ley. Aquí debemos entender que el término “ley” se refiere a las normas con rango de ley, es decir, el texto en sentido estricto -además, naturalmente, de las normas de rango constitucional-. Se funda esta afirmación en que tradicionalmente la regulación de los derechos humanos ha pertenecido a la reserva de la ley porque, en la simbología del Estado representativo, es el órgano legislativo que representa al pueblo, el único que puede limitarle su libertad. En otras palabras, la libertad sólo se la autolimita el pueblo a través de sus representantes legisladores. Este fue un postulado esencial del Estado liberal que ha perdurado hasta hoy. Ello quiere decir que las normas inferiores, decretos y resoluciones varias, no pueden restringir la libertad personal. (véase más en la Constitución Comentada de 1993, BERNALES BALLESTEROS, Enrique).

¹⁴⁶ “Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: d. Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”. Se establece en esta norma dos principios del Derecho Penal moderno, englobados por el principio de legalidad de la ley penal, que fueron considerados elementos fundamentales de seguridad personal desde el siglo XVIII. El primero de ellos comienza diciendo que “nadie será procesado ni condenado”, es decir, que, si no se cumplen los supuestos establecidos en la norma, a nadie se puede condenar penalmente, ni siquiera abrirle juicio penal. El criterio es aplicable siempre que aquello que se imputa a la persona sea una conducta calificada como infracción punible. No se trata del hecho que para abrir el proceso penal todo esté comprobado debidamente; en realidad, es en dicho proceso en el que se debe investigar todos los detalles de hecho y de Derecho para llegar a la condena o la absolución. Dice a continuación el inciso que nadie será procesado ni condenado “(...) por acto u omisión (...)”. Como se sabe, la conducta originadora de la sanción penal puede ser tanto de acción como de omisión (véase más en la Constitución Comentada de 1993, BERNALES BALLESTEROS, Enrique).

¹⁴⁷ Citado por BELLIDO CUTIZACA, Evelyn (2012). [En línea]. Los Principios del Derecho Penal. Artículo alojado en el Blog del Instituto de Investigaciones Jurídicas Rambell-Arequips-Perú. Disponible en <<http://institutorambell.blogspot.pe/2012/08/los-principios-del-derecho-penal.html>> Consulta [24 de abril del 2017].

BELLIDO señala que “A través de este principio controlamos la función de la creación de nuevos delitos, obligando al legislador a definir el bien jurídico que se quiere proteger a través de la ley penal. Partiendo de esto, su importancia radica en que la protección del bien jurídico es la razón que legitima la intervención penal”¹⁴⁸.

La autora antes citada señala “no se podrá decir que un acto es ilícito si no se encuentra fundamentado en la lesión de un bien jurídico. Entonces, se entiende por lesión al bien jurídico, a toda aquella acción que el agente cometa para causar un determinado daño a un bien que está protegido por el ordenamiento jurídico”¹⁴⁹.

En ese sentido, el principio de lesividad establece que se haya causado una afectación o daño al bien jurídico, es decir, que se haya vulnerado el mismo o se haya puesto en peligro.

Francisco CHIRINOS SOTO señala que: “Dispone el artículo que la imposición de una pena debe ser la consecuencia de una lesión a bienes jurídicos tutelados por la ley o colocación en peligro de los mismos. En esta forma, elimina la represión del delito imposible, toda vez que este ni daña ni pone en peligro bien jurídico alguno (...)”¹⁵⁰.

El autor antes citado refiere:” Según la doctrina, delito imposible es aquel que no puede llegar a consumarse por la ineficacia absoluta del medio utilizado por el agente o por la idoneidad del objeto sobre el cual recae la acción. Quien se propone enervar a otro y le administra, por error, una bebida inocua, pensando que contiene una sustancia letal, ha cometido delito imposible por ineficacia absoluta del medio utilizado. Quien desarrolla maniobras abortivas en una mujer que no está embarazada creyendo que lo está, protagoniza delito imposible por idoneidad absoluta del objeto (...)”¹⁵¹.

¹⁴⁸ Ídem.

¹⁴⁹ Ídem.

¹⁵⁰ CHIRINOS SOTO, Francisco (2008). Código Penal comentado, concordado, anotado, sumillado, jurisprudencia. Cuarta Edición. Editorial RODHAS SAC. Lima-Perú. Pág. 42.

¹⁵¹ Ídem.

El autor señalado refiere que debe imponerse la pena a aquellos hechos que lesionen los bienes jurídicos protegidos por ley, o que los ponga en peligro, eliminado de esta forma, que se reprima la imposición de penas a un delito imposible, porque lógicamente no se llega a dañar ningún bien jurídico, porque el hecho “típico” es inexistente desde un inicio.

VON LISZT impuso en la teoría del delito la distinción de antijuricidad y culpabilidad, entendió aquella de forma ‘estrictamente objetiva’ como ‘lesión o puesta en peligro de un bien jurídico’ (‘antijuricidad material’), pero, al mismo tiempo, como ‘infracción de una norma estatal, de un mandato o prohibición del ordenamiento jurídico’ (‘antijuricidad formal’), esto es como antinormatividad. (...) reconoció que el Unrecht, el injusto, exigía no solo la ‘antijuricidad’, sino también la ‘culpabilidad’ (el dolo o la culpa)”¹⁵²

Ariel Hernán TORRES: “El principio de lesividad puede entenderse como la imposibilidad de cualquier derecho de legitimar una intervención punitiva cuando a lo sumo no media un conflicto jurídico, entendido este último como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno. Por lo demás, a los efectos de una adecuada interpretación del asunto que parta de la base de un Derecho Penal concebido como un sistema destinado a contener y reducir el poder punitivo, no puede pasar por alto el concepto limitativo de bien jurídico afectado como expresión dogmático del principio de lesividad que viene a requerir también una entidad mínima de afectación, sea por lesión o por peligro, excluyendo así las bagatelas o afectaciones insignificantes¹ de las que nos ocuparemos más adelante”¹⁵³.
ABANTO VÁSQUEZ expone que: “Por cierto que existen diferentes matices en el desarrollo del ‘principio de lesividad’. Esto se manifiesta ya en la clasificación de los bienes jurídicos que va desde la reducción de la protección penal a bienes jurídicos ‘individuales’ (teoría monista) y los que consideren que también deben merecer protección penal bienes llamados

¹⁵² Citado por MIR PUIG, Santiago (2006). Estado, pena y delito. Editorial EUROS EDITORES S.R.L. Buenos Aires- Argentina. Ob. Cit. Pág. 261-262.

¹⁵³ TORRES, Ariel Hernán. La Operatividad del Principio de Lesividad desde un Enfoque Constitucional. Artículo alojado en la Revista Pensamiento Penal-Argentina. [En línea]. Disponible en <<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/08/doctrina41645.pdf>> Consulta. [16/01/2017]. Pág. 01

'supraindividuales', 'colectivos' o 'universales' (teoría dualista), hasta llegar a quienes, además admiten la protección de otros 'intereses', aunque no pueda definirse ni como bienes individuales ni como bienes supraindividuales. Mientras que los primeros, agrupados en la llamada 'Escuela de Fráncfort', limitan demasiado la intervención penal dejando de lado la también importante protección penal de bienes básicos para el ejercicio de derechos individuales y, sobre todo excluyendo así a la delincuencia económica, los últimos tienen dificultades para limitar la intervención penal y tienden a permitir la sobre criminalización"¹⁵⁴.

En la Sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia recaída en el Recurso de Nulidad N° 3763-2011 en su considerando séptimo expresa: "*Séptimo. En la misma línea se encuentra el principio de lesividad, por el cual "la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por ley", sin embargo, no cualquier lesión o puesta en peligro tiene aptitud para activar el sistema penal, sino solo aquellos comportamientos sumamente reprochables y no pasibles de estabilización mediante otro medio de control social menos estricto; en ese sentido, para la materialización de un delito se requiere que el sujeto activo haya cometido un hecho lo suficientemente grave como para ser objeto de represión penal y no un simple desliz disciplinario*".

3.3 PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD Y ULTIMA RATIO

Cabe mencionar que Felipe VILLAVICENCIO TERCEROS indica: " Solo debe recurrirse al Derecho Penal cuando han fallado todos los demás controles sociales. El Derecho Penal debe ser el último recurso que debe utilizar el estado debido a la gravedad que revisten sus sanciones. Los ataques leves a los bienes jurídicos deben ser atendidos por otras ramas del derecho o por otras formas del control social"¹⁵⁵.

¹⁵⁴ ABANTO VASQUEZ, Manuel (2014). Dogmática Penal, Delitos Económicos y Delitos Contra la Administración Pública. Ibídem. Pág. 18-19

¹⁵⁵ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe (2006). Derecho Penal. Parte General. Editora Jurídica Grigley. Lima. Pág. 93.

Este principio señala que cuando se presente un hecho delictivo, primero debe recurrirse a otras vías para su solución, ya sea la vía civil o la vía administrativa; ello a fin de recurrir en última instancia al Derecho Penal, todo ello por ser la vía que impone las penas, debiéndose limitar su aplicación a lo indispensable.

3.4 PRINCIPIO DE FRAGMENTARIEDAD

El autor antes citado señala: “Para determinar la fragmentariedad de la selección penal se puede partir de los siguientes fundamentos: Primero, defendiendo al bien jurídico solo contra aquellos ataques que impliquen una especial gravedad exigiendo a demás determinadas circunstancias y elementos subjetivos. Segundo, tipificando solo una parte de lo que en las demás ramas del ordenamiento jurídico se estima como antijurídico. Tercero, dejando en principio sin castigo las acciones meramente inmorales”¹⁵⁶

El principio de fragmentariedad señala que el Derecho Penal, que no se tutelarán aquellas acciones que lesiones y/o vulneren los bienes jurídicos, siendo éstos merecedores de intervención punitiva, por lo que, se debe tener en cuenta la gravedad de la lesión al bien jurídico que requiera ser llevada a la vía penal; de ello se entiende que el Derecho Penal no protege todos los bienes jurídicos; sino los que realmente han sido vulnerados.

3.5 PRINCIPIO DE ECONOMÍA PROCESAL

Alcides Raúl CHAMBI ARI señala que: “el fundamento de este principio está en obtener el mayor resultado con el mínimo esfuerzo y gasto en la actividad procesal”¹⁵⁷.

Para José CHIOVENDA, “este principio se sustenta en la obtención del máximo resultado posible con el mínimo de esfuerzo y se refiere no solo a los actos procesales, sino a las expensas o gastos que ellos impliquen, en

¹⁵⁶ *Ibidem*. Pág. 94

¹⁵⁷ CHAMBI ARI, Alcides Raúl (2013). Principios Rectores del Derecho Peruano. Editorial GRIJLEY E.I.R.L. Lima-Perú. Pág. 175.

consecuencia, más que un principio es un conjunto de principios con los cuales se consigue aquel”¹⁵⁸.

CHAMBI ARI señala los presupuestos para que proceda la economía procesal:

- a)** “El principio de concentración que consiste en reunir todas las cuestiones debatidas o el mayor número de ellas para ventilarlas y decidir las con el mínimo de actuaciones y providencias (...).
- b)** El principio de eventualidad que guarda relación con el de preclusión, pues, toma como referencia las frases o términos del proceso. Consiste en que, si en determinada etapa del proceso una parte puede realizar varios actos, debe llevarlos a cabo de manera simultánea y no sucesiva, esto es, todos con el mismo lapso.
- c)** El principio de celeridad se refiere a que el proceso se concrete a las etapas esenciales y cada una de ellas limitada al término perentorio fijado por la norma (...).
- d)** El principio de saneamiento que consiste en que las actuaciones afectadas de nulidad sean susceptibles de ser convalidadas por la parte en cuyo favor se establece (...).
- e)** El principio de gratuidad de la justicia como un servicio que presta el Estado a la colectividad, a él le corresponde sufragar todos los gastos que esa función entraña, como proporcionar toda la logística, locales, y elementos necesarios, como atender la remuneración de los recursos humanos, etc.(...)”¹⁵⁹

Este principio es sustentado en abarcar la mínima actividad y obtener un mayor resultado en los procesos, todo ello con el fin de no brindar gastos innecesarios al Estado, apoyándose en los principios de concentración, eventualidad, celeridad, saneamiento, y gratuidad de la justicia.

¹⁵⁸ Citado por CHAMBI ARI, Alcides Raúl. Ob. Cit. Pág. 175

¹⁵⁹ *Ibidem*. Pág. 176-177.

SUB CAPITULO VI: LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La legislación peruana no define expresamente lo que se entiende por Administración Pública, es por ello que, para poder abordar este tema, debemos definir las Funciones del Estado.

1. LA ADMINISTRACIÓN Y SUS FUNCIONES

1.1 FUNCIONES DEL ESTADO

Christian GUZMÁN NAPURÍ expone que: “En el derecho público, se define como Estado de Derecho a la forma de Estado en que se reconocen y tutelan los derechos públicos subjetivos de los ciudadanos, mediante el sometimiento de la Administración a la ley, por lo cual resulta indispensable para la subsistencia de la sociedad. El Estado de derecho es la forma en la cual se manifiesta jurídicamente el constitucionalismo moderno (...) a fin de asegurar la existencia del Estado de Derecho se ha hecho necesaria, entre otros principios, la denominada separación de Poderes, en su concepción clásica. Como resultado de dicho principio, cada una de las funciones matices del Estado (sea Legislativa, ejecutiva o judicial) ha de tener un titular distinto, siendo dicho titular al que se dio en llamar Poder”¹⁶⁰.

Así bien, para definir este tipo de funciones, se han ido desmembrando y cada función ha tomado una denominación diferente.

GUZMÁN afirma que: “Los orígenes más remotos de la separación de poderes podemos encontrarlos incluso en Aristóteles. En la Política, Aristóteles distinguió tres direcciones del poder del Estado: la que legisla, el soberano y el juez; a los cuales correspondía la deliberación, el mando y la justicia respectivamente y a las que correspondía la organización política del momento”¹⁶¹.

¹⁶⁰ GUZMÁN NAPURÍ, Christian. (2004). La Administración Pública y el Procedimiento Administrativo General. Primera Edición. ARA Editores E.I.R.L. Lima-Perú. Pág. 33-34

¹⁶¹ Ídem.

Aristóteles distinguió esta separación del poder, pero en esta diferencia no se apreció una ordenada distribución de funciones que gozaría cada nuevo poder.

Christian GUZMAN refiere que: “Montesquieu, el reparto del poder del Estado es necesario para evitar la acumulación en una sola mano que pueda ejercerlo de manera despótica. Para ello, debe dividirse en tres partes, cada una con una misión específica y diferente, que supongan un equilibrio y contrapesen la actuación de los demás.”¹⁶²

En la actualidad nuestro estado cuenta con tres poderes: Ejecutivo, Legislativo, y Judicial. El poder ejecutivo es el poder que ejecuta, que toma las decisiones y administra el gobierno, en cuanto al poder Legislativo, en nuestro caso, el congreso de la República se encarga de expedir leyes, las cuales deben ser cumplidas por la población y en el caso de un eventual incumplimiento, el Poder judicial se encargará de juzgar a los ciudadanos que infrinjan esta ley.

Para GUZMÁN: “Normalmente se considera que la función legislativa es la creación de normas generales de conducta, imperativas, para todos los habitantes; y que la función jurisdiccional es la decisión imperativa de contiendas entre partes, determinando el derecho aplicable, pero no hay hasta el presente un concepto de función administrativa que puede ser armonizado con los dos anteriores de manera definitiva. Inclusive tiende a confundirse esta con la función ejecutiva propiamente dicha o función gubernativa, la cual consiste en la dirección de la política general de gobierno”¹⁶³.

Actualmente no se tiene una concepción de función administrativa, y como refiere el autor tiende a confundirse con otros conceptos.

¹⁶² *Ibidem*. Pág. 34-35

¹⁶³ *Ibidem*. Pág. 36.

1.2 FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

GUZMÁN NAPURÍ: “(...) la distinción entre función administrativa y Administración Pública. Y es que, existen entidades que desarrollan funciones administrativas, que no forman propiamente parte del Estado. A su vez existen entidades del Estado que no ejercen función administrativa, sino de otra índole. Además el concepto negativo (administración es lo que implica ni legislación ni jurisdicción), hay dos criterios distintos de tipo positivo que han sido propuestos para diferenciar las funciones estatales: el criterio orgánico y el criterio material o sustancial”¹⁶⁴.

Así el Artículo I de la Ley General de Procedimiento Administrativo- Ley N° 27444 indica que: La presente Ley será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública. Para los fines de la presente Ley, se entenderá por “entidad” o “entidades” de la Administración Pública:

1. El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos Descentralizados;
2. El Poder Legislativo;
3. El Poder Judicial;
4. Los Gobiernos Regionales;
5. Los Gobiernos Locales;
6. Los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía.
7. Las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto, se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen; y
8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.

En este artículo se señala el ámbito de aplicación de la ley, pero no se expresa el concepto de función administrativa.

¹⁶⁴ *Ibíd.* Pág. 37

2. PRINCIPIOS QUE REGULAN LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

Los principios que regulan la función administrativa se encuentran establecidos en el Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444 siendo los siguientes:

- Principio de legalidad.
- Principio del debido procedimiento.
- Principio de impulso de oficio.
- Principio de razonabilidad.
- Principio de imparcialidad.
- Principio de informalismo.
- Principio de presunción de veracidad.
- Principio de buena fe procedimental.
- Principio de celeridad.
- Principio de eficacia.
- Principio de verdad material.
- Principio de participación.
- Principio de simplicidad.
- Principio de uniformidad.
- Principio de predictibilidad o de confianza legítima.
- Principio de privilegio de controles posteriores.
- Principio del ejercicio legítimo del poder.
- Principio de responsabilidad.
- Principio de acceso permanente.

En cuanto al inciso 2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444 indica que “Los principios señalados servirán también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento, como parámetros para la generación de otras disposiciones administrativas de carácter general, y para suplir los vacíos en el ordenamiento administrativo. La relación de principios anteriormente enunciados no tiene carácter taxativo”. Ante ello Christian GUZMÁN NAPURÍ señala que: “Ello configura lo que se conoce en doctrina como una cláusula de principios implícitos, pues también se considerarían incluidos otros principios propios del Derecho Administrativo –muchos de los cuales se encuentran diseminados en el texto de la Ley de Procedimiento Administrativo General-, como los que se encuentran incluidos en la norma constitucional o que se

deducen de la existencia de derechos fundamentales, así como los principios generales del Derecho que resulten aplicables”¹⁶⁵.

En cuanto al establecimiento de estos principios éstos servirán como parámetros o directrices ante la solución de un conflicto que no se encuentre regulado, si se hallase un vacío se recurrirá a los principios mencionados, así como otros principios que regulan el Derecho Administrativo y la Constitución.

2.1 Principio de legalidad

“Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas”¹⁶⁶.

GUZMÁN NAPURÍ indica que: “(...) en primer lugar, que la Administración se sujeta especialmente a la Ley, entendida como norma jurídica emitida por quienes representan a la sociedad en su conjunto, vale decir, el Parlamento. Lo que ocurre es que en el Estado de derecho se única a la Administración como esencialmente ejecutiva, encontrando en la ley su fundamento y el límite de su acción”¹⁶⁷.

OCHOA CARDICH señala que: “(...) La Administración Pública, a diferencia de los particulares, no goza de la llamada libertad negativa (nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido a hacer lo que esta no prohíbe) o principio de no coacción dado que solo puede hacer aquello para lo cual está facultada en forma expresa”¹⁶⁸.

Bajo este principio los que ejerzan la función administrativa deben fundar su accionar en la normatividad vigente, debiendo seguir el debido procedimiento.

¹⁶⁵ GUZMÁN NAPURÍ, Christian (2013). Manual del Procedimiento Administrativo General. Primera Edición. EDITORIAL PACÍFICO EDITORES S.A.C. Lima-Perú. Pág. 32.

¹⁶⁶ Artículo IV, inciso 1, literal 1.1 del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

¹⁶⁷ *Ibidem*. Pág. 35.

¹⁶⁸ Citado por GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Ob. Cit. Pág. 35.

2.2 Principio del debido procedimiento

“Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.

La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo”¹⁶⁹.

Juan Carlos MORON URBINA señala que: “En tal sentido, mal podríamos afirmar que un procedimiento administrativo interno dirigido a producir un acto de administración (por ejemplo, la definición de las necesidades para una adquisición, un procedimiento de pagos de tesorería, un proceso técnico de abastecimiento) deba satisfacer alguna regla del debido procedimiento externos susceptibles a afectar a los administrados”¹⁷⁰.

El debido proceso viene a ser un principio/derecho que debe ser aplicado tanto a los procesos judiciales como a los procesos administrativos para que su tramitación sea la más correcta y se garanticen los derechos de las partes interesadas.

¹⁶⁹ Artículo IV, inciso 1, literal 1.2 del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

¹⁷⁰ MORON URBINA, Juan Carlos (2015). Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Undécima Edición. GACETA JURÍDICA S.A. Lima-Perú. Pág. 72.

2.3 Principio de impulso de oficio

“Las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias”¹⁷¹.

En cuanto a este término establece que no corresponde al administrado solicitar (a pedido de parte) a la autoridad administrativa que realicen determinados actos de investigación para el esclarecimiento de los hechos, sino más bien es una facultad que le corresponde a esta autoridad a fin que se dé la continuidad del proceso.

2.4 Principio de razonabilidad

“Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido”¹⁷².

Christian GUZMÁN señala que: “(...) en este sentido estricto, implica que los fines perseguidos por la limitación a los intereses de los administrados sean válidos y legítimos en un Estado de derecho. Si los fines de dichos actos de gravamen tienen por finalidad justificar un comportamiento arbitrario, autoritario o discriminatorio por parte de la Administración Pública, es evidente que la misma viola el principio de preferencia por los hechos fundamentales y deviene en inconstitucional”¹⁷³.

El principio de razonabilidad se basa en que la autoridad administrativa debe fundamentar sus decisiones de forma razonada, proporcional y justa.

¹⁷¹ Artículo IV, inciso 1, literal 1.3 del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

¹⁷² Artículo IV, inciso 1, literal 1.4 del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

¹⁷³ GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Manual del Procedimiento Administrativo General. Pág. 46-47.

2.5 Principio de imparcialidad

“Las autoridades administrativas actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándoles tratamiento y tutela igualitarios frente al procedimiento, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general”¹⁷⁴.

MORON URBINA expone:” La imparcialidad de la función pública es un canon de conducta para la buena administración que el ordenamiento jurídico impone a las autoridades como forma de respetar el derecho a la igualdad de los administrados. Consiste en preservar las decisiones de la Administración atendiendo el interés general y sujeción al principio de legalidad, con independencia de posturas basadas en influencias externas: políticas, tendencias ideológicas, grupos de interés y de presión, prejuicios o preferencias personales. (...) Para no incurrir en un desvío de poder, todas las actuaciones administrativas deben orientarse a alguna finalidad pública”¹⁷⁵.

Tiene mucho que ver con el principio a la igualdad, en la que se debe aplicar la misma ley, sin que se aplique de forma diferenciada entre los administrados y en el procedimiento administrativo.

2.6 Principio de informalismo

“Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público”¹⁷⁶.

MORON URBINA explica “El principio de informalismo a favor del administrado constituye una de las principales características del procedimiento administrativo moderno por medio del cual supera la clásica noción del procedimiento estrictamente formal, como el judicial. En el

¹⁷⁴ Artículo IV, inciso 1, literal 1.5 del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

¹⁷⁵ MORON URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Pág. 75.

¹⁷⁶ Artículo IV, inciso 1, literal 1.6 del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

proceso judicial se explica la necesidad del ser formal, porque en esas reglas protege en grado sumo la igualdad entre los litigantes. Formalismo que afecta el administrado porque pone en peligro o esteriliza las posibilidades de acceder a una decisión de fondo de la autoridad, pero que además limita a la propia Administración porque colisiona con su deber de acceder a la verdad material de los hechos y adoptar decisiones eficientes”¹⁷⁷.

Continúa MORON URBINA “(...) el principio permite al administrado lograr la admisión de sus pedidos, el reconocimiento de los hechos alegados y lograr el éxito de sus pretensiones salvando mediante diversas técnicas su omisión incurrida en aspectos formales no atendidos en un momento. El efecto esencial del principio es dar la responsabilidad las autoridades instructoras de morigerar o debilitar el rigorismo de cualquier exigencia adjetiva que no afecten al interés público, para favorecer al administrado en el avance del procedimiento (...) La inclusión de este principio encara directamente la cultura del trámite, de la forma, de la rutina burocrática, que había hecho de las formas una estrategia de evasión de responsabilidades y de poder sobre el ciudadano, buscando no convertir es estéril las escasas y fugaces posibilidades de defensa del administrado (quejas, recursos, presentación de instancias, denuncias, presentación de pruebas, etc.).”¹⁷⁸

Este principio es aplicado a favor del administrado, quien puede invocar el principio de informalidad, siempre y cuando a este le favorezca.

2.7 Principio de presunción de veracidad

“En la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por esta Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman. Esta presunción admite prueba en contrario”¹⁷⁹.

¹⁷⁷ MORON URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Pág. 77.

¹⁷⁸ *Ibidem*. Pág. 77-78.

¹⁷⁹ Artículo IV, inciso 1, literal 1.7 del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

MORON URBINA señala: “La presunción de veracidad es un principio informador de las relaciones entre la administración y los ciudadanos, consistente en suponer por adelantado y con carácter provisorio que los administrados procedan con verdad en sus actuaciones en el procedimiento en que intervengan de modo que se invierte la carga de la prueba en el procedimiento, sustituyendo la tradicional prueba previa de veracidad a cargo del administrado, por la acreditación de la veracidad a cargo del administrado, por la acreditación de la falsedad a cargo de la Administración, en vía posterior”¹⁸⁰.

Este principio se aplica a los administrados, a los que se presume que toda la documentación presentada y declaraciones son acorde a la verdad, de esta forma la Administración ya no verifica la misma, asimismo, se admite la presunción iuris tantum.

2.8 Principio de buena fe procedimental

“La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. La autoridad administrativa no puede actuar contra sus propios actos, salvo los supuestos de revisión de oficio contemplados en la presente Ley.

Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procedimental”¹⁸¹.

2.9 Principio de celeridad

“Quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable,

¹⁸⁰ *Ibidem*. Pág. 80.

¹⁸¹ Artículo IV, inciso 1, literal 1.8 del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento”¹⁸².

MORON URBINA señala que “La celeridad busca imprimir al procedimiento administrativo la máxima dinámica posible, para alcanzar mayor prontitud en el inicio y su decisión definitiva, dotando de agilidad a toda la secuencia. (...) En la perspectiva positiva de este principio, la celeridad induce a que el funcionario entre varias alternativas precedentes, en cualquier momento del procedimiento opte por la que importe mayor celeridad y sencillez, cumpliéndola en el menor lapso posible. (...) desde la vertiente negativa, consagra la interdicción de las dilaciones indebidas en el procedimiento, esto es, el deber de la autoridad instructora del procedimiento de actuar dentro de los plazos, prevenir los retrasos y agotar los mecanismos para practicar los trámites del proceso (...) en el más breve tiempo posible atendiendo a todas las circunstancias posibles del caso”¹⁸³.

Lo que busca el procedimiento administrativo es no caer en trámites que carezcan de celeridad, permitiendo dar a estos procesos el trámite más rápido posible para alcanzar una decisión.

2.10 Principio de eficacia

“Los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados.

En todos los supuestos de aplicación de este principio, la finalidad del acto que se privilegie sobre las formalidades no esenciales deberá ajustarse al marco normativo aplicable y su validez será una garantía de la finalidad pública que se busca satisfacer con la aplicación de este principio”¹⁸⁴.

¹⁸² Artículo IV, inciso 1, literal 1.9 del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

¹⁸³ *Ibidem*. Pág. 85-86.

¹⁸⁴ Artículo IV, inciso 1, literal 1.10 del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

GUZMAN NAPURI señala que “este principio debe emplearse e invocarse de manera conjunta con el de informalismo, no obstante que este último es susceptible de aplicación de manera más inmediata. Al igual que dicho principio, el de eficacia pretende proteger al administrado de los excesivos formalismos del procedimiento, mejorar la gestión administrativa y considerar al administrado como un colaborador dentro del procedimiento a fin de obtener el resultado más acorde con el bien común”¹⁸⁵.

2.11 Principio de verdad material

“En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a estas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público”¹⁸⁶.

MORON URBINA señala “la Administración no debe contentarse con lo aportado por el administrado, sino que debe actuar, aún de oficio, para obtener otras pruebas y para averiguar a los hechos que hagan a la búsqueda de la verdad material u objetiva, ya que en materia de procedimiento administrativo la verdad material prima sobre la verdad formal. Ello conlleva un principio de especial importancia en el ámbito de la actividad probatoria que es la oficialidad de la prueba, por lo cual la Administración posee la carga de la prueba de los hechos alegados o materia de controversia, a menos que considere que basta con las pruebas aportadas u ofrecidas por el administrado”¹⁸⁷.

¹⁸⁵ MORON URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Pág. 53-54.

¹⁸⁶ Artículo IV, inciso 1, literal 1.11 del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

¹⁸⁷ Citado por GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Manual del Procedimiento Administrativo General. Ob. Cit. Pág. 54.

2.12 Principio de participación

“Las entidades deben brindar las condiciones necesarias a todos los administrados para acceder a la información que administren, sin expresión de causa, salvo aquellas que afectan la intimidad personal, las vinculadas a la seguridad nacional o las que expresamente sean excluidas por ley; y extender las posibilidades de participación de los administrados y de sus representantes, en aquellas decisiones públicas que les puedan afectar, mediante cualquier sistema que permita la difusión, el servicio de acceso a la información y la presentación de opinión”¹⁸⁸.

Christian GUZMAN establece “En el caso de procedimiento administrativo en los cuales se involucren intereses difusos o colectivos la participación se amplía sustancialmente, permitiendo la actuación de aquellos administrados que lo consideren conveniente”¹⁸⁹.

GARCÍA DE ENTERRÍA señala que: “El principio de participación permite que sea posible una eficaz protección a los derechos de los administrados, dada su colaboración en los procedimientos, en especial los que implican interés directo. La regulación de la participación de los administrados, entonces, se convierte en un concepto fundamental del derecho del procedimiento administrativo”¹⁹⁰.

2.13 Principio de simplicidad

“Los trámites establecidos por la autoridad administrativa deberán ser sencillos, debiendo eliminarse toda complejidad innecesaria; es decir, los requisitos exigidos deberán ser racionales y proporcionales a los fines que se persigue cumplir”¹⁹¹.

GUZMÁN NAPURI expresa: “Este principio pretende también asegurar la simplificación de los trámites administrativos, pero también para fomentar el desarrollo económico. Se dirige además a reducir el costo que debe incurrir el administrado –en términos de tiempo, dinero y esfuerzo- para

¹⁸⁸ Artículo IV, inciso 1, literal 1.12 del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

¹⁸⁹ GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Manual del Procedimiento Administrativo General. Pág. 57.

¹⁹⁰ Citado por GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Manual del Procedimiento Administrativo General. Ob. Cit. Pág. 57.

¹⁹¹ Artículo IV, inciso 1, literal 1.13 del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

llevar adelante los procedimientos administrativos. A esto la doctrina denomina economía procesal”¹⁹².

La dificultad de estos trámites genera demoras innecesarias, fomentándose la economía procesal no solo para el ciudadano sino para la Administración Pública.

2.14 Principio de uniformidad

“La autoridad administrativa deberá establecer requisitos similares para trámites similares, garantizando que las excepciones a los principios generales no serán convertidos en la regla general. Toda diferenciación deberá basarse en criterios objetivos debidamente sustentados”¹⁹³.

Para Christian GUZMAN “Este principio es una evidente limitación a las facultades discrecionales de la Administración de crear procedimientos administrativos especiales a través del llamado Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA). Es claro, en consecuencia, que los TUPA deben ser usados para consolidar procedimientos y no para crear trámites, construyendo fundamentalmente un instrumento informativo y no propiamente normativo”¹⁹⁴.

Si bien es cierto este principio beneficia tanto al ciudadano como a la Administración Pública, porque supone que los recursos se usen de una forma más eficiente.

2.15 Principio de predictibilidad o de confianza legítima

“La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener.

¹⁹² GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Manual del Procedimiento Administrativo General. Pág. 58.

¹⁹³ Artículo IV, inciso 1, literal 1.14 del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

¹⁹⁴ GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Manual del Procedimiento Administrativo General. Pág. 58

Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos.

La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables”¹⁹⁵.

GUZMÁN NAPURI expone “El principio de predictibilidad tiene dos finalidades evidentes. La primera es la de permitirle al administrado poder determinar previamente el posible resultado de un procedimiento, lo cual le permitirá elaborar los mecanismos de defensa más adecuado para sus intereses. Ello evidentemente reduce los costos en los que debe incurrir el administrado en la tramitación de sus procedimientos e iniciativa de manera inmediata el uso de mecanismos formales para la obtención de beneficios.

Pero, por otro lado, el principio de predictibilidad permitirá desincentivar la presentación de soluciones sin mayor efectividad o legalidad, pues el administrado podrá conocer con cierta certeza la inviabilidad de su petición pudiendo decidirse por la abstención en el ejercicio de la misma. Esto a su vez redundará también en una evidente reducción de costos organizativos en favor de la Administración que tendrá que tramitar una menor cantidad de solicitudes”¹⁹⁶.

2.16 Principio de privilegio de controles posteriores

“La tramitación de los procedimientos administrativos se sustentará en la aplicación de la fiscalización posterior; reservándose la autoridad administrativa, el derecho de comprobar la veracidad de la información presentada, el cumplimiento de la normatividad sustantiva y aplicar las

¹⁹⁵ Artículo IV, inciso 1, literal 1.15 del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

¹⁹⁶ GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Manual del Procedimiento Administrativo General. Pág. 60

sanciones pertinentes en caso que la información presentada no sea veraz”¹⁹⁷.

MORON URBINA expone: “El principio es el resultado directo de la aplicación del principio de presunción de veracidad, dado que el control se aplicará en forma posterior a la realización del procedimiento. Ello implica además una reducción plausible de los procedimientos administrativos de evaluación previa sujetos a silencio administrativo negativo a favor de aquellos sujetos a aprobación automática”¹⁹⁸.

Hay que mencionar, además, que el principio de privilegio de controles posteriores es concordante con el principio de presunción de veracidad, mediante la cual se presume que la documentación y otros que son presentados por los administrados son conforme a la verdad, por lo cual, función fiscalizadora se realizará posterior a la presentación de documentos, y de aplicar las sanciones correspondientes si la información entregada no es conforme a la verdad.

2.17 Principio del ejercicio legítimo del poder

“La autoridad administrativa ejerce única y exclusivamente las competencias atribuidas para la finalidad prevista en las normas que le otorgan facultades o potestades, evitándose especialmente el abuso del poder, bien sea para objetivos distintos de los establecidos en las disposiciones generales o en contra del interés general”¹⁹⁹.

2.18 Principio de responsabilidad

“La autoridad administrativa está obligada a responder por los daños ocasionados contra los administrados como consecuencia del mal funcionamiento de la actividad administrativa, conforme lo establecido en la presente ley. Las entidades y sus funcionarios o servidores asumen las consecuencias de sus actuaciones de acuerdo con el ordenamiento jurídico”²⁰⁰.

¹⁹⁷ Artículo IV, inciso 1, literal 1.16 del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

¹⁹⁸ Citado por GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Manual del Procedimiento Administrativo General. Ob. Cit. Pág. 60

¹⁹⁹ Artículo IV, inciso 1, literal 1.17 del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

²⁰⁰ Artículo IV, inciso 1, literal 1.18 del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

2.19 Principio de acceso permanente

“La autoridad administrativa está obligada a facilitar información a los administrados que son parte en un procedimiento administrativo tramitado ante ellas, para que en cualquier momento del referido procedimiento puedan conocer su estado de tramitación y a acceder y obtener copias de los documentos contenidos en dicho procedimiento, sin perjuicio del derecho de acceso a la información que se ejerce conforme a la ley de la materia”²⁰¹.

2.20 Principio de economía

Miguel Alejandro López Olvera señala que: “Una de las definiciones que nos da el Diccionario de la Lengua Española sobre el vocablo economía, es la de “Ahorro de trabajo, tiempo, dinero, etcétera”. Dentro del procedimiento administrativo, el principio de economía se refiere a que la actuación de la administración pública debe desarrollarse con ahorro de trabajo, energía y costo, y atenta a la obtención del mayor resultado con el mínimo esfuerzo, lo que en la práctica implica evitar a los administrados trámites superfluos o redundantes y que se aminore el trabajo habitualmente recargado a los órganos o servidores públicos, para así alcanzar una mayor eficiencia y eficacia en la tramitación de las resoluciones o actos administrativos”²⁰².

Este principio resalta básicamente el tema que refiere la presente investigación, indicándose que se afecta el principio de economía del Derecho al investigar y tramitar hechos de peculado de ínfima cuantía.

²⁰¹ Artículo IV, inciso 1, literal 1.19 del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

²⁰² LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro [En línea]. Los Principios del Procedimiento Administrativo. Disponible en <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache%3AKYN_ADqLAoIJ%3Ahttps%3A%2F%2Farchivo.s.juridicas.unam.mx%2Fwww%2Fbjv%2Flibros%2F4%2F1594%2F12.pdf%20&cd=27&hl=es-419&ct=clnk&gl=pe&client=firefox-b-ab> Consulta [24 de julio del 2017].

SUB CAPITULO VII: DERECHO ADMINISTRATIVO Y SU RELACIÓN CON EL DELITO DE PECULADO

1. NATURALEZA DEL DERECHO DISCIPLINARIO

Esquiro Manuel SÁNCHEZ HERRERA explica que: “Las corrientes más fuertes de divergencia apuntan a estimar que esta disciplina, por ser sancionatoria, es una especie del derecho administrativo, y otra que es el Derecho Penal”²⁰³.

El carácter que posee el derecho disciplinario, abarca tanto el derecho administrativo como penal.

1.1 FINES DEL DERECHO DISCIPLINARIO

Según SÁNCHEZ HERRERA expresa que: “La finalidad de la ley disciplinaria es la de garantizar el cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores públicos que los afecten o pongan en peligro, lo cual se logra a través de la respectiva acción disciplinaria”²⁰⁴.

1.2 ESTRUCTURA DE LA FALTA DISCIPLINARIA

El autor anteriormente citado menciona: “La falta disciplinaria se presenta cuando el servidor público, en ejercicio o por razón del cargo, realiza un comportamiento contrario al derecho-desvalor de acción-, injustificadamente, pues con su conducta violentó normas subjetivas de determinación (de deber-Constitución-ley, de mandato, de prohibición), elementos que conducen a la configuración de la infracción disciplinaria (...)”²⁰⁵.

Por otra parte, la conducta que se realiza por el servidor o funcionario público quien en ejercicio de sus funciones ejecuta un comportamiento contrario a la ley, configura la infracción administrativa o falta disciplinaria.

Nuevamente refiere: “(...) toda persona que aspire a desempeñar una función pública, bien como servidor o como particular, debe tener claros los conceptos generales de aquellas categorías o normas subjetivas de determinación, con el propósito de prevenir su inobservancia. Estas

²⁰³ SÁNCHEZ HERRERA, Esquiro Manuel (2012). Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario. Tercera Edición. Ediciones NUEVA JURÍDICA. Bogotá-Colombia. Pág. 32.

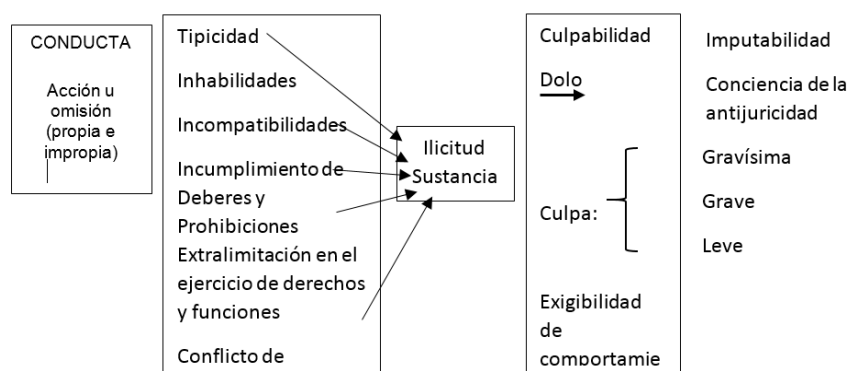
²⁰⁴ *Ibidem*. Pág. 56

²⁰⁵ *Ibidem*. Pág. 57

normas subjetivas de determinación actúan sobre el servidor público para prevenir que cometa la conducta, arraigando en él el sentido de la prohibición y el sentido de cumplimiento del deber para que se abstenga de infringirlo”²⁰⁶.

Igualmente, debe hacerse hincapié en la relación funcional que debe existir entre el servidor y/o funcionario público con el Estado, y a causa de esto, determinar la infracción cometida por este agente activo, y si éste es sujeto de una sanción administrativa.

ESTRUCTURA DE LA FALTA DISCIPLINARIA²⁰⁷



Fuente: Esquió Manuel SÁNCHEZ HERRERA. Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario.

1.3 ILÍCITO DISCIPLINARIO

Según SÁNCHEZ HERRERA: “Determinada conducta (activa u omisiva), se debe establecer si ella comporta incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses”²⁰⁸.

Nuevamente SANCHEZ expone: “El concepto de sustancial es un concepto propio del derecho disciplinario e implica que la infracción del deber haya supuesto el quebrantamiento de la norma subjetiva de determinación. Hay ilicitud sustancial cuando el servidor público se aparta

²⁰⁶ Ídem.

²⁰⁷ Ibídem. Pág. 58

²⁰⁸ Ibídem. Pág. 68

del cumplimiento de aquellas obligaciones que devienen de la función que se cumple”²⁰⁹.

Por lo que se refiere a, el hecho que incurre un funcionario o servidor público en una acción u omisión, de donde resulta que se determine el incumplimiento de funciones específicas, siendo la inobservancia de la conducta típica genera la infracción del deber.

2. EL ILÍCITO ADMINISTRATIVO Y EL ILÍCITO PENAL

2.1 EL ILÍCITO

Manuel FRISANCHO APARICIO refiere “Se considera al ilícito como una de los elementos de la propia relación jurídica, la cual es una condición imputativamente ligada a la sanción; en consecuencia, el ilícito no es una violación al derecho, sino una condición determinada y específica prevista por el derecho para la aplicación de la sanción. Aquel que no cumple el deber jurídico realiza un acto caracterizado por la norma jurídica como ilícita, la cual deberá ser sancionada. La sanción es una consecuencia jurídica derivada del hecho ilícito o antijurídico”²¹⁰.

El concepto de antijuricidad traduce la contradicción entre la conducta realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico. La antijuricidad no es un concepto inherente al Derecho Penal; más bien exhibe un concepto unitario de amplia validez para el ordenamiento legal, independientemente de las secuelas que pueda generar en cada rama del derecho.

2.2 ILÍCITO PENAL E ILÍCITO ADMINISTRATIVO: DIFERENCIAS

Entre el ilícito penal y administrativo se encuentran diferencias en cuanto a la lesión del bien jurídico; así tenemos lo que señala FRISANCHO APARICIO: “Esta es la doctrina dominante en la actualidad, la misma que se ha denominado ‘teoría unitaria’. Sin embargo, aún existen autores que se adscriben a la llamada ‘teoría cualitativa’ o diferenciadora y, por otro

²⁰⁹ Ídem.

²¹⁰ FRISANCHO APARICIO, Manuel (2017). Delitos Contra la Administración Pública. Legales Ediciones. Lima-Perú. Pág. 71-72.

lado, un sector de la doctrina se inclina por la novedosa ‘teoría ecléctica’²¹¹.

FRISANCHO expone que: “La primera tesis que surgió para diferenciar el ilícito penal del administrativo fue elaborada en base a criterios materiales, sustanciales o cualitativos”²¹².

El autor antes citado señala: “La sanción penal y la sanción administrativa pueden conformar una protección global del orden administrativo del Estado. Ambas se complementan y refuerzan recíprocamente. La norma administrativa regula y limita las actividades potencialmente dañinas para la Administración Pública, sancionando, como regla general, las actuaciones que violen la normativa reguladora. La norma penal se reserva, como lógica consecuente del principio de mínima intervención de la actuación punitiva del Estado, para aquellas conductas más graves, cumpliendo una función también preventiva por la mayor eficacia derivada del más acentuado temor del presunto infractor a la sanción penal que a la fijada por la administración”²¹³.

El imponer una sanción penal, no significa dejar de lado la sanción administrativa o que deba darse de modo alternativo, ya que imponer solo una pena, devendría en desproporcional.

De lo señalado se entiende que la sanción penal, está reservada para el órgano jurisdiccional, debe seguirse un proceso penal en sede fiscal, formalizar la investigación preparatoria y la respectiva acusación, todo ello a fin de llegar a la etapa de juicio en donde se impondrá una pena al autor del ilícito penal. Por otro lado, se tiene que la sanción administrativa, también sigue un proceso en esta vía impuesta por la Administración Pública, y cuya pena mayor sería la culminación del vínculo laboral del administrado infractor con la institución pública en la que laboraba.

FRISANCHO APARICIO expone: “Desde la perspectiva cuantitativa se sigue también el criterio de la gravedad de la infracción. El injusto penal

²¹¹ *Ibidem*. Pág. 74-75.

²¹² *Ibidem*. pág. 76

²¹³ *Ibidem*. pág. 79

está constituido por los atentados más graves a la administración pública, reservándose los más leves para el derecho administrativo”.²¹⁴

CEREZO MIR señala que: “La distinción entre infracción penal y administrativa es puramente cuantitativa, y al límite diferenciador responde a una decisión más o menos artificiosa, aunque no carente de significado político, del legislador”²¹⁵.

En este punto, se refiere a una diferenciación cuantitativa entre la sanción administrativa y penal, en cuanto que la gravedad de la infracción es propia del Derecho Penal.

Manuel FRISANCHO define que: “El ilícito penal administrativo siempre contiene un ilícito administrativo concretado en la infracción inevitable de normas de dicha índole. Generalmente, el mismo supuesto de hecho tanto es presupuesto de sanción administrativa como penal”²¹⁶.

Nuevamente FRISANCHO señala: “La definición material de infracción administrativa permite configurar otro criterio que sirve para identificar el ilícito penal y el administrativo, estableciendo entre éstas meras diferencias cuantitativas. Así, se encuentra extendidísima la idea conforme a la cual delito e infracción responden a la definición de acción típica, antijurídica y culpable”²¹⁷.

Los elementos de tipicidad y antijuricidad son esenciales para la configuración de cualquier ilícito penal, lo mismo es aplicado para imponer una sanción administrativa, la cual debe estar normada previamente a la infracción cometida por el administrado.

El autor antes citado señala: “En las infracciones administrativas se comprenden no sólo ‘infracciones de lesión’, sino también ‘infracciones de peligro’”²¹⁸.

²¹⁴ ídem.

²¹⁵ Citado por FRISANCHO APARICIO, Manuel. Delitos Contra la Administración Pública. Ob. Cit. pág. 80.

²¹⁶ ídem.

²¹⁷ ídem.

²¹⁸ ídem.

Manuel REBOLLO PUIG dice: “Sea cual sea el tipo de infracción de que se trate, es necesario para que pueda resultar sancionada, que se haya producido una contravención de la norma jurídica (antijuricidad formal) y un daño (lesión afectiva o mera puesta en peligro) al bien jurídico protegido (antijuricidad material). La antijuricidad, en efecto exige que la acción u omisión típica sea contraria a derecho, ilícita, lo que normalmente se conseguirá por su simple tipificación, pero también requiere que dicha conducta tenga un contenido material que implique una ofensa al bien jurídico protegido por la norma”²¹⁹.

Nuevamente FRISANCHO señala: “Otro criterio unificador o de identidad sustancial entre ilícito penal y administrativo se observa en la descripción de tipos delictivos en los que el legislador sólo ha establecido numérica o matemáticamente la diferencia entre uno y otro ilícito”²²⁰.

El autor antes citado señala: “El último criterio unificador se ubica en la necesaria aplicación del principio ne bis in ídem cuando se produce identidad de sujeto, hecho y fundamento en la investigación, proceso o aplicación de una sanción administrativa o penal”²²¹.

GOMEZ TOMILLO y SANZ RUBIALES dicen que: “Por lo que respecta a las consecuencias de delitos e infracciones como nexos de ambos fenómenos, debe considerarse que sólo su identidad sustantiva explica la prohibición unánimemente aceptada de acumular sanciones penales y administrativas por los mismos hechos. Nadie cuestiona, por el contrario, la posibilidad de acumular responsabilidad civil y sanción administrativa (y, por supuesto, pena) en la medida en que ambas instituciones responden a fundamentos muy diversos”²²².

En el caso de Delitos Aduaneros, se da esta figura, específicamente en el Delito de Contrabando y Tráfico de Mercancías Prohibidas o Restringidas, que establece un monto de 4 Unidades Impositivas Tributarias (4UIT), si se excede este monto será sancionado penalmente, de lo contrario

²¹⁹ Citado por FRISANCHO APARICIO, Manuel. Delitos Contra la Administración Pública. Ob. Cit. pág. 80-81.

²²⁰ FRISANCHO APARICIO, Manuel (2017). Delitos Contra la Administración Pública. Pág. 81

²²¹ *Ibidem*. pág. 81-82

²²² Citado por FRISANCHO APARICIO, Manuel. Delitos Contra la Administración Pública. Ob. Cit. Pág. 81-82.

administrativamente; figura que también podría ser aplicada para el delito de peculado que cuando no se supere un determinado monto, éste sea investigado y sancionado por el Derecho Administrativo Sancionador.

3. EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE RESPONSABILIDADES

MORON URBINA indica que: “Uno de los problemas más comunes que se presenta en las entidades públicas cuando se identifican casos de corrupción administrativa, es el de la concurrencia de la tipificación, procesamiento y resolución de los ordenamientos jurídicos penales y administrativos”²²³.

Por otra parte, que la realización de diversos actos contrarios a la ley no sólo acarrearán responsabilidad administrativa, sino también penal como en el caso del Art. 28° literal f)²²⁴ del Decreto Legislativo 276, ahora veamos lo contemplado en el art. 387°²²⁵ del Código Penal; por lo que resulta contradictorio que norma se debe aplicar al respecto.

El autor antes citado menciona: “La premisa necesaria por la cual aparece el problema de la concurrencia de regímenes de responsabilidades en simultáneo para disciplinar la conducta de los funcionarios y servidores públicos es el debate acerca de la independencia o no del derecho sancionador administrativo respecto del otro régimen de mayor trayectoria en el Derecho, que es el Derecho Penal”²²⁶.

²²³ MORON URBINA, Juan Carlos (2013). Control Gubernamental y Responsabilidad de Funcionarios Públicos. Primera Edición. Gaceta Jurídica S.A. Lima-Perú. Pág. 151.

²²⁴ Artículo 28.- Son faltas de carácter disciplinarias que, según su gravedad, pueden ser sancionadas con cese temporal o con destitución, previo proceso administrativo: (...) f) La utilización o disposición de los bienes de la entidad en beneficios propio o de terceros.

²²⁵ 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.

²²⁶ *Ibidem*. Pág. 152.

En definitiva, hay determinados puntos de vista que sostienen que el Derecho Administrativo por ser de menor trayectoria, debe subsumirse al Derecho Penal, y otros que establecen que existe autonomía de responsabilidades el incurrir aquellos agentes en tales ilícitos, y que deben ser sancionados administrativa y penalmente, acarreando determinadas sanciones que establece cada cuerpo legal.

El Artículo 25²²⁷ del Decreto Legislativo N° 276 indica que los servidores públicos tienen responsabilidad civil, penal y administrativa, concordante con el Art. 153^{o228} de su reglamento.

3.1 CONCEPTO

MORON URBINA define: “El principio de autonomía de responsabilidades lo podemos definir como el régimen jurídico en el cual cada una de las responsabilidades que concurren sobre la conducta de los funcionarios y servidores públicos, mantienen recíproca autonomía técnica, de regulación, de valoración, de calificación y de resolución, a cargo de las autoridades a las cuales se les ha confiado la potestad sancionadora”²²⁹.

Allan BREWER CARIAS afirma que: “(...) Se admite, por lo tanto, el concurso de sanciones administrativas y penales derivado del concurso de transgresiones administrativas (ilícito administrativo) y penales (ilícito penal) producidas por un mismo hecho. En consecuencia, en principio, si una conducta está regulada en la Ley de Salvaguarda como ilícito administrativo, con su sanción administrativa y también como ilícito penal, con su pena, puede decirse que el concurso de sanciones es perfectamente admisible. Para ello, sin embargo, es necesario que la conducta esté expresamente sancionada en la Ley, con sanción administrativa y sanción penal”²³⁰.

²²⁷ Artículo 25.- Los servidores públicos son responsables civil, penal y administrativamente por el cumplimiento de las normas legales y administrativas en el ejercicio del servicio público, sin perjuicio de las sanciones de carácter disciplinario por las faltas que cometan.

²²⁸ Artículo 153°. - Los servidores públicos serán sancionados administrativamente por el incumplimiento de las normas legales y administrativas en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades civil y/o penal en que pudieran incurrir.

²²⁹ *Ibidem*. Pág. 153.

²³⁰ Citado por MORON URBINA, Juan Carlos (2013). Control Gubernamental y Responsabilidad de Funcionarios Públicos. Ob. Cit. Pág. 153.

En efecto, cada ámbito del derecho administrativo, civil o penal tienen conductas punibles diferentes, y un rasgo distintivo que se aplica entre ellas es la dilación que se da en determinados procesos penales, en cuanto otros cuentan con mayor celeridad.

3.2 CONSECUENCIAS DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE RESPONSABILIDADES

Susana LORENZO sostiene que: “la recíproca autonomía de la infracción y sanción disciplinaria respecto al delito y la sanción penal, (...) tiene lugar en tres aspectos: independencia en los procedimientos, en la calificación de los hechos y en las decisiones”²³¹.

Para MORON URBINA el reconocimiento del principio de autonomía de responsabilidades acarrea las siguientes consecuencias:

“1. Resulta compatible con el ordenamiento jurídico que concurren una o más responsabilidades por una sola conducta indebida cometida por un funcionario o servidor público.

2. Los procedimientos administrativo y judicial pueden ser continuados en forma autónoma hasta su conclusión, sin perjuicio de la colaboración de la Administración con el Poder Judicial, (salvo mandato expreso en contrario del Poder Judicial). En tal sentido pueden darse los siguientes supuestos:

- a) Que proceda la investigación administrativa y, consciente de que los hechos sean constitutivos de delito, lo comunique al Ministerio Público y continuará el procesamiento administrativo (independientemente al grado de la pena administrativa que aplicare).
- b) Que proceda la investigación judicial e informada la autoridad administrativa competente, proceda a ordenar el procesamiento administrativo de la conducta.

3. La calificación acerca de la existencia o no de responsabilidad de los agentes es potestad privativa de las autoridades administrativas (la

²³¹ Citado por MORON URBINA, Juan Carlos (2013). Control Gubernamental y Responsabilidad de Funcionarios Públicos. Ob. Cit. Pág. 154.

responsabilidad administrativa) y de las autoridades jurisdiccionales (las responsabilidades penal y civil).

4. Las decisiones (san de condena, sobreseimiento o absolución) en alguna de ellas, no excluyen la posibilidad que en otra se pueda aplicar una sanción distinta, en razón de la misma conducta.

5. El principio de no bis in ídem, se aplica respecto a cada régimen de responsabilidad (administrativo, civil o penal respectivamente) y no entre ellos mismos.

6. No existe prejudicialidad en vía administrativa previa en el análisis de responsabilidad que cada jurisdicción puede conducir (salvo disposición expresa de la ley²³²).

²³² *Ibíd.* Pág. 155.

SUB CAPÍTULO VIII: LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL SERVIDOR PÚBLICO HACIA LA ADMINISTRACIÓN

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República -Ley N° 27785 regula el Sistema Nacional de Control de los Funcionarios y Servidores Públicos:

1. RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS Y SERVIDORES PÚBLICOS

1.1 RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA FUNCIONAL²³³

Es aquella en la que incurren los servidores y funcionarios por haber contravenido el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen, se encuentre vigente o extinguido el vínculo laboral o contractual al momento de su identificación durante el desarrollo de la acción de control.

Incurren también en responsabilidad administrativa funcional los servidores y funcionarios públicos que, en el ejercicio de sus funciones, desarrollaron una gestión deficiente, para cuya configuración se requiere la existencia, previa a la asunción de la función pública que corresponda o durante el desempeño de la misma, de mecanismos objetivos o indicadores de medición de eficiencia.

El Artículo 12° del Reglamento de Infracciones y Sanciones para la Responsabilidad Administrativa Funcional derivada de los informes emitidos por los Órganos del Sistema Nacional de Control, señala que:

“El procesamiento y las sanciones por responsabilidad administrativa funcional son independientes de los procesos y sanciones por responsabilidad civil o penal que pudieran establecerse o determinarse en cada caso. Solo por disposición judicial expresa se pueden suspender, modificar o eliminar los efectos de las sanciones por responsabilidad administrativa funcional. En caso la disposición judicial expresa recaiga sobre procedimientos en trámite, aquella determinará su suspensión o la corrección de los actos a que hubiera lugar. En cualquier caso, la

²³³ Definición contenida en la novena disposición de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República -Ley N° 27785.

suspensión del procedimiento por decisión judicial expresa acarrea la suspensión de los plazos del procedimiento y los plazos de prescripción”.

En cuanto al tipo de sanciones que se establecen para los servidores y funcionarios públicos se encuentran en el Art. 14^{o234} del mencionado reglamento, sanciones que van desde la inhabilitación para el ejercicio de la función pública o suspensión temporal en el ejercicio de las funciones, según la gravedad de la infracción en que hubieran incurrido, la privación de la función, cargo o comisión que ejercía el funcionario o servidor infractor, así como la incapacidad legal para celebrar contratos administrativos de servicios o para el ejercicio de función pública y la separación del cargo y la suspensión del goce de remuneraciones y demás beneficios.

A su vez el artículo 15° de la citada ley establece la escala de sanciones. Los funcionarios y servidores públicos que incurran en responsabilidad administrativa funcional serán sancionados de acuerdo a la siguiente escala:

- a) La infracción grave será sancionada con suspensión temporal en el ejercicio de las funciones, no menor de treinta (30) días calendario y hasta trescientos sesenta (360) días calendario o inhabilitación para el ejercicio de la función pública, no menor de uno (1) ni mayor de dos (2) años.
- b) La infracción muy grave será sancionada con inhabilitación para el ejercicio de la función pública, no menor de dos (2) ni mayor de cinco (5) años.

²³⁴ Artículo 14°. - Tipos de sanciones 14.1 Los funcionarios o servidores públicos que incurrir en responsabilidad administrativa funcional son sancionados con inhabilitación para el ejercicio de la función pública o suspensión temporal en el ejercicio de las funciones, según corresponda a la gravedad de la infracción en que hubieran incurrido y conforme a los criterios de gradación establecidos en la Ley. 14.2 La inhabilitación para el ejercicio de la función pública, comprende la privación de la función, cargo o comisión que ejercía el funcionario o servidor infractor, así como la incapacidad legal para obtener mandato, cargo, empleo, comisión de carácter público, para celebrar contratos administrativos de servicios o para el ejercicio de función pública o funciones en general en las entidades. 14.3 La suspensión temporal en el ejercicio de las funciones, comprende la separación del cargo y la suspensión del goce de remuneraciones, compensaciones y/o beneficios de cualquier naturaleza.

Las sanciones para cada una de las infracciones graves o muy graves, por responsabilidad administrativa funcional, se encuentran especificadas en el Anexo del presente Reglamento.

1.2 RESPONSABILIDAD PENAL²³⁵

Es aquella en la que incurren los servidores o funcionarios públicos que en ejercicio de sus funciones han efectuado un acto u omisión tipificado como delito.

El Código Penal establece aquellos delitos que pueden ser cometidos por los funcionarios o servidores públicos, la cual se encuentra en la Parte Especial, Título XVIII Delitos Contra la Administración Pública, Capítulo II Delitos Cometidos por funcionarios públicos.

Peculado

- a) **Artículo:** 387° del Código Penal
- b) **Sujeto Activo:** Funcionario y/o servidor público
- c) **Sujeto Pasivo:** Estado
- d) **Acción:** 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.
- e) **Pena** : 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.
- f) **Agravante 1:** Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias.
- g) **Pena de la Agravante 1:** 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.
- h) **Agravante 2:** Si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social.

²³⁵ Ídem.

- i) **Pena de la Agravante 2:** 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, contrescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.
- j) **Atenuante:** Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos.
- k) **Pena de la atenuante:** Pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas.
- l) **Agravante de la atenuante:** Si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social.
- m) **Pena de la agravante de la atenuante:** Pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa.

El funcionario o servidor público al cometer acciones u omisiones que causan perjuicio a la Administración Pública, éstos no sólo incurren en responsabilidad administrativa y civil, también en responsabilidad penal, estas infracciones consideradas como delito en nuestra legislación.

Para Fabián Omar CANDIA, la responsabilidad penal nace en la medida “En que su conducta encuadre típicamente en algunas de las reprimidas por la norma penal de fondo. Es decir, que, en este aspecto, la legislación penal actúa como límite externo y negativo para el agente (...)”²³⁶.

Gustavo BACACORZO establece que: “La responsabilidad penal se da como consecuencia del delito. Este puede ser apreciado desde dos aspectos integrativos, a saber: los delitos típicos del trabajador público (usurpación de autoridad, violencia y resistencia a la autoridad y desacato, contra la administración de justicia, abuso de autoridad, concusión, peculado, corrupción de funcionarios, prevaricato, denegación...) y los

²³⁶ Citado por IVANEGA, Miriam Mabel. (En línea). La responsabilidad de los Funcionarios Públicos. Artículo alojado en la Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en < http://www.economicas.unsa.edu.ar/web/archivo/otros/miriam_ivanegas.pdf>. Consulta [09 de abril del 2017]. Pág. 161.

delitos comunes que hacen desmerecer la buena opinión que debe guardarse del trabajador del Estado”²³⁷.

El Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116 en su fundamento 10 expone:

“Por consiguiente, el funcionario o servidor público, en tanto y en cuanto su responsabilidad penal se sustenta en la infracción del deber, siempre será autor del delito contra la Administración Pública, sin perjuicio –claro está- de los diferentes presupuestos que también se requieran para determinar la autoría de cada injusto, como por ejemplo en el delito de peculado, que exige además el vínculo funcional con el objeto”.

En cuanto a la responsabilidad penal, ésta se da debido a la acción que efectúa un funcionario o servidor público, la cual se subsume en un tipo penal, sustentando esta responsabilidad en la teoría de la infracción al deber.

1.3 RESPONSABILIDAD CIVIL²³⁸

Es aquella en la que incurren los servidores y funcionarios públicos, que, por su acción u omisión, en el ejercicio de sus funciones, hayan ocasionado un daño económico a su Entidad o al Estado. Es necesario que el daño económico sea ocasionado incumpliendo el funcionario o servidor público sus funciones, por dolo o culpa, sea ésta inexcusable o leve. La obligación del resarcimiento a la Entidad o al Estado es de carácter contractual y solidaria, y la acción correspondiente prescribe a los diez (10) años de ocurridos los hechos que generan el daño económico.

1.3.1 PRESUPUESTOS

MORON URBINA identifica los siguientes presupuestos:

“1. El daño económico indemnizable a la entidad o al Estado.

2. Un incumplimiento de las funciones contractuales o legales de los funcionarios y servidores.

3. Una conducta dolosa o culposa en los funcionarios o servidores que permita la imputación jurídica del incumplimiento.

²³⁷ Citado por CERVANTES ANAYA, Dante (2013). Manual de Derecho Administrativo. Séptima Edición. Editorial RODHAS SAC. Lima-Perú. Pág. 231.

²³⁸ Ídem.

4. La relación causal entre ese incumplimiento y ese daño económico.”²³⁹

Como se aprecia, el autor antes mencionado refiere estos presupuestos necesarios para la realización de la responsabilidad civil en los funcionarios o servidores públicos. Ahora bien, se desarrollará cada uno de ellos:

a) El daño económico indemnizable a la entidad o al Estado

Juan Carlos MORON URBINA manifiesta que: “(...) la lesión, el perjuicio, el menoscabo directo al patrimonio o a los recursos de la entidad o del Estado en general, que constituye un núcleo sobre el cual gravita la responsabilidad patrimonial”²⁴⁰.

Este daño económico es ocasionado por el servidor o funcionario público, quienes, por una acción u omisión, han producido un menoscabo en el patrimonio del Estado, produciéndole un perjuicio al mismo.

MORON URBINA señala que se manifiestan de la siguiente manera: “1. El perjuicio patrimonial: la lesión económica directa vinculado a la afectación del patrimonio o la pérdida de una utilidad (...). 2. El deterioro patrimonial: afectación patrimonial que obliga a un costo para retornar a la situación debida (...); 3. El deterioro patrimonial por aprovechamiento de bienes o recursos en fines impropios (beneficio propio o de terceros), pero sin afectar la existencia del bien o recurso”²⁴¹.

El perjuicio patrimonial afecta directamente al patrimonio o lo hace inservible para su uso previsto, así bien, también existe el supuesto de deterioro patrimonial, en el cual no se afecta íntegramente el patrimonio, sino que éste puede ser resarcido,

²³⁹ MORON URBINA, Juan Carlos (2013). Control Gubernamental y Responsabilidad de Funcionarios Públicos. Pág. 154.

²⁴⁰ *Ibidem*. Pág. 169.

²⁴¹ *Ibidem*. Pág. 170.

agregándole un costo adicional para que pueda regresar a su situación inicial. Este último punto refiere al uso de hojas, servicio de fotocopiado, sin que el patrimonio se vea afectado, lo cual resulta lógico, puesto que, el uso de estos bienes no genera perjuicio patrimonial al Estado.

b) El incumplimiento de las funciones de los funcionarios y servidores.

El autor antes señalado refiere: “Para analizar el deber funcional incumplido debe recordarse que nos encontramos frente a una responsabilidad de naturaleza contractual, en cuanto deriva de perjuicios o menoscabos ocasionados por el agente en el desarrollo de obligaciones o deberes de su relación de empleo público”²⁴².

Por otro lado, el incumplir estas obligaciones y deberes, no sólo produce la responsabilidad patrimonial del servidor público, que viene conminado de daño y menoscabo económico al patrimonio del Estado.

c) La conducta dolosa o culposa en los funcionarios o servidores que permita la imputación jurídica del incumplimiento.

Señala MORON URBINA que: “(...) resulta necesario que el accionar del agente le sea jurídicamente imputable, esto es, demostrar que su accionar le pueda ser atribuido para que responda por él. Este elemento es, que en la base de la imputación a algún funcionario o servidor determinado pueda acreditarse que haya incurrido en esa acción u omisión indebida mediante dolo, culpa leve o culpa inexcusable. De ahí, podemos derivar que la responsabilidad civil de los funcionarios no es una responsabilidad objetiva, sino subjetiva, es decir, determinada

²⁴² *Ibíd.* Pág. 173.

por el volitivo del discernimiento del agente y no por la existencia objetiva de un perjuicio”²⁴³.

Se debe tener en cuenta si el agente actuó con conocimiento e intención, de querer provocar este perjuicio patrimonial, o que, por imprudencia o descuido, permitió que un tercero produzca este menoscabo patrimonial.

d) La relación causal entre ese incumplimiento y ese daño económico.

MORON URBINA expresa: “El último elemento exigido para la imputación de responsabilidad civil es la relación de causalidad adecuada entre la acción u omisión funcional y el efecto dañoso producido en la entidad o en el Estado, o como la propia norma establece, una vinculación de causa adecuada al efecto entre la conducta activa u omisiva realizada por el agente (que a su vez configura un incumplimiento de las funciones imputable) y el efecto perjudicial para el patrimonio público”²⁴⁴.

Miriam IVANEGA señala que: “En este aspecto se ha proporcionado la teoría de la causalidad adecuada, mediante la cual para calificar un hecho como causa de un determinado evento dañoso es preciso efectuar un juicio de probabilidad o previsibilidad, y preguntarse si el comportamiento del presunto afectante era por sí mismo apto, según la experiencia común, para desencadenar el perjuicio. Solo deben valorarse aquellas condiciones que según el curso normal y ordinario de las cosas han sido idóneas para producir el daño”²⁴⁵.

Establece la vinculación que debe existir entre el incumplimiento de los deberes del funcionario o servidor público y el daño patrimonial realizado al Estado, debiendo recaer esta

²⁴³ *Ibíd.* Pág. 175.

²⁴⁴ *Ibíd.* Pág. 177.

²⁴⁵ Citado por MORON URBINA, Juan Carlos (2013). Control Gubernamental y Responsabilidad de Funcionarios Públicos. Ob. Cit. Pág. 177.

sanción en aquel que verdaderamente haya incurrido en esta acción u omisión.

Según MORON URBINA: "(...) un funcionario o servidor público no podrá ser responsabilizado civilmente, no obstante existir perjuicio patrimonial para la administración e incluso haber incurrido en alguna falta administrativa, si ésta última no constituye la causa suficiente, directa e idónea para haber producido el menoscabo patrimonial. Así sucederá, si se comprueba que en la configuración del perjuicio económico, ha tenido incidencia determinante otros eventos, tales como: (...), la conducta de un tercero (por ejemplo, el hurto de un bien patrimonial de la entidad por un tercero (...), el caso fortuito o la fuerza mayor (daño derivado de un acontecimiento irresistible y ajeno al ámbito dominado por el funcionario)"²⁴⁶.

1.3.2 LA CONSECUENCIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: EL RESARCIMIENTO DEL PATRIMONIO ESTATAL

Como se ha señalado anteriormente, la consecuencia de la responsabilidad civil que incurren los agentes del Estado, es precisamente resarcir el perjuicio económico ocasionado al Estado.

MORON URBINA señala: "En función del daño producido, la modalidad resarcitoria tendrá diferente alcance. Por ejemplo, la responsabilidad patrimonial puede dar lugar a un daño directo y de concreta cuantificación, esto es, resulta evidente, como puede ser en un caso de un pago indebido, la pérdida, destrucción parcial o total de un bien estatal, la prescripción de acreencias del Estado se satisfaga con la restitución de lo indebidamente percibido, la devolución del bien apropiado, la reposición del valor del bien destruido totalmente al valor actual, el valor de reparación del bien dañado, más los intereses legales correspondientes desde la fecha del daño"²⁴⁷.

²⁴⁶ MORON URBINA, Juan Carlos (2013). Control Gubernamental y Responsabilidad de Funcionarios Públicos. Pág. 178.

²⁴⁷ *Ibíd.* Pág. 180.

Nuevamente MORON URBINA indica: “Pero existen otros casos, más complicados de perjuicios no evidentes o necesarios de ponderación sobre la eficiencia del gasto, como, por ejemplo, el perjuicio producido por una mala ejecución de un proyecto de construcción que resulta inservible o la adquisición de bienes que no son aprovechables en fines públicos. En casos como estos, no es apreciable prima facie el perjuicio porque la obra estará físicamente (aunque inútil). En este caso será necesaria una ponderación adicional sobre la eficiencia del gasto, la utilidad pública de la inversión y, por ende, de una estimación valorativa más compleja y detallada de índole técnica y económica para apreciar en qué consistió el perjuicio y poderlo cuantificar”²⁴⁸.

El resarcimiento del patrimonio estatal no se limita solo a devolver el valor del bien o la devolución del mismo, sino pagar la reparación del bien, y reponer uno de iguales características y valor, para que se dé por resarcido el perjuicio patrimonial.

1.4 DERECHO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO

Para Fredy MORY PRÍNCIPE “El proceso administrativo disciplinario tiene relación directa con la conducta humana frente a determinado patrón de comportamiento exigido por el Estado, cuyo incumplimiento puede generar sanciones contra el obligado o infractor”²⁴⁹.

Se entiende como el conjunto de normas jurídicas que tiene como finalidad imponerle a un grupo determinado, una correcta forma de actuar; y al faltar al cumplimiento de esa conducta implicaría una sanción disciplinaria.

1.4.1 CARACTERÍSTICAS DEL PROCESO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO

Dante CERVANTES ANAYA establece las siguientes:

- “Es necesario la existencia de una imputación.
- Es necesario que el quejoso o denunciante se identifique.

²⁴⁸ ídem.

²⁴⁹ Citado por CERVANTES ANAYA, Dante (2013). Manual de Derecho Administrativo. Pág. 219.

- El proceso administrativo debe ser instaurado a través de una Resolución Fundamentada del Titular de la Entidad o del Funcionario Autorizado.
- La Resolución que ordena abrir Proceso Administrativo Disciplinario no es impugnabile.
- Para que se abra un Proceso Administrativo Disciplinario no es condición necesaria que se encuentre vigente la relación laboral.
- El Titular de la Entidad no puede disponer que se abra Proceso Administrativo Disciplinario sin haber conocido la Opinión de la Comisión de Procesos.
- La investigación está a cargo de la Comisión de Procesos Administrativos Disciplinarios.
- La Comisión goza de Independencia en el Cumplimiento de sus Atribuciones.
- Si el Proceso Administrativo Disciplinario es Sumario el procesado tiene Derecho a defenderse.
- El Proceso Administrativo Disciplinario está sujeto a Prescripción.
- El Proceso Administrativo es escrito.
- El Informe Oral como Medio de Defensa.
- La Comisión de Procesos Administrativos Disciplinarios deberá emitir su Informe Final.
- Es prerrogativa del Titular de la Entidad Determinar el Tipo de Sanción a Aplicarse.
- Se debe respetar la pluralidad de instancias.”²⁵⁰

1.4.1 Es necesario la existencia de una imputación

MORY PRÍNCIPE señala que: “El proceso administrativo disciplinario no puede ser iniciado en contra de un servidor del Estado, o uno que ha dejado de serlo, si es que no existe contra éste una imputación que signifique la comisión de una falta disciplinaria”²⁵¹.

²⁵⁰ CERVANTES ANAYA, Dante (2013). Manual de Derecho Administrativo. Séptima Edición. Editorial RODHAS SAC. Lima-Perú. Pág. 219-223

²⁵¹ Citado por CERVANTES ANAYA, Dante (2013). Manual de Derecho Administrativo. Séptima Edición. Editorial RODHAS SAC. Lima-Perú. Pág. 219.

1.4.2 Es necesario que el quejoso o denunciante se identifique

El Reglamento de Organización y Funciones de la Fiscalía Suprema de Control Interno en su artículo 28° señala los requisitos para la queja:

“ARTÍCULO 28.-REQUISITOS DE LA QUEJA

Son requisitos para la presentación de quejas:

- a) Nombre y documento de identidad del quejoso o su apoderado, domicilio real y procesal de ser el caso.*
- b) Nombre y cargo del Fiscal quejado.*
- c) Descripción de la conducta materia de queja, con precisión de la fecha en que haya ocurrido y expediente que la motiva de ser el caso.*
- d) Ofrecimiento de los medios probatorios de los que disponga el quejoso.*
- e) Indicación del lugar o expediente donde se encuentren los medios probatorios que no estén en poder del quejoso, precisando su contenido.*
- f) Firma o impresión digital del quejoso, o su apoderado.*
- g) Firma de letrado tratándose de quejas escritas”.*

1.4.3 El proceso administrativo debe ser instaurado a través de una Resolución Fundamentada del Titular de la Entidad o del Funcionario Autorizado

Asimismo, el autor CERVANTES ANAYA señala: “No puede haber un proceso administrativo disciplinario si previamente no se ha emitido la resolución que lo autorice. En ésta se debe identificar al servidor o al que dejó de serlo que será objeto de investigación, cuales son los cargos que se formulan, la norma legal materia de transgresión, quien o quienes son los denunciadores y su relación con el supuesto agraviado. La resolución que ordena abrir el proceso administrativo disciplinario es emitida por el titular de la entidad, o por el funcionario a quien este haya delegado esa facultad, a través de una relación fundamentada; la que sea emitida por persona que no esté autorizada, ésta carece de

eficacia jurídica y por lo tanto nulo de pleno derecho cualquier acto que pudiese haberse ejecutado”²⁵².

1.4.4 La Resolución que ordena abrir Proceso Administrativo Disciplinario no es impugnabile.

En estos casos la resolución en la que se establece aperturar un proceso disciplinario, no puede ser materia de revisión ni impugnación.

1.4.5 Para que se abra un Proceso Administrativo Disciplinario no es condición necesaria que se encuentre vigente la relación laboral.

En este punto MORY PRÍNCIPE expresa: “Todas las personas que sirven dentro de la administración pública están sujetas a deberes y derechos, no puede existir lo uno sin lo otro. Los deberes del servidor público implican la existencia de un derecho estatal, y los deberes del Estado están en función de los derechos laborales. Para que se instaure un proceso administrativo disciplinario, solo es necesario que se haya identificado a un presunto infractor, que exista o haya existido una relación laboral, que exista una imputación que se encuentre tipificada como falta administrativa y que la facultad de investigación no haya prescrito”²⁵³.

1.4.6 El Titular de la Entidad no puede disponer que se abra Proceso Administrativo Disciplinario sin haber conocido la Opinión de la Comisión de Procesos.

MORY PRÍNCIPE establece: “El titular de la entidad, además de ser la máxima autoridad, es el que determina y se responsabiliza por el normal desenvolvimiento de las labores institucionales. Sin embargo, de esta potestad legal es necesario señalar que el Artículo 166° del D.S. N° 005-90-

²⁵² Ídem.

²⁵³ Citado por CERVANTES ANAYA, Dante (2013). Manual de Derecho Administrativo. Séptima Edición. Editorial RODHAS SAC. Lima-Perú. Pág. 220.

PCM, determina que la comisión de los procesos administrativos disciplinarios tiene la facultad para calificar las denuncias que le sean remitidas y pronunciarse sobre la procedencia o no de abrir procedimiento administrativo disciplinario. En caso de no proceder éste, elevará lo actuado al titular de la entidad con los fundamentos de su pronunciamiento para los fines del caso”²⁵⁴.

1.4.7 La investigación está a cargo de la Comisión de Procesos Administrativos Disciplinarios.

El autor antes citado establece que: “El proceso administrativo disciplinario está a cargo de una comisión, cuyos integrantes son designados por el titular de la entidad para que se encarguen de la investigación (está constituida por tres miembros titulares y tres miembros suplentes). Debe adoptar sus decisiones con la participación de todos sus integrantes, y sus disposiciones deben ser cumplidas con la más absoluta imparcialidad, es decir, esta se hace responsable de los resultados que se generan en el proceso”²⁵⁵.

1.4.8 La Comisión goza de Independencia en el Cumplimiento de sus Atribuciones.

Nuevamente MORY señala: “Primero hay que entenderla en sus dos momentos funcionales, en un primer aspecto está en relación a los diferentes órganos de la identidad, es decir, el comportamiento y la reacción que genera la investigación en el personal que labora en la entidad pública. En segundo nivel está en función de sus propios integrantes, es decir la reacción que el proceso genera entre los miembros de la comisión como consecuencia de quien sea el sujeto investigado. En ambas circunstancias el integrante de la

²⁵⁴ Citado por CERVANTES ANAYA, Dante (2013). Manual de Derecho Administrativo. Séptima Edición. Editorial RODHAS SAC. Lima-Perú. Pág. 220.

²⁵⁵ Citado por CERVANTES ANAYA, Dante (2013). Manual de Derecho Administrativo. Séptima Edición. Editorial RODHAS SAC. Lima-Perú. Pág. 220-221.

comisión no debe atender las recomendaciones o presiones de otros servidores, de terceras personas, de la autoridad, ni del colega miembro de la comisión, para influir en su decisión”²⁵⁶.

1.4.9 Si el Proceso Administrativo Disciplinario es Sumario el procesado tiene Derecho a defenderse.

El autor antes citado refiere: “El proceso administrativo disciplinario sumario afirma que por ninguna causa se puede negar o impedir al servidor a ejercer su derecho de defensa. Eso es así porque no puede existir investigación si no existe imputado y éste necesariamente es una persona que debe ser escuchada. Nadie puede ser sancionado si previamente no ha sido escuchado”²⁵⁷.

1.4.10 El proceso Administrativo Disciplinario está sujeto a prescripción.

MORY refiere: “El proceso administrativo disciplinario deberá iniciarse en un plazo no mayor de un año contado a partir del momento en que la autoridad competente tenga conocimiento de la comisión de la falta disciplinaria. Si la investigación fuera abierta pasada este año, entonces el servidor público tiene el derecho a invocar la prescripción de la acción, y el titular de la entidad no tendrá otra salida que emitir una resolución reconociendo la prescripción de la capacidad investigadora y sancionadora de la administración pública”²⁵⁸.

En el presente caso se establece como punto límite de un año de haber tomado conocimiento del hecho disciplinario, si

²⁵⁶ Citado por CERVANTES ANAYA, Dante (2013). Manual de Derecho Administrativo. Séptima Edición. Editorial RODHAS SAC. Lima-Perú. Pág. 221.

²⁵⁷ Citado por CERVANTES ANAYA, Dante (2013). Manual de Derecho Administrativo. Séptima Edición. Editorial RODHAS SAC. Lima-Perú. Pág. 221.

²⁵⁸ Citado por CERVANTES ANAYA, Dante (2013). Manual de Derecho Administrativo. Séptima Edición. Editorial RODHAS SAC. Lima-Perú. Pág. 221.

posterior a este plazo prescriptivo se aperturara procedimiento administrativo, éste no podría llevarse a cabo.

1.4.11 El proceso administrativo es escrito.

En cuanto a esta característica, por lo que todo debe estar documentado para su mayor análisis.

1.4.12 El Informe Oral como medio de defensa.

El autor antes citado define que: “La oralidad del proceso encuentra su ubicación cuando el servidor cuestionando-haciendo uso de su derecho de defensa-solicita a la comisión informar oralmente todo aquello que concierne a su persona y a los hechos que lo vinculan con el proceso. Afirmamos también que el informe oral lo puede realizar el procesado, el derecho a solicitar que los argumentos que expone sean recogidos de manera fidedigna es un documento que permita posteriormente su debida utilización o puede alcanzar a la comisión u resumen de su defensa oral, derecho que no le puede ser negado”²⁵⁹.

1.4.13 La Comisión de Procesos Administrativos Disciplinarios deberá emitir su informe final.

MORY PRÍNCIPE señala que “La comisión de procesos disciplinarios una vez que ha agotado la investigación, tiene la obligación de emitir su informe razonado en el que debe constar de manera clave e indubitable las conclusiones a las que ha llegado. El marco real y jurídico que la comisión debe utilizar como argumento de sus conclusiones son: en primer lugar, la resolución que ordenó el inicio del proceso administrativo disciplinario; en segundo lugar, las pruebas actuadas y las evidencias obtenidas”²⁶⁰.

²⁵⁹ Citado por CERVANTES ANAYA, Dante (2013). Manual de Derecho Administrativo. Séptima Edición. Editorial RODHAS SAC. Lima-Perú. Pág. 222.

²⁶⁰ Ídem.

1.4.14 Es prerrogativa del Titular de la Entidad Determinar el Tipo de Sanción a Aplicarse.

El autor antes mencionado refiere: “Cuando la Ley establece que es prerrogativa del titular de la entidad determinar el tipo de sanción a aplicarse no le está otorgando una potestad ilimitada. Su decisión es tener como base todo lo investigado por la comisión, y de tal manera que, si esta recomienda un tipo de sanción, aquel puede determinar u optar de otra menor o más grave, pero no podrá desvincularse, sustancialmente de las conclusiones y recomendaciones a las que ha arribado la comisión, debiendo expresar de manera clara y motivada las razones de su decisión en la resolución pertinente”²⁶¹.

1.4.15 Se debe respetar la pluralidad de instancias

Freddy MORY refiere que: “Todas las entidades del sector público cuentan con órganos jerarquizados en los que se definen decisiones de nivel inicial y que pueden ser impugnables en la instancia superior. No existe una sola institución pública en la que no sea obligatoria la aplicación de la instancia plural en los procesos administrativos disciplinarios”²⁶².

MORON URBINA con relación a la pluralidad de instancia expone: “(...) la exigencia de los recursos en sede administrativa no es una manifestación de un pretendido derecho a la doble instancia administrativa. De existirlo tendríamos que el administrado debía recurrir necesariamente a dos instancias en sede administrativa y dos adicionales en sede judicial, para lograr una determinación sobre su derecho o interés. La garantía verdadera que tienen los administrados frente a la

²⁶¹ Ídem.

²⁶² Citado por CERVANTES ANAYA, Dante (2013). Manual de Derecho Administrativo. Séptima Edición. Editorial RODHAS SAC. Lima-Perú. Pág. 222-223.

Administración es la accesibilidad a la vía judicial en tiempo oportuno y para alcanzar la tutela efectiva”²⁶³.

La doble instancia es un principio, que tiene una persona de recurrir ante un órgano superior, a fin que el fallo o sentencia emitida sea revisado confirmándolo o desestimándolo; de esta manera estos fallos son corroborados o no por el superior en grado.

1.5 RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA

CERVANTES ANAYA expresa “En el capítulo V, artículos 25 y siguientes, en ellos se norma el régimen disciplinario. Dando a constar que los servidores públicos son responsables civil, penal, y administrativamente de las normas legales y administrativas en el ejercicio del servicio público, sin perjuicio de las sanciones de carácter disciplinario por faltas que cometan”²⁶⁴.

La responsabilidad en la que incurren los funcionarios y/o servidores públicos, no sólo es en materia administrativa, sino civil y penal; teniendo como penas las que establece determinado cuerpo legal.

1.5.1 FALTA ADMINISTRATIVA

El autor antes mencionado señala que la falta disciplinaria es “toda acción u omisión voluntaria o no, que contravenga las obligaciones, prohibiciones y demás normatividad específica sobre los deberes de servidores y funcionarios”²⁶⁵.

El artículo 28 de la Ley de Carrera Administrativa, expresa las faltas de carácter disciplinario:

“Artículo 28°.- FALTAS DE CARÁCTER DISCIPLINARIO. - Son faltas de carácter disciplinario que, según su gravedad pueden

²⁶³ Citado por CERVANTES ANAYA, Dante (2013). Manual de Derecho Administrativo. Séptima Edición. Editorial RODHAS SAC. Lima-Perú. Pág.223.

²⁶⁴ CERVANTES ANAYA, Dante (2013). Manual de Derecho Administrativo. Séptima Edición. Editorial RODHAS SAC. Lima-Perú. Pág.226.

²⁶⁵ *Ibíd*em. Pág. 227.

ser sancionadas con cese temporal o con destitución, previo proceso administrativo:

- a) El incumplimiento de las normas establecidas en la presente Ley y su Reglamento;*
 - b) La reiterada resistencia al cumplimiento de las órdenes de sus superiores relacionadas con sus labores;*
 - c) El incurrir en acto de violencia, grave indisciplina o faltamiento de palabra en agravio de su superior, del personal jerárquico y de los compañeros de labor;*
 - d) La negligencia en el desempeño de las funciones;*
 - e) El impedir el funcionamiento del servicio público;*
 - f) La utilización o disposición de los bienes de la entidad en beneficio propio o de terceros;*
 - g) La concurrencia reiterada al trabajo en estado de embriaguez o bajo la influencia de drogas o sustancias estupefacientes y, aunque no sea reiterada, cuando por la naturaleza del servicio revista excepcional gravedad;*
 - h) El abuso de autoridad, la prevaricación o el uso de la función con fines de lucro.*
 - i) El causar intencionalmente daños materiales en los locales, instalaciones, obras, maquinarias, instrumentos, documentación y demás bienes de propiedad de la entidad o en posesión de ésta;*
 - j) Los actos de inmoralidad;*
 - k) Las ausencias injustificadas por más de tres días consecutivos o por más de cinco días no consecutivos en un período de treinta días calendario o más de quince días no consecutivos en un período de ciento ochenta días calendario;*
- y,*
- l) Las demás que señale la ley”.*

Asimismo, en el Art. 239^{o266} de la Ley de Procedimiento Administrativo General señala las faltas en las que incurre la autoridad administrativa.

²⁶⁶ Artículo 239.- Faltas administrativas Las autoridades y personal al servicio de las entidades, independientemente de su régimen laboral o contractual, incurren en falta administrativa en el trámite de los procedimientos administrativos a su cargo y, por ende, son susceptibles de ser sancionados administrativamente

1.5.2 TIPIFICACIÓN DE LA FALTA ADMINISTRATIVA

Según Dante CERVANTES señala que se tiene que tomar en cuenta las siguientes condiciones:

“Circunstancia en la que se cometen.

- a) La forma de Comisión.
- b) La concurrencia de varias faltas.
- c) La participación de uno o más servidores en la comisión de la falta.
- d) Los efectos que produce la falta.

La gravedad de la falta debe ser calificada en atribución a la autoridad competente o de la Comisión de Procesos Administrativos Disciplinarios, según corresponda; por escrito se enunciarán los elementos que se consideran como tal. Una falta será tanto más grave cuando más elevado sea el nivel del servidor que la ha cometido”²⁶⁷.

El autor en mención establece determinados requisitos que permitirán una mejor tipificación de la falta administrativa, la misma que debe ser calificada por la autoridad competente.

1.5.3 SANCIÓN ADMINISTRATIVA

Esta sanción se ve aplicada por el incumplimiento de las funciones de los servidores y funcionarios públicos, así como lo establece el Art. 27° de la Ley 276:

“Artículo 27°.- GRADOS DE LA SANCIÓN. - Los grados de sanción corresponden a la magnitud de las faltas, según su

con amonestación, suspensión, cese o destitución atendiendo a la gravedad de la falta, la reincidencia, el daño causado y la intencionalidad con que hayan actuado, en caso de: 1. Negarse a recibir injustificadamente solicitudes, recursos, declaraciones, informaciones o expedir constancia sobre ellas. 2. No entregar, dentro del término legal, los documentos recibidos a la autoridad que deba decidir u opinar sobre ellos. 3. Demorar injustificadamente la remisión de datos, actuados o expedientes solicitados para resolver un procedimiento o la producción de un acto procesal sujeto a plazo determinado dentro del procedimiento administrativo. 4. Resolver sin motivación algún asunto sometido a su competencia. 5. Ejecutar un acto que no se encuentre expedido para ello. 6. No comunicar dentro del término legal la causal de abstención en la cual se encuentra incurso. 7. Dilatar el cumplimiento de mandatos superiores o administrativo o contradecir sus decisiones. 8. Intimidar de alguna manera a quien desee plantear queja administrativa o contradecir sus decisiones. 9. Incurrir en ilegalidad manifiesta. 10. Difundir de cualquier modo o permitir el acceso a la información confidencial a que se refiere el numeral 160.1 de esta Ley. Las correspondientes sanciones deberán ser impuestas previo proceso administrativo disciplinario que, en el caso del personal sujeto al régimen de la carrera administrativa, se ceñirá a las disposiciones legales vigentes sobre la materia, debiendo aplicarse para los demás casos el procedimiento establecido en el Artículo 235 de la presente Ley, en lo que fuere pertinente

²⁶⁷ Ibídem. Pág. 228.

menor o mayor gravedad; sin embargo, su aplicación no será necesariamente correlativa ni automática, debiendo contemplarse en cada caso, no sólo la naturaleza de la infracción sino también los antecedentes del servidor, constituyendo la reincidencia serio agravante. Los descuentos por tardanzas o inasistencias no tienen naturaleza disciplinaria, por lo que no eximen de aplicación de la debida sanción. Una falta será tanto más grave cuanto más elevado sea el nivel del servidor que la ha cometido”.

Asimismo, la Ley en mención en su artículo 26° ha previsto las siguientes sanciones:

“Artículo 26°.- SANCIONES. - Las sanciones por faltas disciplinarias pueden ser:

a) Amonestación verbal o escrita;

b) Suspensión sin goce de remuneraciones hasta por treinta días;

c) Cese temporal sin goce de remuneraciones hasta por doce meses; y,

d) Destitución”.

SUB CAPÍTULO IX: TEORÍAS

1. LA TEORÍA DE INFRACCIÓN DE DEBER

José Antonio CARO JOHN refiere que: “Desde que Roxin en 1963 empleara por primera vez en el Derecho Penal la categoría de los delitos de infracción de deber (Pflichtdelikten), la discusión moderna en torno a este nuevo concepto ha oscilado entre tomas de postura que la admiten y otras que levantan reparos en contra de ella. Aunque lo cierto es que estas últimas, la mayoría de las veces, se deben a la novedad de los planteamientos que ella suscita en el debate de nunca acabar que se vive en la autoría y la participación delictiva, un terreno sobre el que ya Kantorowicz opinara que probablemente se trate del ‘capítulo más oscuro y confuso de la ciencia del Derecho Penal’”²⁶⁸.

Para Leonardo CALDERON VALVERDE: “El fundamento de la doctrina de los delitos de infracción del deber surge de la necesidad de brindar una estructura teórica racional que permita la imputación penal de autores y partícipes en los casos de delitos especiales, ya que la teoría del dominio del hecho no podía sostener eficazmente las responsabilidades de los autores y partícipes en estos delitos”²⁶⁹.

Enrique BACIGALUPO expone que: “Roxin, hace ya más de 50 años, en su obra que aborda la autoría y dominio en el Derecho Penal, planteó tres criterios distintos para la determinación del responsable de un hecho delictivo, los cuales son: a) aquellos donde es autor quien “domina el hecho” descrito en el tipo (dominio del hecho); b) los delitos de ‘propia mano’, donde el tipo penal nos dice que sólo podrá tener la figura central de la realización del delito quien realiza la intervención directa en la realización material del delito; y c) los delitos de infracción de deber donde el autor tiene deberes especiales que son predeterminados por el legislador”²⁷⁰.

²⁶⁸CARO JOHN, José Antonio. [En Línea]. Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber. Pág. 01.

²⁶⁹ CALDERON VALDERDE, Leonardo (2017). El estado actual de la teoría de infracción al deber en los delitos contra la administración pública. Artículo alojado en la Gaceta Penal & Procesal Penal-TOMO 91-enero 2017. EDITORIAL Gaceta Jurídica S.A. Lima-Perú. Pág. 136.

²⁷⁰ Citado por CALDERON VALDERDE, Leonardo (2017). El estado actual de la teoría de infracción al deber en los delitos contra la administración pública. Pág. 136.

Leonardo CALDERON VALVERDE expone que: “En la doctrina predominó, en un inicio, la teoría del dominio del hecho. Con esta teoría se intentó brindar una explicación y justificación racional a la atribución de responsabilidades penales en los delitos cuya estructura típica presupone un deber especial en el autor; sin embargo, se generaron conclusiones muy discutibles, sobre todo cuando se trató el problema de cómo imputar la responsabilidad penal de los *extranei* (sujetos no obligados por un deber)”²⁷¹.

Raúl PARIONA ARANA expresa que: “En la actualidad, la importancia de la teoría de los delitos de infracción de deber es inobjetable, pues ella contribuye decisivamente con la administración de justicia, haciendo de la determinación y delimitación de las formas de intervención una labor racional y justa. Asimismo, coopera con el objetivo de lograr una dogmática penal que ayude a dar soluciones prácticas a los casos concretos”²⁷².

Fidel ROJAS VARGAS lo define como: “Los delitos de infracción al deber son llamados así por cuanto en ellos el sujeto activo que comete el delito mantiene vinculación con la administración pública, mantiene deberes preexistentes de cuidado, protección y fomento de los valores integrantes del bien jurídico penal ‘administración pública’, frente a los que se ha obligado cumplir, estableciéndose mundos en común (entre el funcionario-servidor y la administración y en general con las instituciones positivas) que identifica la administración pública en un conjunto de subsistemas. La violación de estos deberes, cuando concurren además los específicos elementos del tipo penal que agrega el plus de relevancia, implica la comisión de un delito de infracción del deber”²⁷³.

SALINAS SICCHA: “Fundamenta la autoría en los delitos de infracción de deber un “deber especial de carácter penal” que no recae en todas las personas, sino en aquellos sujetos calificados que pueden cometer estos delitos. De modo que el fundamento no es el deber general que surge del tipo penal, cuya infracción

²⁷¹ CALDERON VALDERDE, Leonardo (2017). El estado actual de la teoría de infracción al deber en los delitos contra la administración pública. Pág. 137.

²⁷² PARIONA ARANA, Raúl. [En Línea]. La teoría de los delitos de infracción de deber. Fundamentos y consecuencias. Disponible en <http://rpa.pe/media/boletines/4_RPA_Pariona_Abogados.pdf>. Consulta [15/02/2017]. Pág. 01.

²⁷³ ROJAS VARGAS, Fidel (2016). Manual Operativo de los Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos. Primera Edición. Editorial NOMOS & THESIS E.I.R.L. Lima-Perú. Pág. 72-73.

provoca la sanción prevista en el tipo. En consecuencia, en los delitos contra la administración pública, los sujetos públicos tienen deberes especiales como por ejemplo el deber de lealtad, de cautelar, proteger, e impulsar el correcto funcionamiento de la administración pública”²⁷⁴.

El Acuerdo Plenario N° 2-2011-CJ/116 de fecha 06/12/2011, en su fundamento N° 9 refiere sobre la autoría del delito de infracción de deber:

“9°. El punto de partida dogmático está dado por la categoría de estos delitos: de infracción de deber. Actualmente, en la doctrina y la jurisprudencia se ha definido que existen tipos legales que requieren un dominio del autor para su construcción, como por ejemplo los delitos de robo agravado, homicidio calificado, estafa, tráfico ilícito de drogas, entre otros -denominados delitos de dominio-. Sin embargo, también existen tipos legales que excluyen el dominio para su configuración y se forman a partir de la infracción de un deber especial que le corresponde a la órbita del autor -característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos-. El autor del delito -de infracción de deber- no puede ser cualquier persona, sino sólo aquél funcionario o servidor público que ocupa un status especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que no tiene ninguna trascendencia jurídica, pues el fundamento está construido por la posición que domina en relación al deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la Administración Pública y con los bienes que se encuentran bajo su ámbito. En este espacio, por ejemplo, deberá disponer correctamente del patrimonio estatal que administra.

10°. Por consiguiente, el funcionario o servidor público, en tanto en cuanto su responsabilidad penal se sustenta en la infracción del deber, siempre será autor del delito contra la Administración Pública, sin perjuicio –claro está- de los diferentes presupuestos que también se requieran para determinar la autoría de cada injusto, como por ejemplo en el delito de peculado, que exige además el vínculo funcional con el objeto.

²⁷⁴ SALINAS SICCHA, Ramiro. [En Línea]. Delitos Contra la Administración Pública: La Teoría de Infracción de Deber en la jurisprudencia peruana. Disponible en <http://www.mpf.n.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3036_2._int._d._adm._publica.pdf>. Consulta [15/02/2017]. Pág. 05.

11°. *Este tipo de delitos restringe el círculo de autores -como se anotó-, pero se admite la participación del 'extraneus' que no ostenta esa obligación especial, como partícipe: inductor o cómplice. Para fundamentar esta perspectiva -en torno a la accesoriedad de la participación- en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad de título de imputación para resolver la situación del 'extraneus'".*

Estos llamados delitos son conocidos debido al cargo que tiene el funcionario o servidor público, teniendo bajo su custodia bienes (caudales y efectos), y teniendo el deber de garantizarlos y protegerlos, infringe su deber y comete el ilícito.

1.1 SURGIMIENTO

La teoría de los delitos de infracción de deber fue postulada por Claus Roxin.

Raúl PARIONA ARANA expresa que: "En 1993, en su libro 'Autoría y dominio del hecho', él desarrolló la infracción de deber como criterio para la determinación y delimitación de la autoría"²⁷⁵.

Según lo que concibe ROXIN: "el autor es la figura central en la realización de la acción típica. El partícipe es, en cambio, sólo una figura accesoría que contribuye al hecho del autor mediante la intervención motivacional o ayudándolo. Aquí, el concepto de 'figura central' se concretiza en tres criterios diferentes: En primer lugar, en el 'dominio del hecho', que es el criterio decisivo para la autoría en la mayoría de los delitos. Autor del delito será aquí quien domina el evento que lleva a la realización del delito, si bien el partícipe interviene (e influye) en el suceso criminal, carece del dominio del hecho. La contribución del partícipe no es determinante para la realización del delito (delitos de dominio). En segundo lugar, en la 'ejecución de propia mano'. La legislación penal ha previsto delitos en los que solo puede tenerse como figura central de la realización del delito a quien realiza el tipo penal de propia mano, luego, aquí el elemento decisivo

²⁷⁵ PARIONA ARANA, Raúl. La teoría de infracción de deber: fundamentos y consecuencias. Artículo alojado en el libro Delitos Contra la Administración Pública. Editorial IDEMSA. Lima-Perú. Pág. 98.

es la intervención directa en la realización material del delito (delitos de propia mano). Finalmente- repárese en esto- el concepto superior de 'figura central' se concretiza en el criterio de la 'infracción al deber'. En la ley penal existe un tercer grupo de delitos, cuya autoría solo puede recaer en quien ha infringido un deber especial que, obviamente, no alcanza a todas las personas (delitos de infracción de deber)²⁷⁶.

Como se señala en este caso, que el autor del delito es el que tiene el dominio del actuar delictivo, en cuanto partícipe o cómplice, este jamás tendrá el dominio del hecho en la configuración del delito.

En la teoría de infracción de ROXIN "la figura central del evento criminal en el que intervienen varias personas será quien lesiona el deber especial previo al tipo y de esa forma, contribuye al resultado por acción u omisión. Aquí son irrelevantes el dominio del hecho o la medida de la contribución que se hace al resultado. Así, por ejemplo, el funcionario público que instiga a un tercero que no tiene esta condición a realizar el resultado típico previsto por el 348, párrafo 1 del StGB²⁷⁷, es autor del delito de falsificación de documentos cometido por funcionario público, pese a no haber tenido el dominio del hecho. Esto es así porque el agente ha lesionado el bien jurídico contenido en el tipo a través de la infracción del deber especial extrapenal a cuya observancia estaba obligado. En cambio, el extraneus es solamente un cómplice del autor, pues, aunque tiene el dominio sobre la acción y según las reglas del dominio del hecho sería autor; sin embargo, no tiene ningún deber especial"²⁷⁸.

La característica que lo diferencia con la teoría de infracción al deber de ROXIN "es la naturaleza del deber especial (...) lo que fundamenta la autoría no es el deber general que surge del tipo penal cuya 'infracción

²⁷⁶ Citado por PARIONA ARANA, Raúl. La teoría de infracción de deber: fundamentos y consecuencias. Artículo alojado en el libro Delitos Contra la Administración Pública. Editorial IDEMSA. Lima-Perú. Ob. Cit. Pág. 99.

²⁷⁷ § 348 Falschbeurkundung im Amt (1) Ein Amtsträger, der, zur Aufnahme öffentlicher Urkunden befugt, innerhalb seiner Zuständigkeit eine rechtlich erhebliche Tatsache falsch beurkundet oder in öffentliche Register, Bücher oder Dateien falsch einträgt oder eingibt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft./ declaración falsa en el Oficial-(1) Un funcionario que, para la recepción de documentos públicos autorizados legalmente un hecho significativo atestiguada mal dentro de su jurisdicción o entrar mal en los registros públicos, libros o archivos o entradas, será castigado con prisión de hasta cinco años o con multa.

²⁷⁸ Citado por PARIONA ARANA, Raúl. La teoría de infracción de deber: fundamentos y consecuencias. Artículo alojado en el libro Delitos Contra la Administración Pública. Editorial IDEMSA. Lima-Perú. Ob. Cit. Pág. 99.

provoca la sanción prevista en el tipo', sino un deber especial que no recae en todas las personas (...) este es un deber extrapenal. Los deberes especiales están antepuestos en el plano lógico a la norma penal y se originan en otros ámbitos del Derecho, como, por ejemplo, los deberes del funcionario público (Derecho Público), los deberes de reserva o secreto de ciertas profesiones o los deberes de fidelidad en la administración de patrimonios ajenos (Derecho Civil). En ese sentido, los 'especialmente obligados se distinguen entre los demás intervinientes por la relación especial que guardan con el contenido del injusto del hecho y que el legislador solamente por esta posición de deber le considera la figura central del evento y con ello como autor"²⁷⁹.

Bajo esta teoría, se ve quebrantado el deber, integridad y lealtad del funcionario o servidor público hacia el Estado; deber que le fue confiado para que realice determinadas funciones, y solamente por su condición como un agente especial, el reproche de su mal actuar es mayor.

2. LA TEORÍA DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER ANALIZADA DE DIFERENTES PERSPECTIVAS

2.1 DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER SEGÚN ROXIN

Según el planteamiento de Roxin, "el centro de los delitos de infracción de deber lo constituye el deber especial del autor. Este deber no se refiere al deber general de respetar la norma, que afecta a todas las personas, sino más bien a deberes extrapenales que se encuentran como que están antepuestos en el plano lógico a la norma del Derecho Penal y que, por lo general, se originan en otros ámbitos del Derecho"²⁸⁰.

Roxin cita como ejemplos a los deberes públicos de funcionarios: "los deberes de ciertas profesiones que imponen un mandato de cuidado, las obligaciones jurídico-civiles de alimentos y de lealtad. En todos estos delitos el obligado tiene una especial relación con el contenido del injusto,

²⁷⁹ Citado por PARIONA ARANA, Raúl. La teoría de infracción de deber: fundamentos y consecuencias. Artículo alojado en el libro Delitos Contra la Administración Pública. Editorial IDEMSA. Lima-Perú. Ob. Cit. Pág. 100.

²⁸⁰ Citado por CARO JOHN, José Antonio. [En Línea]. Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber. Artículo alojado en el Anuario de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad de Fribourg (Suiza) Disponible en < http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_06.pdf >. Consulta [15/02/2017]. Pág. 03-04.

el deber que porta lo convierte en 'figura central' del suceso de la acción. Pero más allá de ello Roxin no fundamenta en qué consisten esos deberes extrapenales conformados como realidades previas al tipo, dejando más bien al legislador la tarea de regular los tipos, bien en función de delitos de dominio o de infracción de deber, porque, a su juicio, finalmente es una cuestión que atañe a la decisión valorativa del legislador”²⁸¹.

2.2 DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER SEGÚN JAKOBS

En cuanto a la evolución de la teoría de infracción al deber formulada por Claus Roxin, no habiéndose desarrollado con posterioridad.

Günther JAKOBS quien, “en el marco de un pensamiento normativista del sistema del Derecho Penal, en los últimos veinte años ha orientado su potencia dogmática a una fundamentación ampliada de los delitos de infracción de deber. La distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber se explica mediante el criterio del ámbito de competencia del autor. Según esto, la persona vive inmersa en un mundo regido por normas donde debe satisfacer una diversidad de deberes que van dando forma a una competencia personal. La infracción de aquellos deberes mediante la incorrecta administración del ámbito de competencia personal fundamenta precisamente su responsabilidad jurídico-penal”²⁸².

Eduardo ALCÓCER POVIS: “Así el primer fundamento de la responsabilidad penal lo conforma la lesión de los deberes generales de actuación, los mismos que en la terminología jakobsiana se conocen como deberes en virtud de competencia de organización cuyo equivalente en el lenguaje de Roxin lo constituirían los delitos de dominio. Cuando Jakobs habla de que el primer fundamento de la responsabilidad se relaciona con

²⁸¹ Citado por CARO JOHN, José Antonio. [En Línea]. Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber. Artículo alojado en el Anuario de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad de Fribourg (Suiza) Disponible en < http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_06.pdf >. Consulta [15/02/2017]. Pág. 04.

²⁸² Citado por CARO JOHN, José Antonio. [En Línea]. Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber. Artículo alojado en el Anuario de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad de Fribourg (Suiza) Disponible en < http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_06.pdf >. Consulta [15/02/2017]. Pág. 04.

los deberes generales de actuación, se está refiriendo al hecho de que cada persona, por ser persona, está obligada a cumplir deberes generales que incumben a todos en igualdad de condiciones, siendo el deber más general y el primero que antecede a todos el de no lesionar a los demás en sus bienes acuñado en el latín con la expresión *neminem laede*; al mismo tiempo el estatus más general es el de persona en Derecho. La observancia de este deber general permite a la persona la configuración de un segmento de la sociedad donde ella vive y se desarrolla en un espacio de libertad posibilitándose para sí, y para los demás, una convivencia pacífica. La existencia de los deberes generales hace que la libertad general de configuración que tiene cada persona no sea ilimitada, y de hecho tiene que haber límites a la libertad. Los límites a la libertad surgen de la posición jurídica que ocupa cada persona en la sociedad, es decir, de un haz de derechos y obligaciones al que debe ajustar su conducta en un mundo socialmente configurado nadie que viva en sociedad se comporta como un ermitaño que sólo respeta las normas de su conciencia. Cuando la persona vulnera los deberes de su estatus está haciendo un uso arbitrario de su libertad, está configurando un estado de cosas que el Derecho desapruueba. Si la configuración del segmento personal se hace dañando los bienes de los demás es evidente que al infractor se le atribuye una responsabilidad jurídico-penal. El segundo fundamento de la responsabilidad viene dado por la inobservancia de deberes especiales, esto es, deberes en virtud de competencia institucional a los que pertenecen los delitos de infracción de deber. Estos deberes, a diferencia de lo anterior, no tienen que ver con la violación de los límites generales de la libertad, sino con la inobservancia de los límites trazados por un estatus especial. Un estatus especial como el de padre, policía o juez fija una determinada forma de comportarse, pues en el fondo existe un deber de corte institucional que convierte a la persona en un obligado especial. Por ejemplo: se espera que el policía vigile al detenido y no que lo torture, igualmente es normal pensar que un padre deba cuidar de su hijo menor cuando lo lleva a jugar al parque en vez de abandonarlo a su suerte. Tanto el policía como el padre son portadores de deberes especiales y, en cada caso, de deberes estatales propios de la función pública y de la patria potestad respectivamente, que son la expresión de

instituciones positivas que se gestan en la sociedad para garantizar su funcionamiento. La cualidad de los autores no desempeña ningún papel sino únicamente la especial relación institucional entre el obligado especial y el objeto de bien jurídico”²⁸³.

En tal sentido, para Jakobs cuando se lesiona el deber radica en el fundamento de la imputación jurídico-penal, a diferencia de Roxin, para quien la lesión del deber es sólo un criterio que determina la autoría del hecho.

3. LA IRRELEVANCIA DEL DOMINIO DEL HECHO EN LOS DELITOS DE INFRACCIÓN AL DEBER

PARIONA ARANA ejemplifica: “En el caso del juez que encarga a un tercero solicitar una ventaja económica a una de las partes que intervienen en el proceso para favorecerla con su decisión, no es el juez sino más bien el tercero quien tiene el dominio del hecho del evento delictivo, pues sólo este tiene en sus manos la manera en la que realizará el pedido, sea a través de una conversación personal con el litigante, por medio de una carta, por teléfono o de otra manera (...)”.²⁸⁴

Percy GARCÍA CAVERO define que: “El delito especial se imputa como un delito de dominio si es que el fundamento de la imputación sigue siendo, como en los delitos comunes, el dominio de un riesgo prohibido. En este orden de ideas, la única particularidad del delito especial es que el riesgo prohibido se incardina en una estructura social especial, de manera tal que el dominio no lo tiene, en principio, cualquiera, sino determinadas personas con acceso a la estructura social especial”²⁸⁵.

²⁸³ CARO JOHN, José Antonio. [En Línea]. Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber. Artículo alojado en el Anuario de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad de Fribourg (Suiza)

Disponible en < http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_06.pdf >. Consulta [15/02/2017]. Pág. 05.

²⁸⁴ PARIONA ARANA, Raúl. La teoría de infracción de deber: fundamentos y consecuencias. Artículo alojado en el libro Delitos Contra la Administración Pública. Editorial IDEMSA. Lima-Perú. Pág. 108.

²⁸⁵ GARCÍA CAVERO, Percy [En línea]. La pena del partcipe extraneus en los delitos especiales. Artículo alojado en el Anuario de Derecho Penal 2009- La reforma del Derecho Penal y del Derecho Procesal en el Perú. Disponible en < https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2009_05.pdf >. Consulta [22/02/2017]. Pág. 118-119.

Seguidamente PARIONA expone: “Para la determinación de la autoría en los delitos de infracción de deber no se necesita recurrir más al dominio del hecho. La autoría se funda exclusivamente en la infracción del deber penal especial. A pesar de que el juez no tiene el dominio del hecho, sólo él es el autor, pues él infringe un deber especial de carácter penal, el tercero por el contrario sólo es un cómplice, pues interviene en el hecho sin tener un deber especial. (...) Luego, la consecuencia del nuevo concepto de autor es que para la determinación de la autoría en estos delitos solo es relevante el criterio de la infracción del deber. No es relevante en modo alguno si el obligado especial tiene el dominio del hecho o no”.²⁸⁶

La relevancia en estos casos solo importa la relación funcional del autor con la administración pública, esto es si el agente activo tiene la calidad de funcionario o servidor público.

4. DIFERENCIA ENTRE LOS DELITOS ESPECIALES Y LOS DELITOS DE INFRACCIÓN AL DEBER

Los delitos de infracción al deber requieren que el autor infrinja un deber que le fue confiado, lo que implica que el autor del ilícito proteja el bien jurídico que le fue confiado, en el caso del ordenamiento peruano, se tiene que los delitos de infracción al deber están regulados en nuestro Código Penal, denominados “Delitos Contra la Administración Pública”.

PARIONA ARANA define: “Los delitos de infracción de deber son definidos en función del deber especial del autor y a la función que cumple este deber en la determinación y delimitación de la autoría y la participación. Precisamente, ‘la infracción del deber especial’ constituye el criterio que permite determinar la autoría”²⁸⁷.

Raúl PARIONA: “En cambio en los ‘delitos especiales’, el autor no es necesariamente portador. (...) Adicionalmente, en nuestro ordenamiento

²⁸⁶ PARIONA ARANA, Raúl. La teoría de infracción de deber: fundamentos y consecuencias. Artículo alojado en el libro Delitos Contra la Administración Pública. Editorial IDEMSA. Lima-Perú. Pág. 109.

²⁸⁷ PARIONA ARANA, Raúl. La teoría de infracción de deber: fundamentos y consecuencias. Artículo alojado en el libro Delitos Contra la Administración Pública. Editorial IDEMSA. Lima-Perú. Pág. 111.

jurídico se puede observar que gran parte de los delitos especiales coinciden con los delitos de infracción al deber, esto es por ejemplo en el caso de los delitos de peculado (Art. 387 CP) y cohecho (Art. 393 CP). Estos son delitos especiales en la medida que el elemento 'funcionario público' determina el círculo de posibles autores, es decir, solo los funcionarios públicos entrarán en consideración como autores. Pero también se tratan de delitos de infracción de deber, puesto que el tipo penal supone en el funcionario un deber especial (correcto ejercicio de la función pública) cuya infracción lo convierte en autor²⁸⁸.

Se debe subrayar que esta coincidencia entre ambas categorías de delito es simplemente formal. Ambas categorías se diferencian materialmente toda vez que ellas tienen contenidos y funciones diferentes. Los delitos especiales son definidos en función del elemento típico especial. En los delitos especiales, el elemento típico (p. ej. 'funcionario público') no determina las formas de interdicción. En cambio, los delitos de infracción de deber son definidos en función no del elemento típico especial, sino en función del deber especial cuya infracción lo convierte en autor. En este caso, la infracción del deber especial si constituye el criterio que determina la autoría. Finalmente, de lo expuesto se puede concluir que los delitos especiales no son per se delitos de dominio. Dado el caso concreto podría presentarse que un delito especial sea a la vez un delito de dominio, pero no necesariamente, como hemos visto en el caso de los delitos de peculado y cohecho. Se debe reparar más bien que se tratan de categorías distintas que en algunos casos, dada la especial configuración de cada ordenamiento jurídico, se pueden superponer²⁸⁹.

4.1 CLASIFICACIÓN

Según ROJAS VARGAS señala que los delitos de infracción del deber se subdividen en delitos de infracción de deber propios y delitos de infracción de deber impropios:

²⁸⁸ PARIONA ARANA, Raúl. La teoría de infracción de deber: fundamentos y consecuencias. Artículo alojado en el libro *Delitos Contra la Administración Pública*. Editorial IDEMSA. Lima-Perú. Pág. 112.

²⁸⁹ Ídem.

4.1.1 “Los delitos de infracción de deber propios:

Los delitos de infracción de deber propios son los que en sentido estricto definen a un delito de infracción de deber delimitados por características específicas: clasificación especial del sujeto activo que mantiene vinculación con el bien jurídico sobre la base de normas administrativas previas, comportamiento típico pasible de ser cometida solo por estos autores, existencia de infracción de un deber funcional, potenciado con el tipo penal como fundamento para imputar delito y responsabilidad penal.

Ejemplos de esta clase los tenemos en la mayoría de los delitos contra la administración pública cometidos por sujetos públicos (...) y algunos contra la Administración de justicia (...).

4.1.2 Los delitos de infracción de deber impropios:

Los delitos de infracción de deber impropios, en cambio, son aquellos en que, si bien interviene un funcionario público infringiendo deberes, sin embargo, les falta la segunda característica de los especiales propios, esto es, se construyen sobre la base de la conducta de un delito común, vale decir, pasible de ser cometido por cualquier persona.

Ejemplo, el delito de interferencia telefónica (artículo 162°) es un delito que puede ser cometido por cualquier persona (delito común o de dominio) pero que al ser cometido por un funcionario público se convierte en uno especial impropio. Lo mismo ocurre, entre otros, con los artículos 297°.1 (Tráfico ilícito agravado de drogas), 153°-A.1 (tráfico de menores agravado), 157° (uso indebido de archivos computarizados), donde por el hecho de ser un funcionario el que lo comete, este delito se transforma en uno especial impropio”²⁹⁰

²⁹⁰ ROJAS VARGAS, Fidel (2016). Manual Operativo de los Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos. Pág.74-75

CUADRO N°3 ²⁹¹ DIFERENCIAS ENTRE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER PROPIOS E IMPROPIOS	
DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER PROPIOS	DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER IMPROPIOS
Restricción del círculo de autores: solo pueden ser autores o coautores los sujetos especiales, vinculados con el bien jurídico específico por deberes de aseguramiento y fomento, ya sea que se trate de funcionarios públicos o privados o de personas que mantienen vínculos especiales con el bien jurídico.	Ampliación del círculo de autores: autor del delito común, autor de delito especial impropio.
No es posible coautoría entre un funcionario-servidor público con un sujeto particular; este último siempre asumirá el papel de un partícipe, por más que sus aportes al delito sean decisivos o domine la acción.	Es discutible la posibilidad de coautoría entre el sujeto activo particular con el funcionario o servidor público, de intervenir ambos en reparto de roles y dolo conjunto en la ejecución o consumación del delito; se trata, en suma de autores múltiples.
No es posible autoría mediata de un particular sobre un funcionario-servidor público de un delito funcional.	La conducta típica se halla ampliada, pues lo puede realizar tanto el particular como el funcionario público.
El partícipe extraneus (particular) puede contribuir en el delito especial propio, ya sea en calidad de instigador o determinador (art. 24° del Código Penal) o en su calidad de cómplice primario o secundario (artículo 25°).	Depende su existencia legal de las configuraciones normativas que efectúe el legislador.
Los partícipes también pueden ser otros funcionarios o servidores públicos.	No puede ser creada a criterio o discreción del fiscal o juzgador.

Fuente: Fidel ROJAS VARGAS. Manual Operativo de los Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos.

²⁹¹ ROJAS VARGAS, Fidel (2016). Manual Operativo de los Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos. Pág.76

5. DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER Y DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

ROJAS VARGAS dice: “Los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra la administración pública, en el ámbito de los artículos 376° al 401°, son en su inmensa mayoría delitos de infracción de deber, salvo los artículos 397° y 400°, que están referidos al cohecho activo y al tráfico de influencias. Esto significa que cuando el funcionario comete delito de función (abuso de autoridad, cohecho pasivo, malversación, peculado) lo que hace es infringir, quebrantar o violar deberes a los que él se halla sometido-deberes de función o de servicio-, lo que no sucede en los delitos comunes de dominio y control del sujeto activo indeterminado, los cuales por su propia naturaleza no afectan la administración pública en vinculación con deberes positivos normatizados que le sean atribuidos al autor”²⁹².

Este tipo de delitos de infracción al deber, son caracterizadas porque pueden ser cometidas por los funcionarios o servidores públicos, los cuales quebrantan una función, y se encuentran vinculados a la administración pública.

Fidel ROJAS señala: “Si solamente se enfatiza el quiebre del deber sin relacionarlo con los plus modales que exige el tipo penal. Considerar que se trata de deberes éticos o deberes generales de no dañar, no inmersos en el marco específico de atribuciones del funcionario o servidor público, implicará considerar al Derecho Penal como un derecho que administrativiza relevancias jurídicas, quebrando su naturaleza fragmentaria y de ultima ratio”²⁹³.

Necesariamente, debe exigirse los elementos del tipo penal, para que se dé la configuración del delito, ya que los mismos son relevantes para el Derecho Penal, los cuales solo pueden ser cometidos por funcionarios o servidores públicos.

²⁹² *Ibidem*. Pág. 75

²⁹³ *Ibidem*. Pág. 78

6. LA TEORIA DE DOMINIO DEL HECHO

Según Ramiro SALINAS SICCHA: “La participación se encuentra ubicada en un nivel accesorio y dependiente de un hecho principal dominado por el autor o los coautores. La participación, según el aporte del partícipe, se divide en primaria y secundaria. La primera se configura cuando el partícipe dolosamente presta auxilio para la realización del hecho punible por parte del autor, sin el cual no se hubiese realizado. Mientras que la participación secundaria se configura cuando el partícipe de cualquier otro modo, sin ser sustancial, hubiese dolosamente prestado asistencia al autor del delito. La participación también está prevista en el artículo 24º del Código Penal que prevé la instigación, y que se configura cuando el agente dolosamente determina a otro a realizar un delito”²⁹⁴.

Nuevamente SALINAS SICCHA señala: “En principio, en los delitos contra la administración pública no cualquier persona puede ser autor. Para ser autor de esta clase de delitos se necesita tener, tal como lo exige el tipo penal, la condición de funcionario o servidor público, e incluso en ciertos delitos además de tal condición, se necesita tener una relación funcional especial con el objeto del delito al interior de la administración pública. Si en un caso concreto la persona que ha cometido un acto, por ejemplo, defraudatorio para el Estado, no tiene la condición de funcionario o servidor público, no podrá serle atribuido un delito contra la administración pública. De igual modo, si se exige la concurrencia de una relación funcional específica a cualquier funcionario o servidor público, no podrá serle atribuida la comisión del delito de que se trate, por ejemplo, el delito de colusión o peculado”²⁹⁵.

SALINAS SICCHA:” Fundamenta la autoría en los delitos de infracción de deber un “deber especial de carácter penal” que no recae en todas las personas, sino en aquellos sujetos calificados que pueden cometer estos delitos. De modo que el fundamento no es el deber general que surge del tipo penal, cuya infracción provoca la sanción prevista en el tipo. En consecuencia, en los delitos contra la administración pública, los sujetos

²⁹⁴ SALINAS SICCHA, Ramiro. [En Línea]. Delitos Contra la Administración Pública: La Teoría de Infracción de Deber en la jurisprudencia peruana. Pág. 01-02.

²⁹⁵ Ídem.

públicos tienen deberes especiales como por ejemplo el deber de lealtad, de cautelar, proteger, e impulsar el correcto funcionamiento de la administración pública”²⁹⁶.

Gonzalo QUINTERO OLIVARES: “El delito de peculado constituye un delito especial y de infracción de deber vinculado a instituciones positivizadas. Es un delito especial porque formalmente restringe la órbita de la autoría a sujetos cualificados, pero se trata de un delito de infracción de deber porque el fundamento de la responsabilidad penal en concepto de autor no radica en el dominio sobre el riesgo típico, sino que reside en el quebrantamiento de un deber asegurado institucionalmente y que afecta sólo al titular de un determinado status o rol especial”²⁹⁷.

Edgar Alberto DONNA expone que: “Se afirma que en cuánto a esta clase de delitos no tiene importancia la cualidad externa de la conducta del autor, debido a que la sanción se afirma sobre una persona que infringe las exigencias que tiene, que se derivan del papel o del rol social que desempeña. De esta manera, no es el dominio del hecho el criterio para definir quién es autor, sino que es la infracción de un deber extrapenal que está lógicamente preordenado a la ley, ya que procede de otros ámbitos jurídicos”²⁹⁸.

En este caso es el funcionario o servidor público quien ocupa este rango especial dentro de la administración pública, teniendo el deber de custodiar los bienes del Estado y garantizar su correcto aprovechamiento, a fin de no lesionar ningún interés del Estado.

7. LA TEORIA DE LA RUPTURA DEL TÍTULO DE LA IMPUTACIÓN

Según Jacobo LOPEZ BARJA DE QUIROGA, en esta teoría, “un extraneí nunca podrá ser tenido como autor ni como partícipe en los delitos

²⁹⁶ SALINAS SICCHA, Ramiro. [En Línea]. Delitos Contra la Administración Pública: La Teoría de Infracción de Deber en la jurisprudencia peruana. Pág. 05.

²⁹⁷ Citado por ALCÓCER POVIS, Eduardo. [En Línea]. La Autoría y Participación en el Delito de Peculado comentarios a partir del Caso Montesinos- Bedoya. Artículo alojado en el Instituto de Ciencia Procesal Penal/incipp. Disponible en <<http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/peculadoalcocer.pdf>>. Consulta [15/02/2017]. Pág. 03.

²⁹⁸ Citado por ALCÓCER POVIS, Eduardo. [En Línea]. La Autoría y Participación en el Delito de Peculado comentarios a partir del Caso Montesinos- Bedoya. Pág. 04.

especiales contra la Administración Pública. El extranei, en el peor de los casos, tendrá que responder por el delito común, en caso se trate de un delito especial impropio contra la Administración Pública. Ello significa de plano que si el sujeto activo es un extranei que interviene como autor o partícipe de un delito especial propio contra la Administración Pública, no quedará más remedio que la impunidad”²⁹⁹.

Alexander DIAZ FUSTAMANTE expone que: “Un primer argumento de esta teoría señala que el extranei no puede responder por delitos especiales porque el tipo penal de estos no lo permite. El tipo penal limitaría esa posibilidad en aras del principio de legalidad.

Un segundo argumento lo encontremos en la existencia de un límite que vendría dado por las reglas de incomunicabilidad de circunstancias y cualidades personales, lo que impediría considerar como sujeto activo a un extranei en el caso de un delito especial contra la Administración Pública; pues esta incomunicabilidad, que establece el artículo 26 del CP, no lo permitiría”³⁰⁰.

DIAZ FUSTAMANTE ejemplifica “imaginemos que un funcionario público se apropia de caudales que tiene a su cargo, para lo cual recibe el apoyo de un extranei. Según la teoría de la ruptura del título de imputación el funcionario responderá por el delito de peculado, y como quiera que el extranei no puede ser partícipe del delito de peculado, tendría que ser responsable penalmente a título de cómplice del delito común de apropiación ilícita. Solamente así se cumpliría la exigencia que plantea esta teoría. Es decir, el extranei no responde como autor porque no está considerado como funcionario ni como servidor público, y tampoco puede ser partícipe del delito de peculado porque el tipo penal no lo permitiría”³⁰¹.

Agrega el citado autor: “(...) se objeta que ese extranei respondería a título de partícipe de un delito que no se ha cometido; sería cómplice del delito

²⁹⁹ Citado por DIAZ FUSTAMANTE, Alexander. La imputación objetiva en el delito de peculado. Artículo alojado en la Gaceta Penal. Tomo 74-agosto 2015. Editorial GACETA JURÍDICA S.A. Lima-Perú. Pág. 188.

³⁰⁰ DIAZ FUSTAMANTE, Alexander. La imputación objetiva en el delito de peculado. Pág. 188.

³⁰¹ *Ibidem*. Pág. 189.

de apropiación ilícita, el cual no se ha cometido, puesto que lo que se ha cometido ha sido un delito de peculado. Se critica así, siempre desde una óptica tradicional, que la teoría de la ruptura de la imputación desconoce la característica 'más notaria' de la participación, esto es, la 'accesoriedad' pues el partícipe siempre debe ser un responsable accesorio respecto del autor"³⁰².

Alexander DIAZ explica que "(...) se objeta que ese extranei respondería a título de partícipe de un delito que no se ha cometido; será cómplice del delito de apropiación ilícita, el cual no se ha cometido; puesto que lo que se ha cometido es el delito de peculado. Se critica, así siempre desde una óptica tradicional, que la teoría de la ruptura de la imputación desconoce la característica 'más notoria' de la participación, esto es, la 'accesoriedad', pues el partícipe siempre debe ser un responsable accesorio respecto al autor.

Bajo esa misma óptica se plantea la cuestión de qué sucederá si fuera el extranei quien se apodera de una suma de dinero del Estado que está siendo administrada por un funcionario público se limita a prestarle un auxilio. De acuerdo con la teoría tradicional, es el extranei quien tiene el dominio del hecho (llega a la caja, saca el dinero, lo pone a buen recaudo, lo traslada a su domicilio, etc.), por lo tanto, este es quien tendría que responder como autor del delito de hurto (artículo 185 del CP), mientras que el intranei debe responder como cómplice del delito de peculado (artículo 387° del CP)"³⁰³.

En la teoría de la ruptura del título de la imputación, el extraneus, no podrá responder como autor o partícipe del delito de peculado, quedando impune su actuar delictivo, y la lesión que provoque a la Administración Pública.

³⁰² Ídem.

³⁰³ Ídem.

8. TEORÍA DE LA UNIDAD DEL TÍTULO DE LA IMPUTACIÓN

Se fundamenta que, en esta teoría, a diferencia de la anterior, el extraneus puede ser partícipe del delito de peculado.

Alexander DIAZ “En primer lugar, la norma que subyace al tipo penal especial también está dirigida al extranei en materia de delitos contra la Administración Pública, en razón de que el bien jurídico ‘correcto funcionamiento de la Administración Pública’ es un bien jurídico trascendente para la convivencia social, para la existencia y el desarrollo mismo del Estado y, en consecuencia, no solamente se debe reconocer como tal, sino que, además, tanto particulares como funcionarios públicos deben tener presente dicha máxima para no vulnerarla.

La segunda razón es que la famosa tesis de que la incomunicabilidad prevista en el artículo 26 del CP es evidentemente personalísima, y no es transmisible o comunicable, no es aplicable para los efectos de la autoría ni la participación, puesto que ello no tiene relación con el tema concreto de la tipicidad. La incomunicabilidad está absolutamente vinculada con el tema de la culpabilidad, no es aplicable la regla prevista en el artículo del CP.”³⁰⁴

DIAZ señala: “El gran problema de las teorías de ruptura y de la unidad del título de la imputación ha sido partir de la consideración de que la diferencia entre autor y partícipe se encuentra en un plano cualitativo. Se habla así de un hecho ‘principal’ (cometido por el autor o autores/con dominio del hecho) y un hecho ‘accesorio’ (cometido por el partícipe o partícipes/sin dominio del hecho)”³⁰⁵.

Así, ROJAS VARGAS explica “Esta lógica basada en la accesoriedad de la participación y la teoría del dominio del hecho ha sido asumida por el legislador nacional”³⁰⁶

³⁰⁴ *Ibidem*. Pág. 189-190.

³⁰⁵ *Ídem*.

³⁰⁶ Citado por Alexander DIAZ FUSTAMANTE. La imputación objetiva en el delito de peculado. Pág. 190.

Percy GARCÍA CAVERO señala que: “Nuestro punto de partida, de acuerdo a lo expuesto (supra), es que en cuanto a la intervención delictiva en los delitos de dominio resulta necesario abandonar la idea tradicionalista de que el autor y el partícipe realizan injustos distintos”³⁰⁷.

Alexander DIAZ expone: “Tanto autor como partícipe son igual de competentes por la realización del delito, el fundamento para castigar a ambos es el mismo: ambos configuran conjuntamente el hecho, el cual atenta contra la vigencia de la norma, haciendo necesaria una reacción contrafáctica. El grado nivel de dominio fáctico desplegado por cada interviniente en el hecho, a lo sumo, pueden considerarse un criterio cuantitativo a efectos de determinar la pena aplicable, ello de la mano con la exigencia plasmada en nuestro CP acerca de la necesidad de individualización y proporcionalidad de la pena”³⁰⁸.

9. LA TESIS DE LA RUPTURA DEL TÍTULO DE LA IMPUTACIÓN FRENTE A LA TESIS DE LA UNIDAD DEL TÍTULO DE LA IMPUTACIÓN

Javier VILLA STEIN explica que: “La tesis de la ruptura del título de la imputación frente a la tesis de la unidad del título de la imputación En esta misma línea, se ha tomado en cuenta como aspecto valorativo de determinación funcional los criterios contenidos en la ley, y así estimar el título de imputación que, con estricto criterio de legalidad, corresponde a los intervinientes (autores y partícipes), unidad del título de imputación, conforme al artículo 26 del Código penal, que a diferencia del párrafo 28 del StGB³⁰⁹ alemán, opta por la ruptura del título de imputación”³¹⁰.

³⁰⁷ Citado por Alexander DIAZ FUSTAMANTE. La imputación objetiva en el delito de peculado. Pág. 190.

³⁰⁸ ídem.

³⁰⁹ § 28 Besondere persönliche Merkmale

(1) Fehlen besondere persönliche Merkmale (§ 14 Abs. 1), welche die Strafbarkeit des Täters begründen, beim Teilnehmer (Anstifter oder Gehilfe), so ist dessen Strafe nach § 49 Abs. 1 zu mildern.

(2) Bestimmt das Gesetz, daß besondere persönliche Merkmale die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen, so gilt das nur für den Beteiligten (Täter oder Teilnehmer), bei dem sie vorliegen.// § 28 características personales especiales

(1) la ausencia de características personales especiales (§ 14 párr. 1), que establecen la culpabilidad del delincuente, el participante (o instigadores), por lo que su castigo es de conformidad con el § 49 párr. 1 a mitigar.

(2) Especifica la ley que satisfacen los requerimientos específicos aumentan la pena, mitigar o excluir, por lo que esto sólo se aplica a las partes (autores o partícipes), en los que están presentes.

³¹⁰ VILLA STEIN, Javier [En línea]. El funcionalismo en el Derecho Penal peruano. Apreciaciones, teorías y práctica. Disponible en <

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1eda88804595739095d7d77db27bf086/02.+Jueces+-+Javier+Villa+Stein.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=1eda88804595739095d7d77db27bf086> >. Consulta [23/02/2017]. Pág. 33.

VILLA STEIN: “En este sentido, mi posición largamente sostenida consiste en señalar que las cualidades personales del autor en el delito especial impropio no se comunican al partícipe (...) Posición consecuente y reiterada en los Recursos de Nulidad N° 18- 2008 Huancavelica, de fecha cinco de junio de dos mil ocho y en el Recurso de Nulidad N° 2628-2006 Ucayali, de fecha veinticinco de abril de dos mil ocho, donde en atención al principio de legalidad, adopté el siguiente análisis: “(...) que al no tener la citada encausada en esa oportunidad la calidad de funcionario público, no se le puede imputar el delito de función a título de complicidad, en atención a la tesis de la autonomía o de la ruptura del título de imputación, como en el caso sub examine —peculado doloso—, dado que el extraneus es ajeno a la administración pública, carece de las condiciones de funcionario o servidor público, y no se le puede exigir, en tanto extranei, posición de garante que legitime la exigencia de rendir cuentas como deber, con lo que indebida e inconstitucionalmente se les invertiría la carga de la prueba, contraviniendo los principios de presunción de inocencia y de legalidad (...). Conforme esta tesis, los intranei y extranei deben responder por la naturaleza de sus contribuciones al delito, siendo la contribución del autor diferente a la del cómplice; en consecuencia, la contribución del autor será imputada a título del delito especial o más propiamente de infracción de deber, y la del cooperador a título de delito común. Una interpretación que sostenga la unidad del título de imputación; esto es, que tanto los cómplices particulares como los autores funcionarios o servidores públicos respondan por el mismo delito especial, es violatoria del principio de legalidad, (...) en la regulación prevista en el artículo veintiséis del Código Penal peruano en la que expresamente se opta por la incomunicabilidad de las circunstancias que modifican la responsabilidad de los partícipes. Además, debe considerarse que la interpretación de los alcances de dicho artículo debe ser restrictiva y limitada a fijar el ámbito de punibilidad de los autores, dicha interpretación extensiva y amparada por la doctrina extranjera, además de ilegal de cara al ámbito legal peruano, puede ser falaz. En este sentido, hay que tener en consideración que, en la legislación comparada se da otra situación, porque son otros los supuestos legislativos que comentan”³¹¹.

³¹¹ *Ibíd.* Pág. 34.

En cuanto al artículo 26 del Código Penal que a la letra dice:

“Artículo 26º - Incomunicabilidad en las circunstancias de participación

Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible”.

La vinculación de este artículo al tema de la culpabilidad, mas no de la autoría, en cuanto a la planteada tesis de incomunicabilidad como factor esencial para que el extraneus pueda ser comprendido con una pena.

CAPITULO III: MARCO OPERATIVO

1. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS

1.1 HIPÓTESIS GENERAL

La persecución penal por el delito de peculado cuando se trate de montos mínimos, no determinado, para este tipo de delitos por el Código Penal atentaría contra los principios de lesividad, mínima intervención, subsidiariedad y ultima ratio del Derecho Penal, al ser considerados estos montos como irrisorios y que solo generan gastos innecesarios al Estado.

1.2 HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

1.2.1 HIPÓTESIS ESPECÍFICA 1

No es necesario que las sanciones para el delito de peculado de menor cuantía recaigan en el Derecho Penal, puesto que puede ser resuelto a través de la vía Administrativa, y ser ésta una vía más idónea.

1.2.2 HIPÓTESIS ESPECÍFICA 2

Sancionar un delito de peculado con una mínima cuantía afecta el principio de economía procesal, porque al procesarse a funcionarios y/o servidores públicos por estos casos generan gastos innecesarios al Estado.

1.2.3 HIPÓTESIS ESPECÍFICA 3

No se vulneraría la naturaleza del bien jurídico del delito de peculado y el principio de lesividad al incorporar una cuantía mínima para calificarlo como tal, al ser los casos irrelevantes debido a su cuantía ínfima, y sólo cabría sancionarlos administrativamente.

2. VARIABLES DE ESTUDIO

2.1 VARIABLES

2.1.1 HIPÓTESIS GENERAL:

a) Variable Independiente:

Persecución Penal de montos mínimos para la configuración del Delito de Peculado.

b) Variable Dependiente:

Atenta contra la lesividad, mínima intervención, subsidiariedad y ultima ratio del Derecho Penal.

2.1.2 HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

2.1.2.1 Hipótesis Específica 1:

a) Variable Independiente:

La innecesaria sanción penal en el Delito de Peculado de menor cuantía.

Indicador: Artículo 387° y 388° del Código Penal.

b) Variable Dependiente:

Vía Administrativa

Indicador: Ley del Servicio Civil; Ley N° 27444- Ley del Procedimiento Administrativo General.

2.1.2.2 Hipótesis Específica 2:

a) Variable Independiente:

Innecesaria sanción para el Delito de Peculado de menor cuantía.

Indicador: Artículo 387° y 388° del Código Penal.

b) Variable Dependiente:

Afecta el principio de Economía Procesal.

Indicador: Nivel de gastos realizados para tramitar estos procesos de peculado por mínima cuantía.

2.1.2.3 Hipótesis Específica 3:

a) Variable Dependiente:

Vulneración de la naturaleza del bien jurídico del delito de peculado y el principio de lesividad.

Indicador: Nivel de quejas por parte del agraviado al emitirse archivo fiscal.

b) Variable Independiente:

Incorporación de un monto mínimo para calificar el Delito de Peculado.

Indicador: Artículo 387° y 388° del Código Penal.

3. METODOLOGÍA

3.1 DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

3.1.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN

A) Por su finalidad.- El tipo de estudio por la finalidad o propósito de la presente investigación es Aplicada, porque el fin que se persigue en la presente investigación es encontrar una solución al problema planteado, respecto a la determinación de un monto mínimo para la configuración del delito de peculado y su persecución penalmente, la cual se caracteriza por buscar la aplicación o utilización de los conocimientos que se adquieren; de esta manera, está orientada a la búsqueda de conocimientos teóricos y campos de investigación.

B) Por la fuente u origen. - Esta investigación puede clasificarse como Documental- Bibliográfica, porque el proceso de indagación se realizó a través de examen, análisis

y estudio de documentos, y Empírica o de Campo, puesto que la fuente de la información es la realidad viva, de modo que los datos que se adquieran son directamente de la observación del fenómeno.

C) Por el ámbito.- Por el ámbito en que se desarrolló, la presente es una investigación Teórico- Práctica, siendo que no sólo se trabajó con la dogmática jurídica, la cual se desarrolla y manifiesta en los trabajos de interpretación, categorización y sistematización de las normas legales y demás instituciones jurídicas que se relacionan con el tema de investigación; sino también se indagó en el derecho como producto cultural y social, buscando establecer como la aplicación del Derecho incide en la vida de las personas.

3.2 NIVEL DE INVESTIGACIÓN

El nivel de investigación es el explicativo, puesto que se estableció las causas que determinen si en el delito de peculado cuando se trate de montos mínimos debe ser perseguible por el Derecho Penal, con la finalidad de determinar las génesis de la afectación de los principios de lesividad, mínima intervención, subsidiariedad y ultima ratio del Derecho Penal; tema que será abordado de forma provisional para futuras investigaciones, debido al poco análisis que ha tenido en la doctrina y la inexistencia de investigaciones previas.

3.3 POBLACIÓN Y MUESTRA DE ESTUDIO

3.3.1 POBLACIÓN

Tal como se refirió, los elementos de los que se va a recoger la información para la presente investigación jurídica son los documentos, entre los cuales se analizaron las carpetas fiscales, y el colectivo que incluye en la presente investigación son los fiscales, asistentes en función fiscal, personal administrativo de la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción, Fiscales Especializados en Delitos de Corrupción de Funcionarios, abogados litigantes, así como el personal de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción.

Los elementos mencionados, constituyen poblaciones grandes; por lo cual se justifica que se lleva a cabo el proceso de muestreo, de modo que se pueda conformar un grupo representativo de elementos que facilitó la aplicación de las técnicas e instrumentos de investigación, así como el análisis de los datos.

3.3.2 MUESTRA

El tamaño de las muestras de ambas poblaciones, Carpetas Fiscales y el colectivo (fiscales, asistentes en función fiscal, personal administrativo de la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción, Fiscales Especializados en Delitos de Corrupción de Funcionarios, abogados litigantes, así como el personal de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción), estarán determinadas en función al universo de elementos existentes, pero principalmente dependerá del tipo de investigación que se va a llevar a cabo; por lo que, teniendo en cuenta la naturaleza explicativa de esta investigación, por la cual se realizó un estudio indagatorio, el tamaño de la muestra se determinó por el criterio y discreción del investigador; para lo cual se usó el Método de Muestreo No Aleatorio o No Probabilístico, en la modalidad de Casos Típicos, en la ciudad de Tacna.

3.3.3 SELECCIÓN DE LA MUESTRA

Para llevar a cabo el proceso de muestreo se ha realizado a discreción del investigador, se va a delimitar deliberadamente el número de elementos contenidos en la población de Carpetas Fiscales (100%) y del colectivo, en los que se resuelve sobre la persecución penal en el delito de Peculado por una mínima intervención.

3.3.4 CRITERIOS DE INCLUSIÓN Y EXCLUSIÓN DE SELECCIÓN DE LA MUESTRA

3.3.4.1 CRITERIOS INCLUSIÓN

Los criterios de inclusión para la selección de las muestras de las dos poblaciones antes mencionadas, son los siguientes:

- Carpetas fiscales de Delito de Peculado, cuyo monto por el cual se apertura investigación preliminar es menor a los S/. 850.50 (Ochocientos cincuenta con 50/100).
- Procesos por el delito de Peculado, en los cuales se apertura investigación preliminar, por denuncia de parte interpuesta por Municipalidades y Procuraduría Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios.
- Procesos por el delito de Peculado, en los cuales se ha emitido disposición de No Formalizar ni Continuar con la Investigación Preparatoria, los cuales fueron apeladas, y elevadas al superior para su revisión, y las cuales fueron confirmadas.
- Procesos por el delito de Peculado, en los cuales se ha emitido disposición de Formalizar y Continuar con la Investigación Preparatoria, los cuales fueron sobreseídas y declaradas fundadas en la Etapa Intermedia.

3.3.4.2 CRITERIOS DE EXCLUSIÓN

Los criterios de exclusión a tomar en cuenta para la selección de las muestras son los que siguen:

- Carpetas fiscales de Delito de Peculado, cuyo monto por el cual se inicia investigación preliminar es mayor a los S/. 850.50 (Ochocientos cincuenta con 50/100).
- Carpetas fiscales de Delito de Peculado, que hayan sido archivadas y no se fundamenten en los principios de lesividad, mínima intervención, subsidiariedad, lesividad y ultima ratio del Derecho Penal.

3.4 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN, PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS

3.4.1 TÉCNICAS

Teniendo en cuenta la naturaleza de los elementos que conforman las poblaciones de las cuales se recabó la información necesaria para esta investigación jurídica (análisis de carpetas fiscales), se utilizó la Técnica de la Observación, mediante el análisis teórico de los datos que se obtuvo, para así observar, anotar e interpretar las características de éstos, y para el colectivo se utilizó la técnica de la encuesta que se realizó a los fiscales, asistentes en función fiscal, personal administrativo de la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción, Fiscales Especializados en Delitos de Corrupción de Funcionarios, abogados litigantes, así como el personal de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción.

3.4.2 INSTRUMENTOS

El instrumento a emplearse es la Guía de Observación Documental, por la cual se orientará el control de los datos y características que se recabó de las poblaciones, así como su anotación, de modo que el análisis de éstos permita, más adelante, la consecución del fin de la presente investigación.

Por lo tanto, esta Guía consistió en un esquema organizado donde se va a consignar todas las variables buscadas y las posibles relaciones entre ellas; asimismo, se utilizó el instrumento del Fichado, por el cual se elaboró fichas de registro de todas las

fuentes documentales que se utilizaron para el desarrollo de la investigación.

El instrumento que se empleó para la encuesta, es el Cuestionario que se utilizó para ejecutar la encuesta de acuerdo a las variables de estudio y sus indicadores.

3.4.3 PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS

Se aplicó el método Inductivo - Deductivo para el análisis de las causas por las cuales se da la persecución penal por el delito de peculado cuando se trate de montos mínimo, para este tipo de delitos por el Código Penal, desde el año 2014, en que mediante Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 2713-2014-MP-FN publicada el 10 de julio del 2014 se crea la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Tacna.

De esta forma, mediante un previo análisis descriptivo, se describió las circunstancias especiales bajo las cuales se manifiesta esta problemática, las cuales orientan la actuación del Derecho Administrativo; para luego relacionarlas con las demás variables materia de investigación.

Finalmente, mediante un análisis sistemático, se vinculó los resultados por cada variable investigada, de manera que de su discusión teórica se origine la interpretación de la problemática inicialmente planteada, la presentación de conclusiones, así como las recomendaciones y alternativas pertinentes para su solución.

**CAPITULO IV: PRESENTACIÓN, INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN
JURÍDICA DE LOS RESULTADOS**

1. DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO DE CAMPO

1.1. FASES DEL PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN:

La información tomada de las carpetas fiscales fue obtenida a través de la Ficha de Observación realizada a las carpetas fiscales en materia de Peculado de mínima intervención.

La población fue tomada de las carpetas fiscales de los despachos de la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de funcionarios, desde el año 2014, en que mediante Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 2713-2014-MP-FN publicada el 10 de julio del 2014 se crea la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Tacna, hasta la actualidad (julio del 2017).

Sin embargo, al existir 16 carpetas fiscales que presentan los criterios de inclusión³¹² para la selección de las muestras; por lo que, no se aplicará una selección de muestra y se procederá a analizar las 16 carpetas fiscales, mostrando los resultados de manera verídica sin error de muestreo, lo que hace que sea una investigación mucho más precisa.

Asimismo, se realizó la encuesta a Fiscales y Asistentes especializados en Delitos de Corrupción de Funcionarios, Personal de la Procuraduría Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios y abogados litigantes penalistas especialistas en Delitos Contra la Administración Pública durante el 16/09/2017 al 20/09/2017.

³¹² a) Carpetas fiscales de Delito de Peculado, cuyo monto por el cual se apertura investigación preliminar es menor a los S/. 850.50 (Ochocientos cincuenta con 50/100); b) Procesos por el delito de Peculado, en los cuales se apertura investigación preliminar, por denuncia de parte interpuesta por Municipalidades y Procuraduría Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios; c) Procesos por el delito de Peculado, en los cuales se ha emitido disposición de no formalizar ni continuar con la investigación preparatoria, los cuales fueron apeladas, y elevadas al superior para su revisión, y las cuales fueron confirmadas; y d) Procesos por el delito de Peculado, en los cuales se ha emitido disposición de Formalizar y Continuar con la Investigación Preparatoria, los cuales fueron sobreesididas y declaradas fundadas en la Etapa Intermedia.

1.2. PROCESAMIENTO DE DATOS:

Para la tabulación de los datos se ha utilizado cuadros en hoja electrónica del programa Microsoft Excel, en una hoja se ha confeccionado un cuadro matriz donde se alimentaron los datos obtenidos de las encuestas, asignando una columna por pregunta y/o ítems del análisis de las carpetas fiscales y colocando en filas cada unidad de análisis con las respuestas y datos, para obtener el resultado de la sumatoria de todas las respuestas. En una segunda hoja se han enlazado los resultados de la primera hoja con las sumatorias y se han plasmado los textos del cuestionario y ficha de observación, de modo que en esta segunda hoja nos sirve de cuadro base con los resultados. Y finalmente en base a la segunda hoja es que se ha confeccionado los gráficos de barras y cuadros.

2. RESULTADOS DEL TRABAJO DE CAMPO

2.1 DISEÑO DE PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS

La información recopilada luego de ser procesada a través de las herramientas de la estadística descriptiva, es presentada por medio de gráficos.

2.2 PRESENTACIÓN DE LA INFORMACIÓN

La información obtenida se ha trasladado a los cuadros estadísticos y se han estructurado gráficas para su mejor apreciación de los porcentajes y niveles de composición de sectores o ítems, que en la parte inferior se hace un comentario destacando algún hecho significativo, si los hubiere.

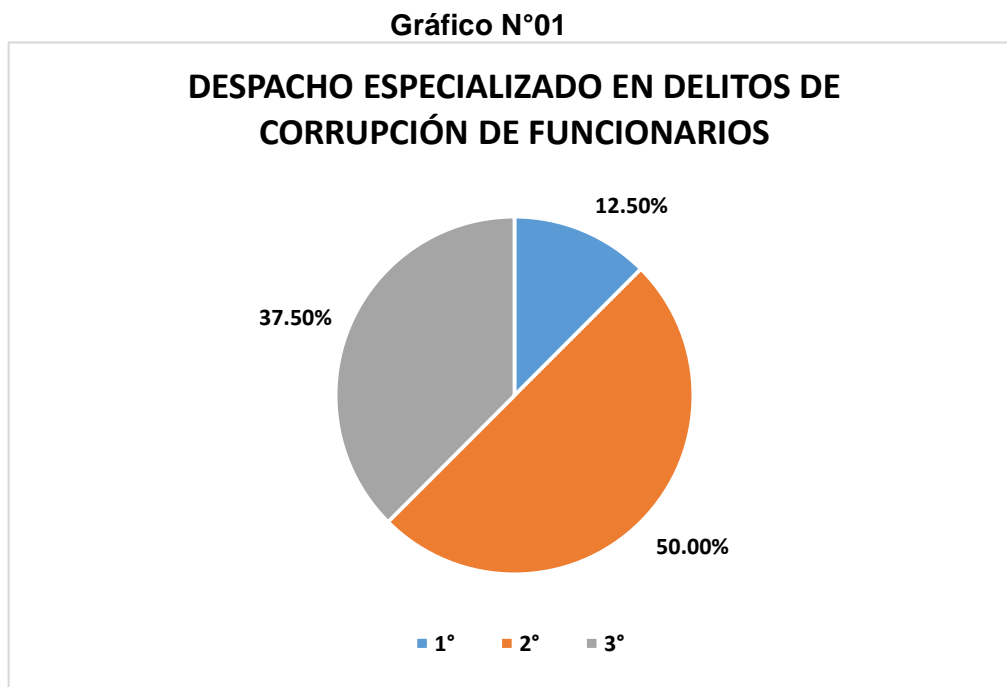
2.3 DATOS DE LAS UNIDADES DE ANÁLISIS

Para las variables se han tomado los datos de las carpetas fiscales de peculado por mínima intervención, tal como se ha explicado anteriormente, se analizarán las 16 carpetas fiscales de peculado por monto mínimo desde el año 2014 (julio), hasta la actualidad (julio del 2017), presentado los datos de manera precisa.

3. PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS

3.1 RESULTADOS DE LA FICHA DE OBSERVACIÓN

Se han realizado dieciséis investigaciones en la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios por el delito de peculado de menor cuantía, siendo las siguientes:



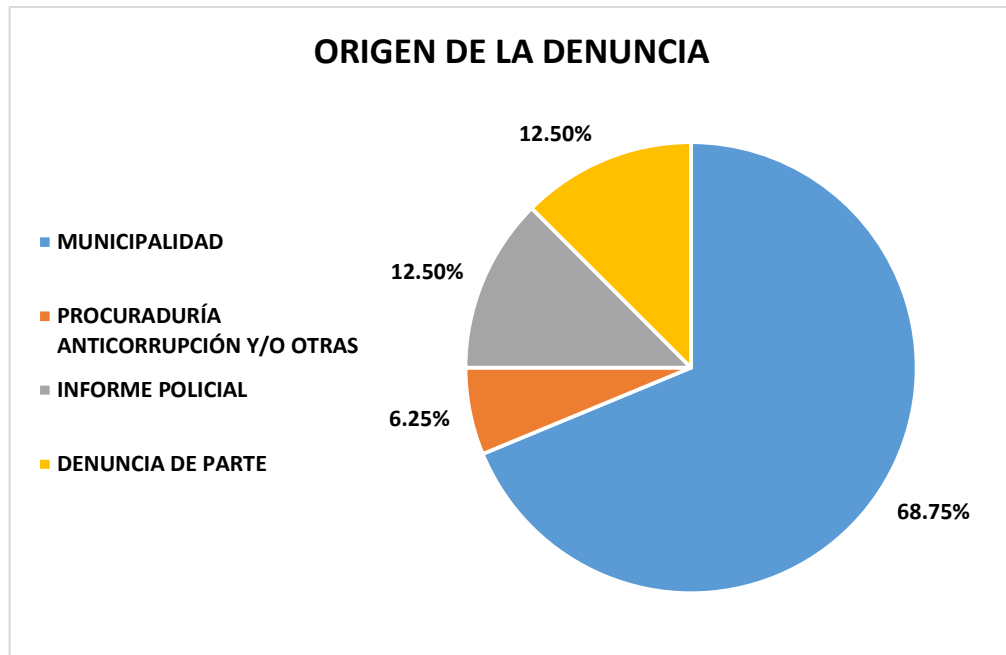
Fuente: Ficha de Observación aplicada (Anexo N°01)

INTERPRETACIÓN:

Como tal se advierte de la estadística realizada, la mayor parte de denuncias ingresadas de peculado por mínima cuantía, han sido investigadas por el Segundo Despacho Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Tacna.

De las 16 carpetas fiscales analizadas un 50% de las mismas, fueron investigadas por el Segundo Despacho, mientras que el 37.5% fueron investigadas por el Tercer Despacho Especializado, y por último un 12.5% de las denuncias ingresadas por peculado de menor cuantía fueron investigadas por el Primer Despacho.

Gráfico N°02



Fuente: Ficha de Observación aplicada (Anexo N°01)

INTERPRETACIÓN:

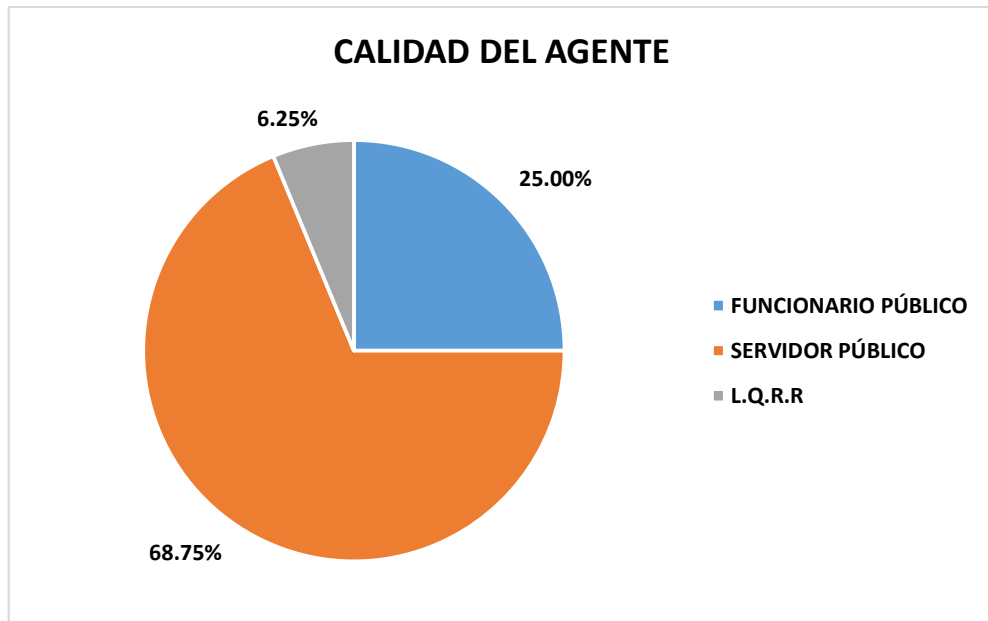
Lo que se desprende de esta estadística es que el 68.75% de las denuncias por peculado de menor cuantía, provienen por parte de las Municipalidades, que en la mayoría de los casos vendría a ser la Entidad Estatal agraviada.

Se tiene que un 12.50% de las denuncias se originan por una denuncia de parte, de la misma forma con un 12.50% éstas denuncias provienen de un Informe Policial.

Por último, un 6.25% de las denuncias es puesta en conocimiento por parte de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Tacna.

Por lo general éstos hechos son advertidos por las diferentes municipalidades, cuando concluye la gestión del anterior Alcalde, por lo que, proceden a realizar la denuncia correspondiente.

Gráfico N°03



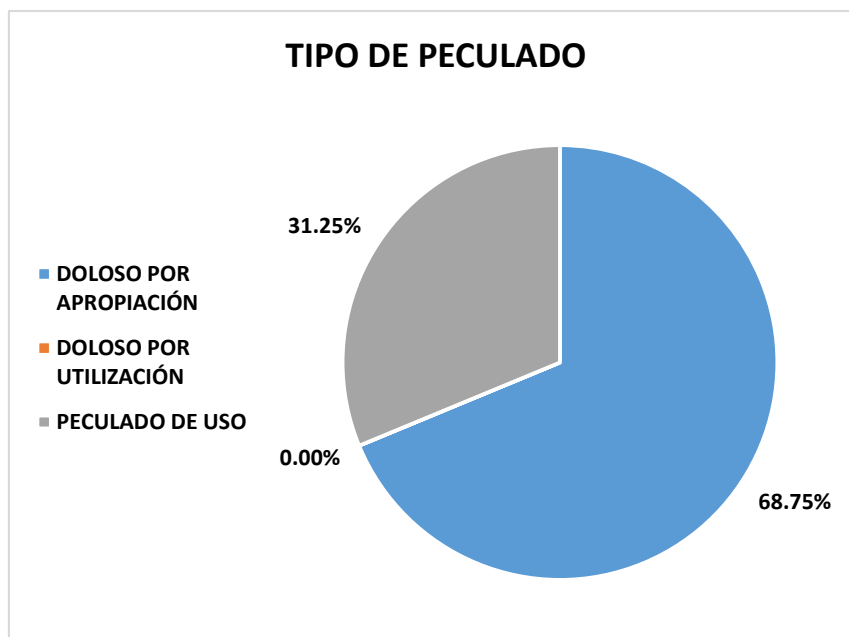
Fuente: Ficha de Observación aplicada (Anexo N°01)

INTERPRETACIÓN:

Respecto a la calidad del agente, se tiene que el 68.75% de las personas que cometen el ilícito de peculado (menor cuantía) son servidores públicos; mientras que el 25% revisten la condición de funcionarios públicos; y por último un 6.25% de las denuncias por delito de peculado de menor cuantía ingresan a la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, indicando como al presunto responsable a un "L.Q.R.R" (Los que resulten responsables).

Por lo que, más de la mitad de los agentes que cometen este delito son aquellos que desarrollan funciones administrativas relativas a la dirección de un órgano, a los cuales se les entrega referidos caudales o efectos para que lo administren y custodien sin afectar el correcto funcionamiento de la Administración Pública.

Gráfico N°04



Fuente: Ficha de Observación aplicada (Anexo N°01)

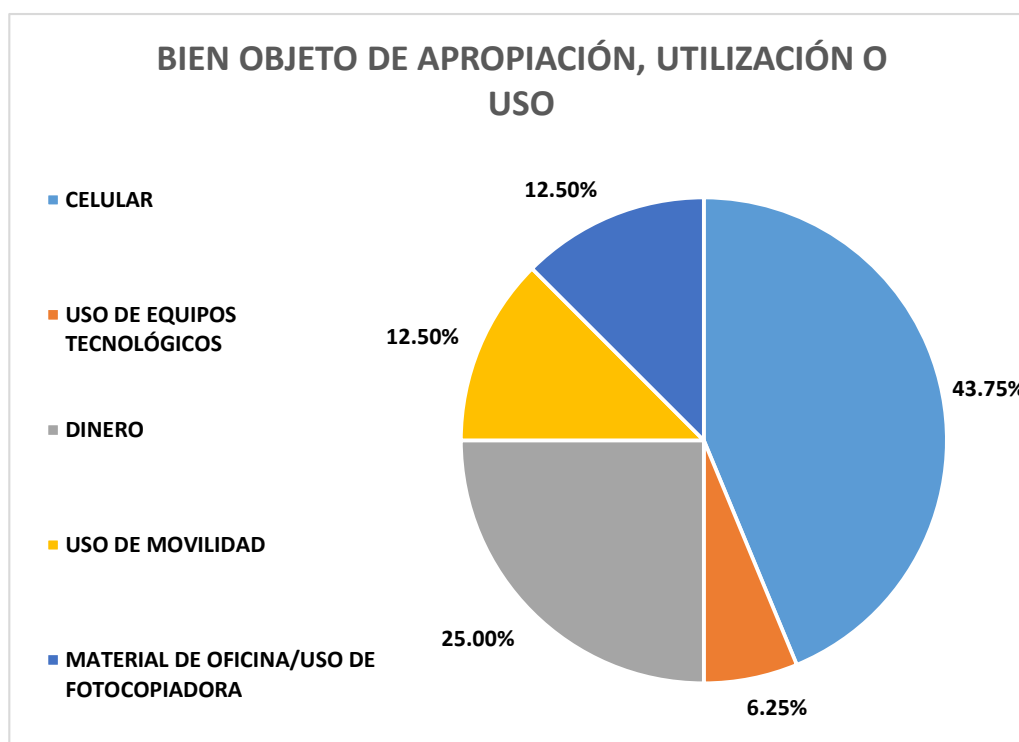
INTERPRETACIÓN:

Tal como se advierte de la estadística realizada el 68.75 % de las carpetas fiscales analizadas, corresponden a la modalidad de peculado doloso por apropiación; en la cual aquel funcionario o servidor público se apropia de caudales o efectos del Estado.

Asimismo, se tiene que el 31.25% de las investigaciones de peculado por menor cuantía corresponden a la modalidad de Peculado de Uso.

Indicativo que señala, que, en la mayor parte de los casos analizados, los bienes del Estado son apropiados, objetos que se refieren a dinero y a equipos electrónicos, mientras que el otro porcentaje mayor lo presenta el delito de peculado de uso, que se refiere cuando el funcionario o servidor público, usa vehículos o máquinas para fines ajenos a su servicio.

Gráfico N°05



Fuente: Ficha de Observación aplicada (Anexo N°01)

INTERPRETACIÓN:

Tal como se advierte de la estadística realizada, los caudales y efectos más comunes que son objeto de apropiación, utilización o uso por parte de los funcionarios o servidores públicos, corresponden a los equipos celulares, el cual se encuentra presente con un 43.75%.

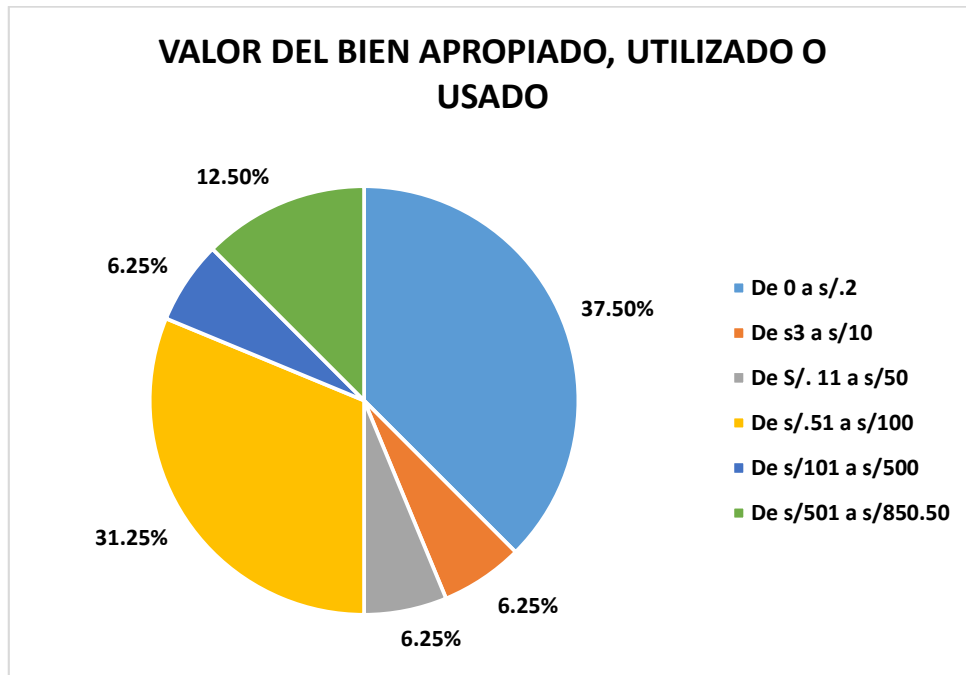
Por otra parte, el dinero comprende 25% de los bienes del Estado que son indebidamente apropiados o usados.

En cuanto al uso indebido de movilidad y el uso de material de oficina /uso de fotocopidora, éstos se manifiestan en un 12.50 % de las carpetas fiscales analizadas.

Finalmente, un 6.25% corresponde al uso de equipos tecnológicos.

Por lo que, se puede advertir, que en su mayoría los bienes materia de apropiación son equipos celulares que sólo cumplen la función de comunicarse, debido a su bajo costo, y no tienen la calidad de un Smartphone.

Gráfico N°06



Fuente: Ficha de Observación aplicada (Anexo N°01)

INTERPRETACIÓN:

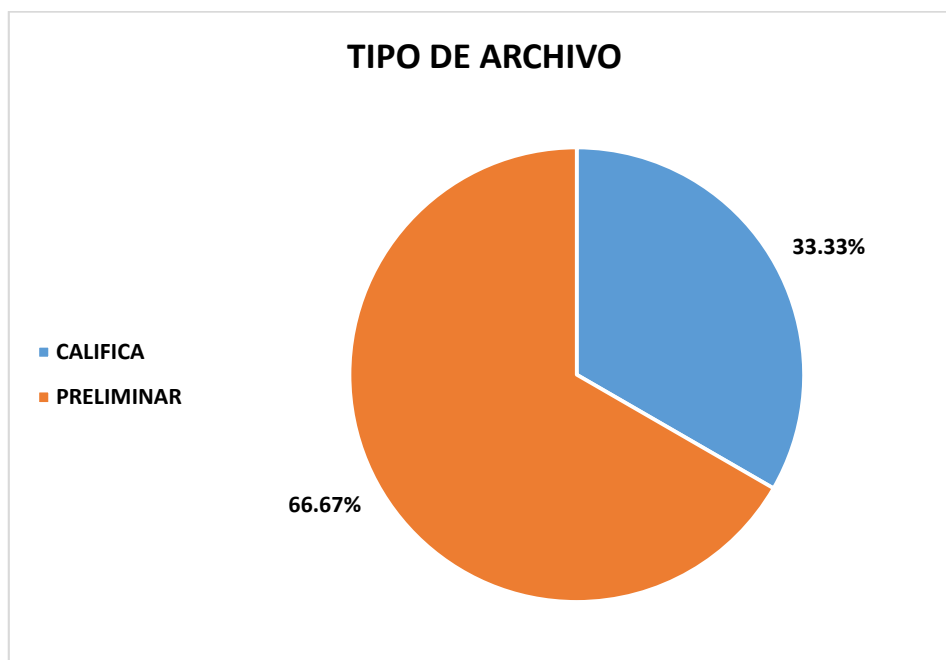
Se tiene que el 37.50 % del valor de los bienes apropiados, utilizados o usados por funcionarios o servidores públicos no sobrepasan los S/.2.00 soles; de igual forma se tiene que el 31.25% del valor de los bienes indebidamente apropiados se encuentra en el rango de S/.51.00 a S/.100.00 soles.

Por otro lado, el 12.50% de los caudales y efectos apropiados, se encuentra en el margen de S/.501.00 a S/.850.50 soles.

Finalmente, con el 6.25% el valor de los bienes apropiados, usados o utilizados, se establecen en el rango de S/.3.00 a S/.10.00 soles; de S/. 11.00 a S/.50.00 soles y S/. 101.00 a S/. 500.00 soles.

Como se pudo apreciar, éstos índices indican que en la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios se investigan casos de Delito de Peculado que en su mayoría no sobrepasan los S/.2.00 soles y en otros casos no llegan a sobrepasar los S/. 100.00 soles, cifras que son alarmantes, puesto que, no es razonable ni viable realizar amplias investigaciones por hechos que no provocan en lo más mínimo una lesión al bien jurídico del Delito de Peculado.

Gráfico N°07



Fuente: Ficha de Observación aplicada (Anexo N°01)

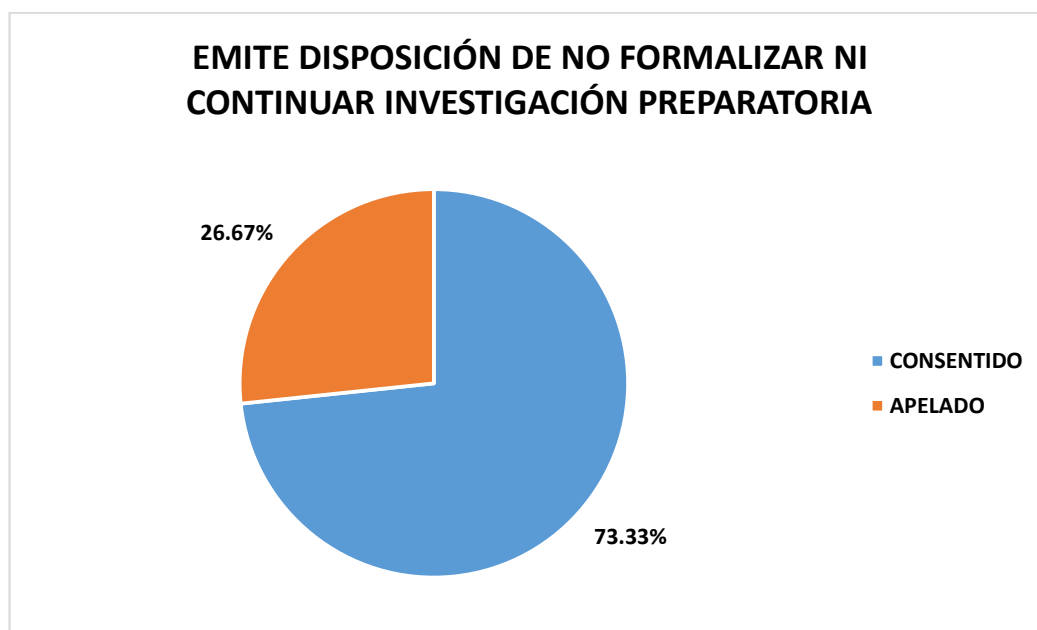
INTERPRETACIÓN:

De la estadística realizada, se tiene que el 66.67% de las denuncias ingresadas por el delito de Peculado se archivan preliminarmente, esto quiere decir, que previamente el Fiscal a cargo de la investigación a emitir pronunciamiento, procede a dar inicio a la investigación preliminar, lo que indica que aun contando con hechos que no son de mínima intervención, éstos son investigados y posterior a ello se procede a no formalizar ni continuar investigación preliminar.

Asimismo, el 33.33% de las denuncias por peculado de montos mínimos, son archivados, sin que se dé inicio a una investigación preliminar.

El siguiente gráfico establece que a pesar de que éstos hechos de Peculado por mínima cuantía, resulten de insignificancia penal, de igual manera se realiza una investigación previa a emitir un pronunciamiento de fondo, ya sea archivar la investigación preliminar o formalizar la investigación preparatoria; índice que determina que se produce un perjuicio económico al Estado al investigar éstos hechos irrelevantes.

Gráfico N°08



Fuente: Ficha de Observación aplicada (Anexo N°01)

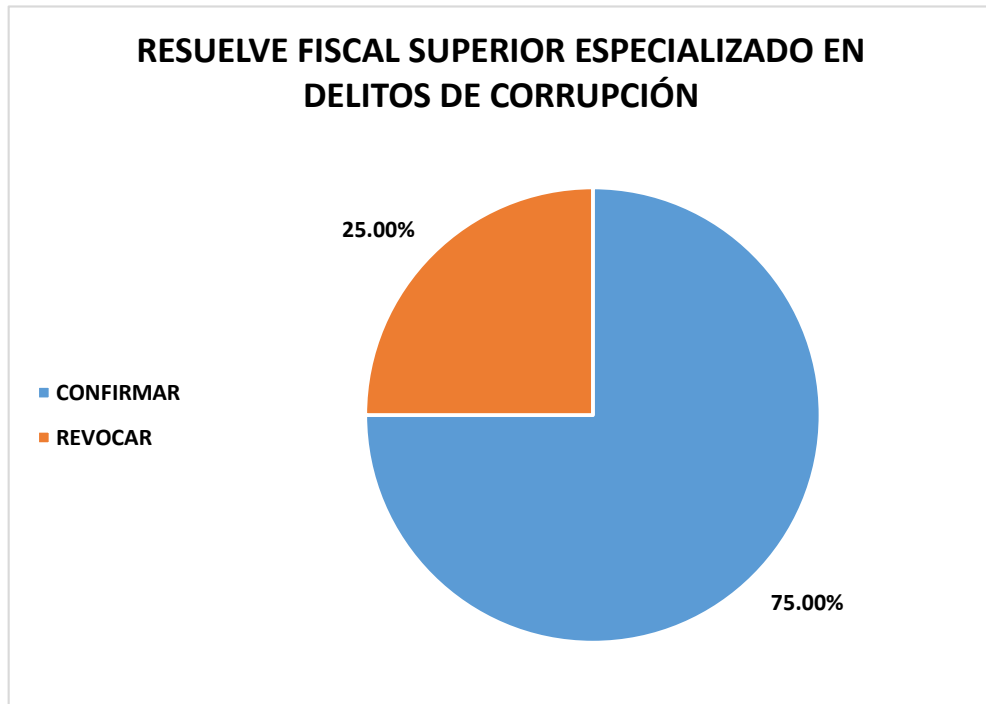
INTERPRETACIÓN:

Según la presente estadística, el 73.33% de las investigaciones por el Delito de Peculado por mínima intervención, cuando son archivadas y transcurrido el término de ley para interponer un recurso de queja, éstos quedan consentidos por ausencia de la misma.

Por otro lado, el 26.67% de las investigaciones de Peculado por mínima intervención son impugnadas por la parte denunciante y/o agraviada, puesto que, consideran que la Disposición de no Formalizar ni Continuar con la Investigación Preparatoria debería ser revisada por la segunda instancia.

En cuanto a los recursos de queja, son realizados por los denunciantes o agraviados que no conformes con el pronunciamiento en vía fiscal, requieren una elevación de actuados al considerarse que no fueron emanadas conforme a derecho.

Gráfico N°09



Fuente: Ficha de Observación aplicada (Anexo N°01)

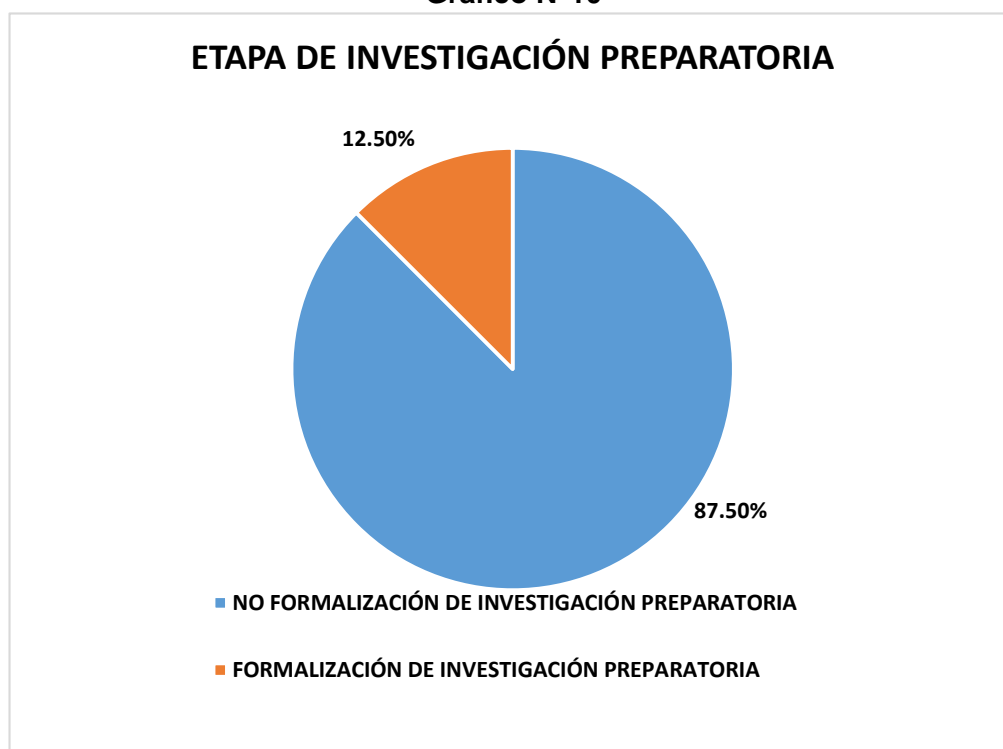
INTERPRETACIÓN:

Se tiene que el 75.00% de las carpetas fiscales que son elevadas al Fiscal Superior son confirmadas, indicando que la Disposición de no Formalizar ni Continuar con la Investigación Preparatoria ha sido emitida de manera correcta.

Mientras que un 25.00% de las investigaciones que son archivadas y elevadas al superior en grado, son revocadas y se dispone que el fiscal que previno el caso continúe con la investigación y en algunos casos ordena que se emita la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria.

El Fiscal Superior en la mayoría de las carpetas fiscales que fueron elevadas, mantiene el mismo criterio que el Fiscal que realizó la investigación preliminar, y después de realizar las diligencias urgentes e inaplazables, decidió no proceder a formalizar la investigación al afectarse los principios de lesividad, mínima intervención, subsidiariedad y ultima ratio.

Gráfico N°10



Fuente: Ficha de Observación aplicada (Anexo N°01)

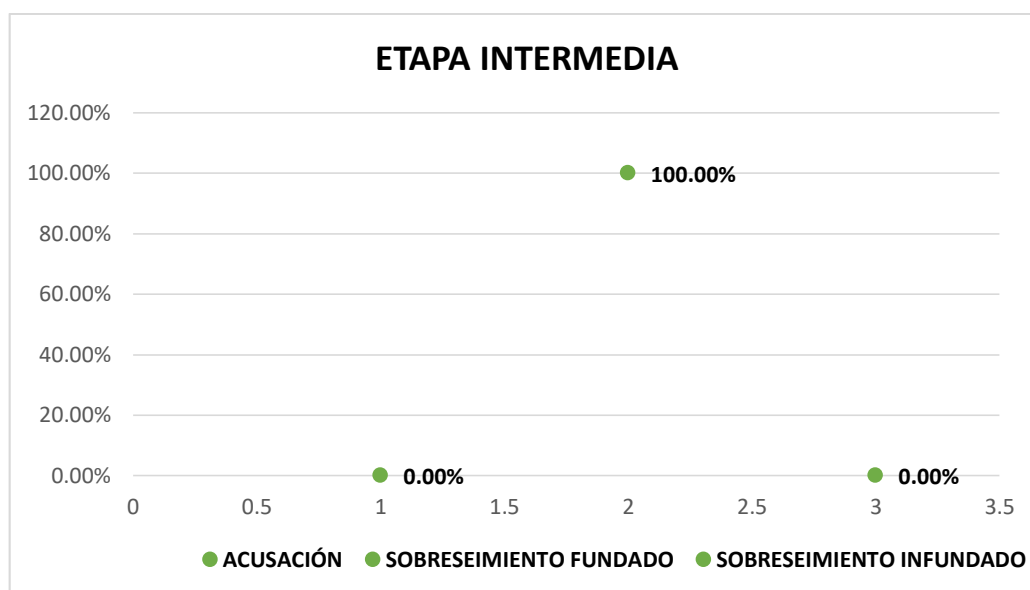
INTERPRETACIÓN:

Se tiene que el 12.50% de las denuncias ingresadas por peculado de mínima intervención, a lo largo de las investigaciones preliminares, el fiscal a cargo de la investigación, decidió emitir Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria.

Mientras que el 87.50% fueron archivadas en estado de calificación o preliminarmente.

Indicador que refleja la falta de necesidad de que éstos hechos sean investigados en la vía penal, al ser de mínima intervención.

Gráfico N°11



Fuente: Ficha de Observación aplicada (Anexo N°01)

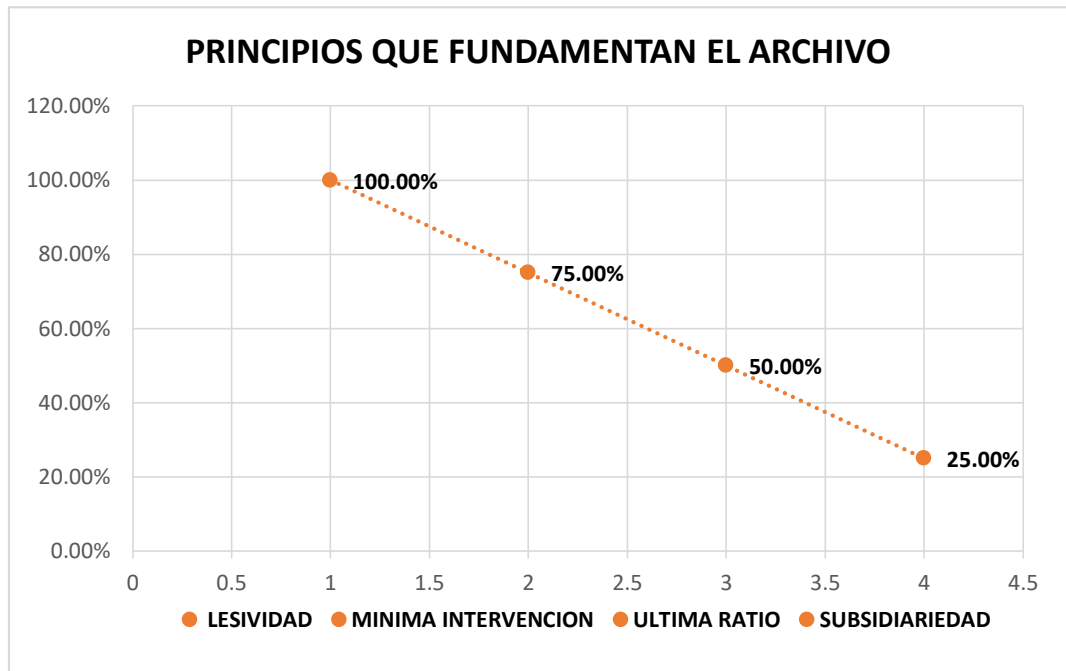
INTERPRETACIÓN:

De la presente estadística se tiene que el 100% (02 casos encontrados) de las investigaciones de peculado por monto mínimo que fueron formalizadas, y al llegar a la etapa intermedia, el fiscal a cargo de la investigación decidió requerir el sobreseimiento de la investigación, y en la audiencia de Control de Sobreseimiento, fue declarada fundada.

Mientras que en ninguna de estas investigaciones que fueron formalizadas se requirió la acusación.

De lo que se puede colegir, que, al requerir el sobreseimiento, se fundamentó en que lo hechos materia de investigación no existió una magnitud tal al patrimonio del Estado y no cualquier lesión o puesta en peligro de un bien jurídico tiene la aptitud para activar el sistema penal.

Gráfico N°12



Fuente: Ficha de Observación aplicada (Anexo N°01)

INTERPRETACIÓN:

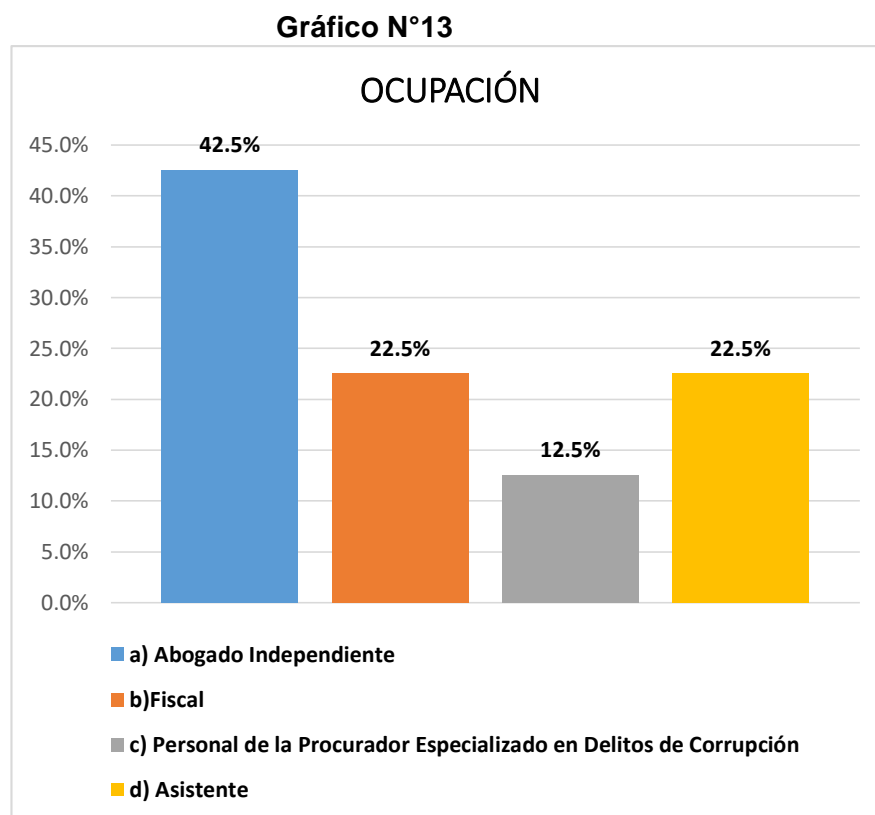
Respecto a los principios en los que se fundamentan las Disposiciones de No Formalizar ni continuar Investigación Preparatoria, se tiene que el 100% de las carpetas fiscales analizadas se fundamentan en el principio de lesividad, y que perseguir un delito de peculado por un monto mínimo, no lesiona el bien jurídico, siendo que el impacto que produce el hecho investigado no justifica la intervención penal.

En segundo lugar, el principio de mínima intervención con el 75%, es el fundamento que, al momento de emitir pronunciamiento de fondo, se aplica en las disposiciones de archivo.

Se tiene que el 50% de las investigaciones archivadas se fundamentan en el principio de ultima ratio, mientras que el 25% se fundamenta en el principio de subsidiariedad; de lo que se entiende que para la materialización de este delito se requiere la comisión de un hecho lo suficientemente grave para que sea objeto de represión penal.

3.2 RESULTADOS DE LA ENCUESTA

Se analizarán 10 Ítems o preguntas contenidos en esta encuesta, teniendo en consideración el universo descrito que son 40 como muestra representativa y población; se ha tomado también en consideración los siguientes aspectos que serán además materia de comentario.



Fuente: Encuesta aplicada (Anexo N°02)

INTERPRETACIÓN:

Tal como se advierte de la estadística presentada ante la pregunta que se les realizó a las 40 personas encuestadas sobre: Ocupación

El 42.5% de los encuestados son abogados independientes, mientras que el 22.5% corresponde al personal fiscal, de igual forma el 22.5% de los encuestados son asistentes y un 12.5% de la población la conforma el personal de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios.

Debiendo indicar que la muestra de los abogados independientes se realizó de acuerdo, a que los mismos son los más concurrentes en la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Tacna.

Gráfico N°14



Fuente: Encuesta aplicada (Anexo N°02)

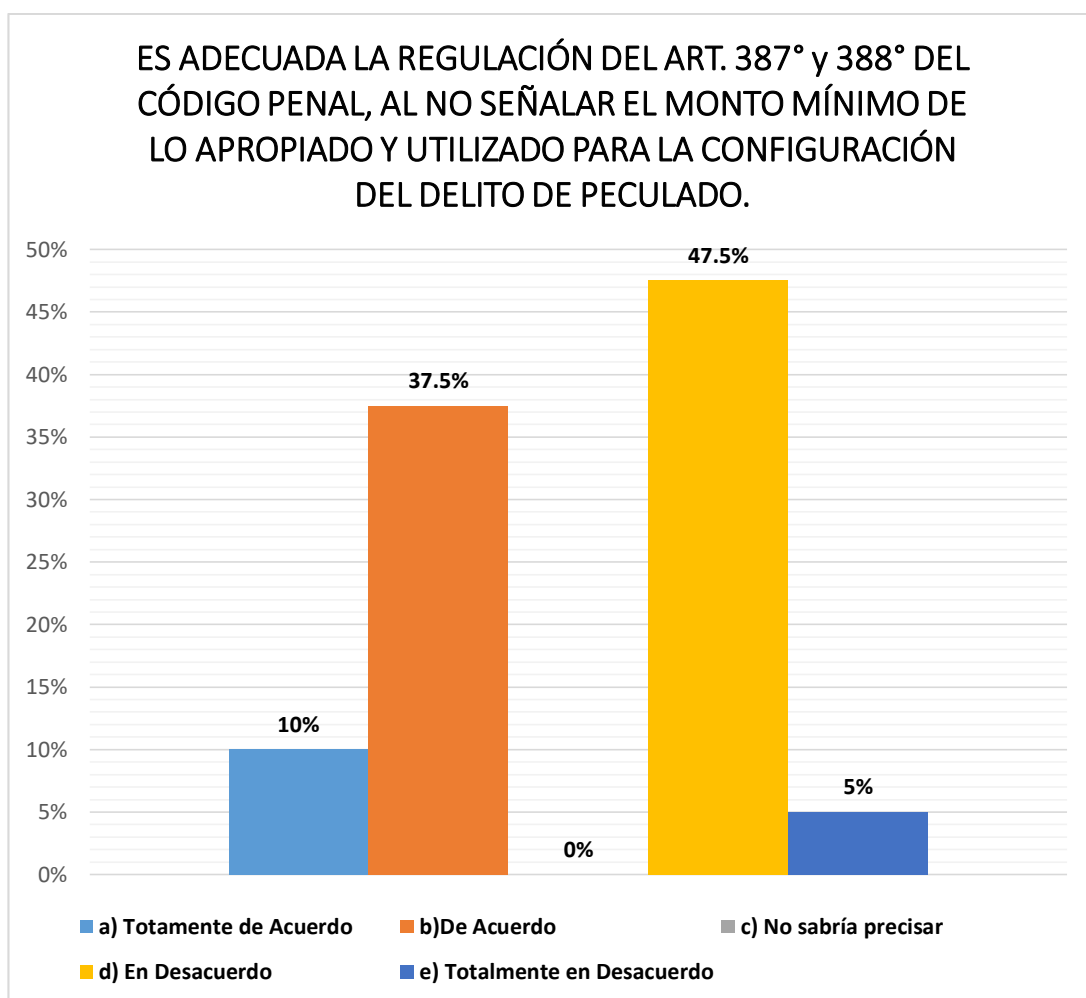
INTERPRETACIÓN:

Tal como se advierte de la estadística presentada ante la pregunta que se les realizó a las 40 personas encuestadas sobre: ¿Ha conocido o tramitado casos sobre el delito de Peculado por montos mínimos?

El 97.5% de las personas encuestadas, han respondido que han conocido o tramitado casos sobre el delito de Peculado por montos mínimos; mientras que el 2.5% sostiene que no tienen conocimiento de estos tipos peculado por cuantía mínima.

Estas respuestas, reflejan que la mayoría de los encuestados tiene conocimiento que en la actualidad se presentan casos de delito de peculado por menor cuantía, en las Fiscalías Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Tacna.

Gráfico N°15



Fuente: Encuesta aplicada (Anexo N°02)

INTERPRETACIÓN:

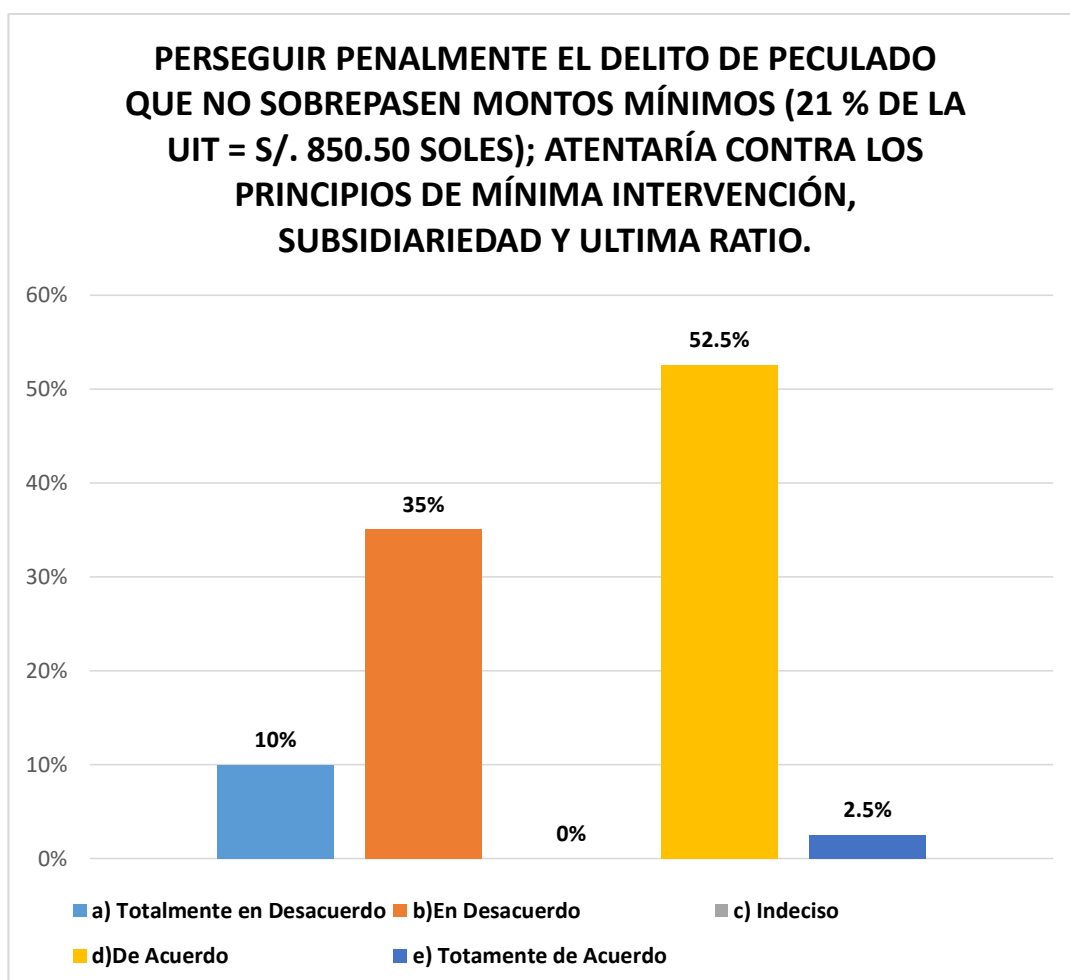
Tal como se advierte de la estadística presentada ante la pregunta que se les realizó a las 40 personas encuestadas sobre: Es adecuada la regulación del Art. 387° y 388° del Código Penal, al no señalar el monto mínimo de lo apropiado y utilizado para la configuración del Delito de Peculado.

El 48% de los encuestados se encuentran en desacuerdo y totalmente en desacuerdo con la regulación del Artículo 387° y 388° del Código Penal, al no establecer un monto mínimo para el delito de peculado.

Por otra parte, el 47.5% de los encuestados se encontraron de acuerdo y totalmente de acuerdo con la regulación del delito de Peculado (Art. 387° y 388° del C.P).

Indicativo que refleja la necesidad de realizarse una modificación a los Artículos 387° y 388° del Código Penal, e incorporarse un parámetro para que se investiguen éstos hechos en la vía penal.

Gráfico N°16



Fuente: Encuesta aplicada (Anexo N°02)

INTERPRETACIÓN:

Tal como se advierte de la estadística presentada ante la pregunta que se les realizó a las 40 personas encuestadas sobre: Perseguir penalmente el delito de peculado que no sobrepasen montos mínimos (21 % de la UIT³¹³), por ejemplo, que referidos montos no sobrepasen S/. 850.50 soles; atentaría contra los principios de mínima intervención, subsidiariedad y ultima ratio.

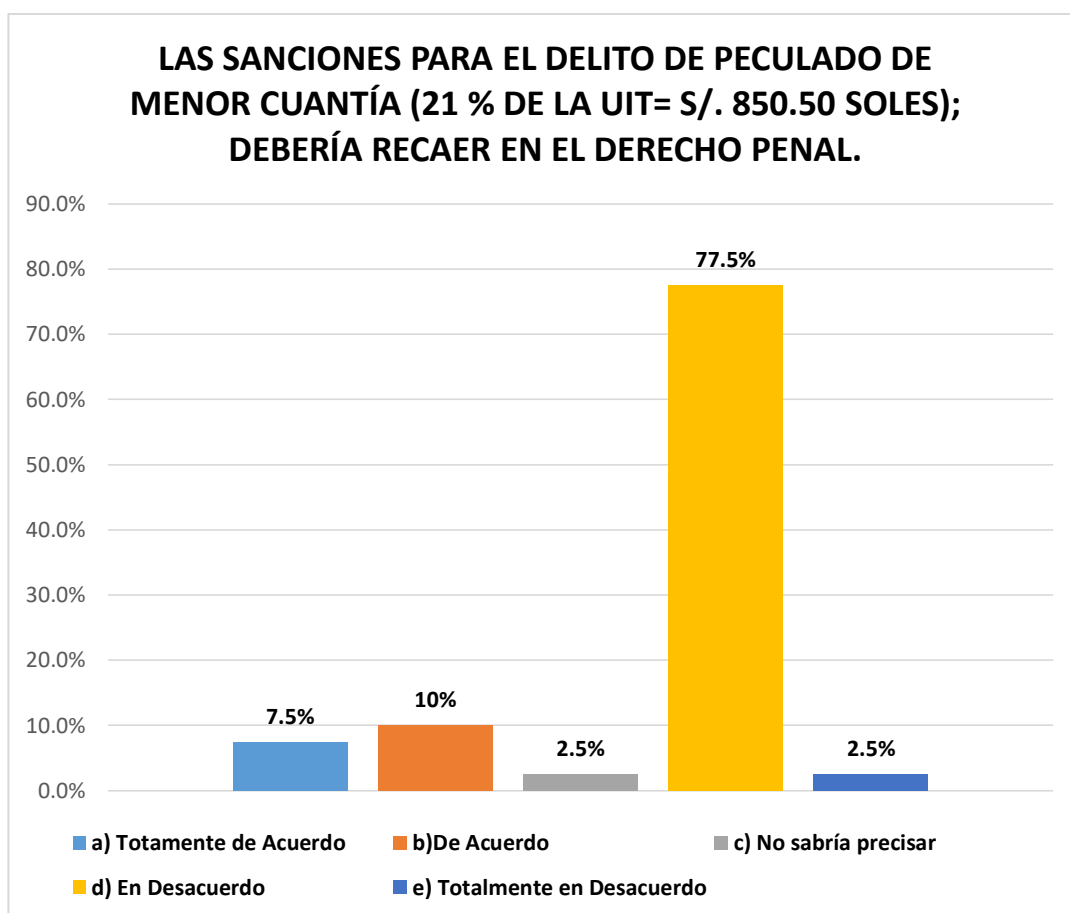
³¹³ El investigador ha propuesto que la base para que el Delito de Peculado sea conocido en la vía penal se dé a partir del 21% de la Unidad Impositiva Tributaria (UIT), teniéndose como guía la Remuneración Mínima Vital (RMV); asimismo, que guarde relación y armonía con el resto de lo establecido en el Artículo 387° del Código Penal, toda vez, que la agravante del tipo penal se establece en base a la UIT.

Se tiene que más de la mitad de los encuestados, es decir, el 55 % indica que se encuentra de acuerdo y totalmente de acuerdo y que perseguir penalmente el delito de peculado por una cuantía mínima afectaría los principios de mínima intervención, subsidiariedad y ultima ratio.

Por otro lado, el 45% de los encuestados se encuentra en desacuerdo y totalmente en desacuerdo.

Lo que indica que la mayoría de los encuestados señala que éstos hechos de mínima intervención, no revisten la lesión ni puesta en peligro del bien jurídico que revista una pena.

Gráfico N°17



Fuente: Encuesta aplicada (Anexo N°02)

INTERPRETACIÓN:

Tal como se advierte de la estadística presentada ante la pregunta que se les realizó a las 40 personas encuestadas sobre: Las sanciones para el delito de Peculado de menor cuantía (21 % de la UIT³¹⁴), por ejemplo, que referidos montos no sobrepasen S/. 850.50 soles; debería recaer en el Derecho Penal.

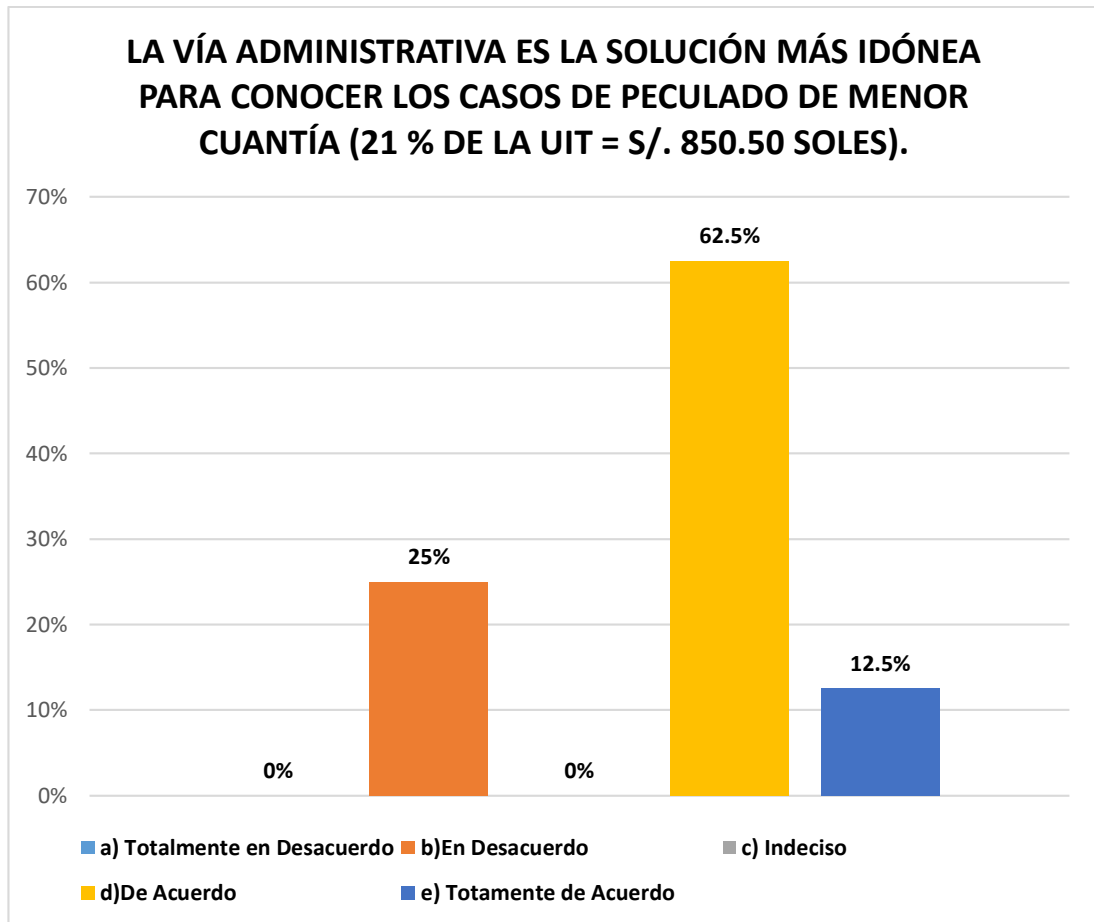
Se tiene que el 80% de los encuestados, se encuentra en desacuerdo y totalmente en desacuerdo que las sanciones del delito de peculado de menor cuantía no deberían recaer en el Derecho Penal; indicativo que establece que la vía penal no

³¹⁴ El investigador ha propuesto que la base para que el Delito de Peculado sea conocido en la vía penal se dé a partir del 21% de la Unidad Impositiva Tributaria (UIT), teniéndose como guía la Remuneración Mínima Vital (RMV); asimismo, que guarde relación y armonía con el resto de lo establecido en el Artículo 387° del Código Penal, toda vez, que la agravante del tipo penal se establece en base a la UIT.

es la más adecuada para conocer este tipo de delitos de mínima lesividad, toda vez que existen otras alternativas idóneas para conocer éstos hechos.

Sin embargo, el 17.5% de los encuestados se encuentran de acuerdo y totalmente de acuerdo, y el 2,5% no precisa.

Gráfico N°18



Fuente: Encuesta aplicada (Anexo N°02)

INTERPRETACIÓN:

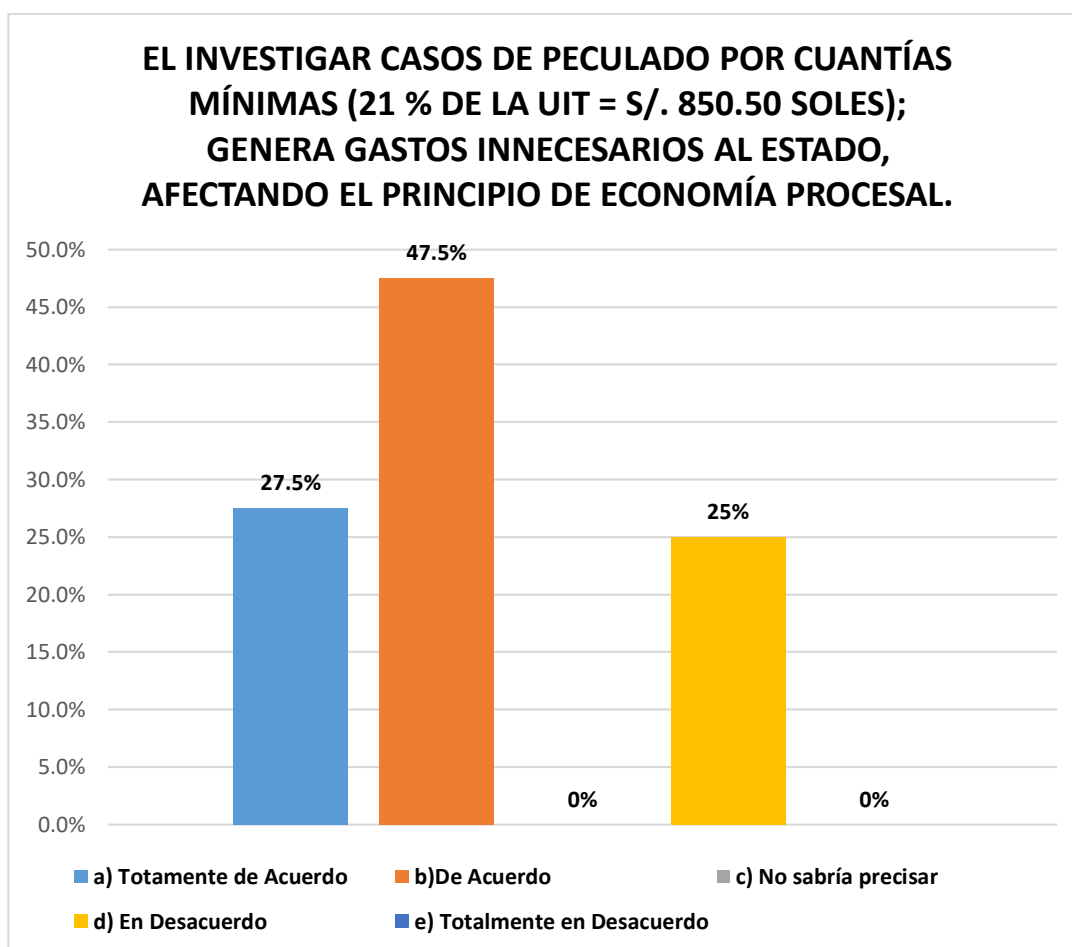
Tal como se advierte de la estadística presentada ante la pregunta que se les realizó a las 40 personas encuestadas sobre: La vía administrativa es la solución más idónea para conocer los casos de Peculado de menor cuantía (21 % de la UIT³¹⁵), por ejemplo, que referidos montos no sobrepasen S/. 850.50 soles.

³¹⁵ El investigador ha propuesto que la base para que el Delito de Peculado sea conocido en la vía penal se dé a partir del 21% de la Unidad Impositiva Tributaria (UIT), teniéndose como guía la Remuneración Mínima Vital (RMV); asimismo, que guarde relación y armonía con el resto de lo establecido en el Artículo 387° del Código Penal, toda vez, que la agravante del tipo penal se establece en base a la UIT.

El 75% de los encuestados refirieron encontrarse de acuerdo y totalmente de acuerdo, que la vía más idónea para conocer los casos de Peculado de menor cuantía sería la vía administrativa.

Sin embargo; el 25% de los encuestados manifestaron encontrarse en desacuerdo al establecer a la vía administrativa para conocer casos de peculado por menor cuantía.

Gráfico N°19



Fuente: Encuesta aplicada (Anexo N°02)

INTERPRETACIÓN:

Tal como se advierte de la estadística presentada ante la pregunta que se les realizó a las 40 personas encuestadas sobre: El investigar casos de peculado por cuantías mínimas (21 % de la UIT³¹⁶), por ejemplo, que referidos montos no sobrepasen S/. 850.50 soles; genera gastos innecesarios al Estado, afectando el principio de economía procesal.

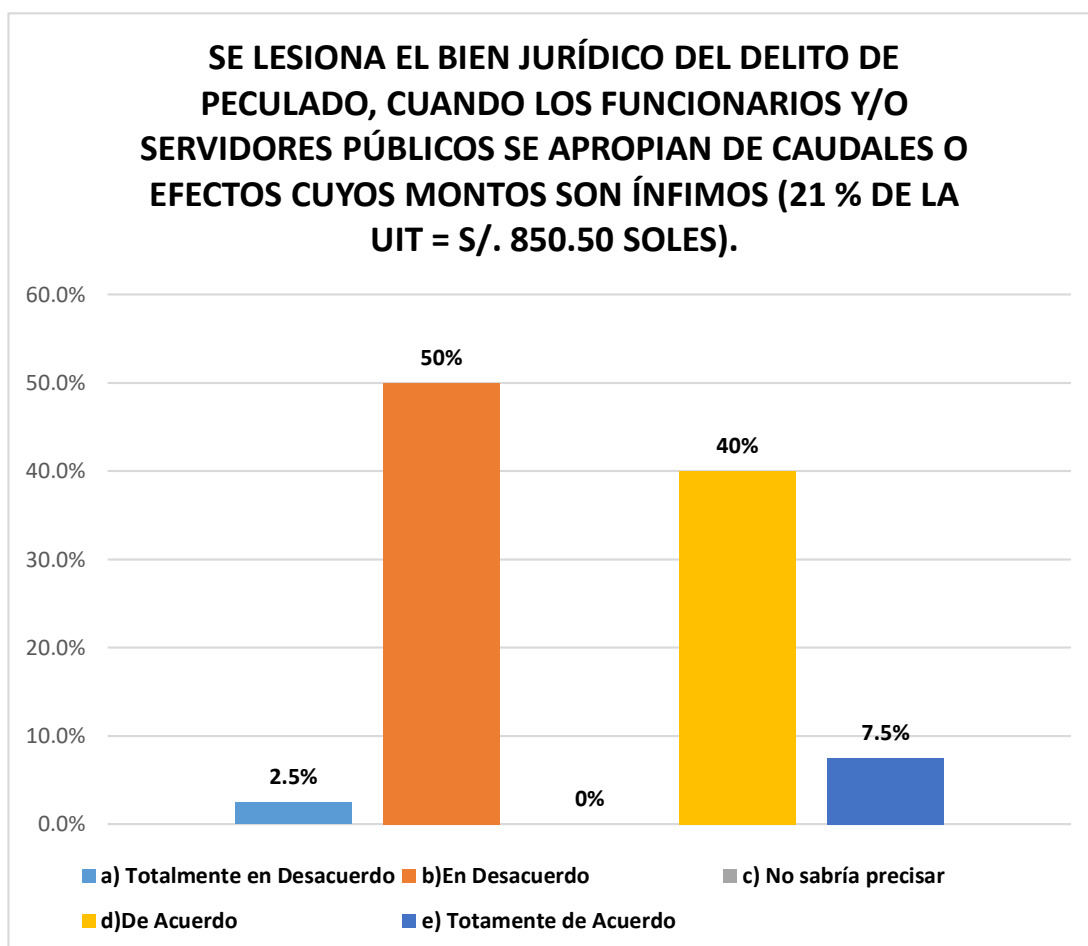
³¹⁶ El investigador ha propuesto que la base para que el Delito de Peculado sea conocido en la vía penal se dé a partir del 21% de la Unidad Impositiva Tributaria (UIT), teniéndose como guía la Remuneración Mínima Vital (RMV); asimismo, que guarde relación y armonía con el resto de lo establecido en el Artículo 387° del Código Penal, toda vez, que la agravante del tipo penal se establece en base a la UIT.

Se tiene que el 75% de los encuestados se encontraron de acuerdo y totalmente de acuerdo que el Estado realiza gastos innecesarios para investigar casos de peculado por mínima cuantía.

Mientras que un 25% de los encuestados considera que no se realiza un gasto innecesario investigando estos delitos por montos mínimos.

Entendiéndose que la mayoría de encuestados indica que sí se requiere una modificación al Artículo 387° y 388° del Código Penal, y que se establezca este monto mínimo, todo ello a fin de no se investiguen hechos que tienen una irrelevancia penal y económica.

Gráfico N°20



Fuente: Encuesta aplicada (Anexo N°02)

INTERPRETACIÓN:

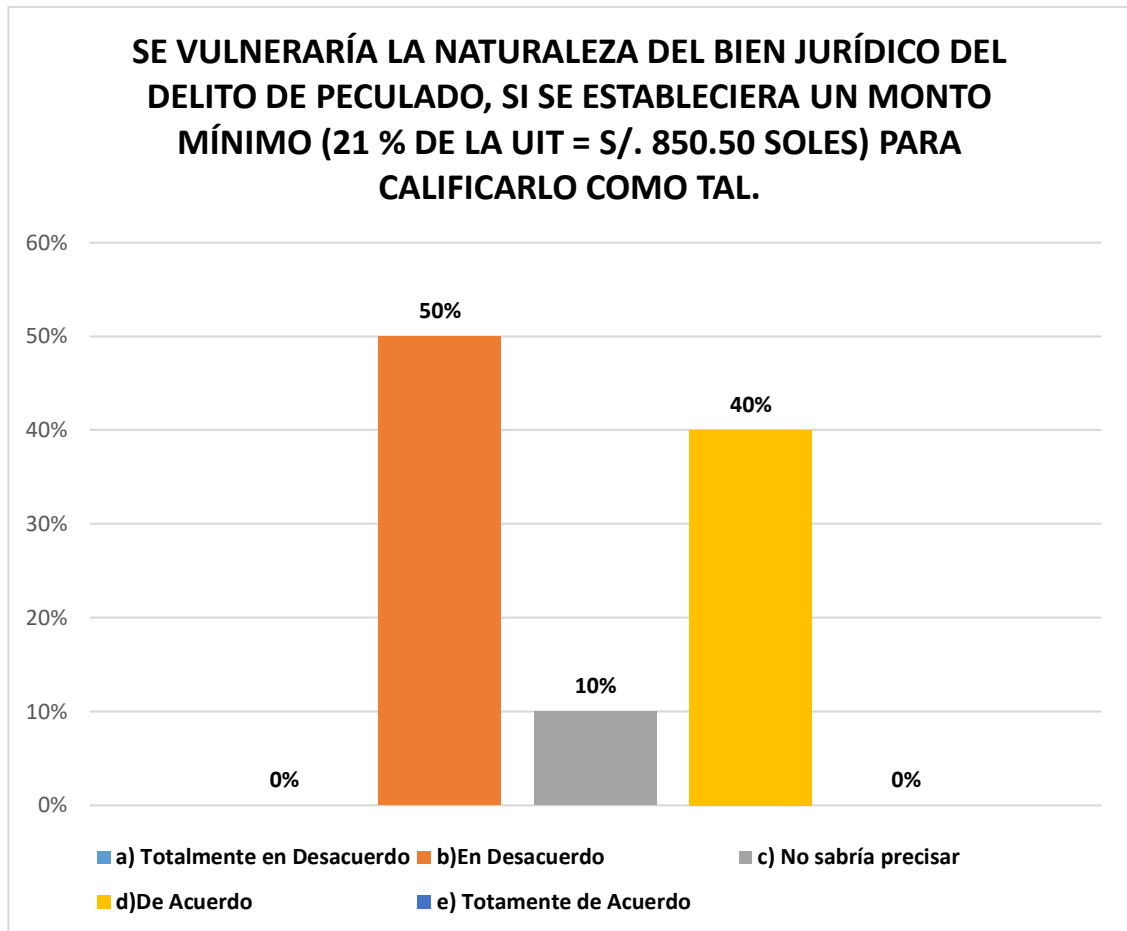
Tal como se advierte de la estadística presentada ante la pregunta que se les realizó a las 40 personas encuestadas sobre: Se lesiona el bien jurídico del Delito de Peculado, cuando los funcionarios y/o servidores públicos se apropian de caudales o efectos cuyos montos son ínfimos (21 % de la UIT³¹⁷) por ejemplo, que referidos montos no sobrepasen S/. 850.50 soles.

³¹⁷ El investigador ha propuesto que la base para que el Delito de Peculado sea conocido en la vía penal se dé a partir del 21% de la Unidad Impositiva Tributaria (UIT), teniéndose como guía la Remuneración Mínima Vital (RMV); asimismo, que guarde relación y armonía con el resto de lo establecido en el Artículo 387° del Código Penal, toda vez, que la agravante del tipo penal se establece en base a la UIT.

Se tiene que el 52.5 % de los encuestados indicaron encontrarse en desacuerdo y totalmente en desacuerdo, refiriendo de esta forma que no se lesiona el bien jurídico del delito de peculado cuando los montos son ínfimos.

Mientras que el 47.5% de los encuestados se encuentran de acuerdo y totalmente de acuerdo respectivamente, indicando que si se produce una lesión al bien jurídico del delito de peculado.

Gráfico N°21



Fuente: Encuesta aplicada (Anexo N°02)

INTERPRETACIÓN:

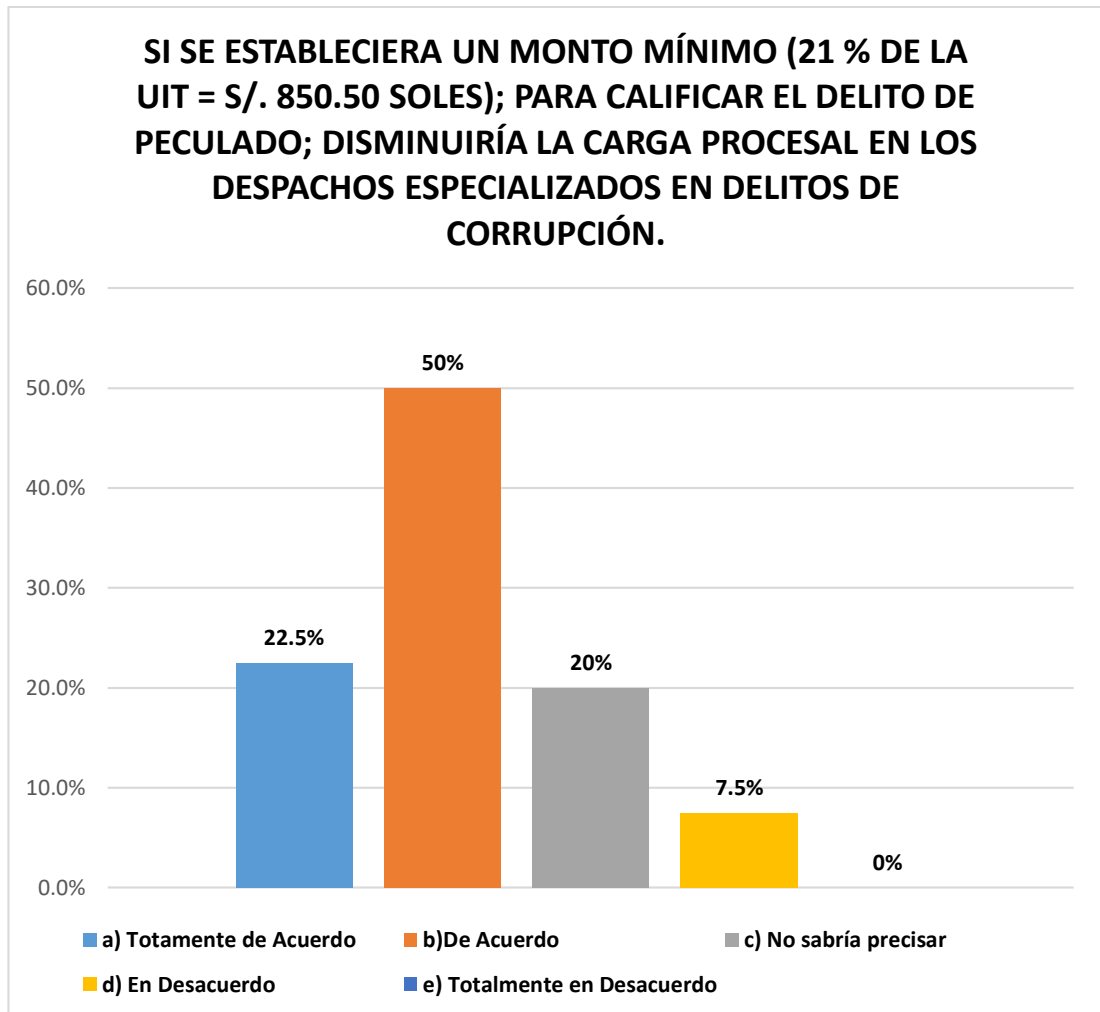
Tal como se advierte de la estadística presentada ante la pregunta que se les realizó a las 40 personas encuestadas sobre: Se vulneraría la naturaleza del bien jurídico del Delito de Peculado, si se estableciera un monto mínimo (21 % de la UIT³¹⁸), por ejemplo, que referidos montos no sobrepasen S/. 850.50 soles para calificarlo como tal.

³¹⁸ El investigador ha propuesto que la base para que el Delito de Peculado sea conocido en la vía penal se dé a partir del 21% de la Unidad Impositiva Tributaria (UIT), teniéndose como guía la Remuneración Mínima Vital (RMV); asimismo, que guarde relación y armonía con el resto de lo establecido en el Artículo 387° del Código Penal, toda vez, que la agravante del tipo penal se establece en base a la UIT.

El 50% de los encuestados manifiesta su desacuerdo, refiriendo que no se vulneraría la naturaleza del bien jurídico del Delito de Peculado, si se estableciera un monto para calificarlo como tal.

Empero, el 40% sostiene que, si se vulneraría la naturaleza jurídica del delito de peculado, y un 10% no precisa.

Gráfico N°22



Fuente: Encuesta aplicada (Anexo N°02)

INTERPRETACIÓN:

Tal como se advierte de la estadística presentada ante la pregunta que se les realizó a las 40 personas encuestadas sobre: Si se estableciera un monto mínimo (21 % de la UIT³¹⁹), por ejemplo, que referidos montos no sobrepasen S/. 850.50 soles; para calificar el delito de Peculado; disminuiría la carga procesal en los despachos especializados en Delitos de Corrupción.

³¹⁹ El investigador ha propuesto que la base para que el Delito de Peculado sea conocido en la vía penal se dé a partir del 21% de la Unidad Impositiva Tributaria (UIT), teniéndose como guía la Remuneración Mínima Vital (RMV); asimismo, que guarde relación y armonía con el resto de lo establecido en el Artículo 387° del Código Penal, toda vez, que la agravante del tipo penal se establece en base a la UIT.

El 72.5% de los encuestados manifestaron encontrarse de acuerdo y totalmente de acuerdo, al responder a la pregunta si se estableciera un monto mínimo para calificar el delito de Peculado; disminuiría la carga procesal en los despachos especializados en Delitos de Corrupción.

Asimismo, el Estado podría invertir mejor sus recursos para financiar mejores investigaciones que tienen el carácter penal.

Por otra parte, el 7.5% de los encuestados se encontraron en desacuerdo y el 20% no supo precisar.

Cuadro N°01

VALORIZACIÓN DE UNA AUDIENCIA			
MEDIOS EMPLEADOS EN UNA AUDIENCIA	a) FACTOR HUMANO	Vienen a ser los jueces de las diferentes instancias (Jueces Superiores, Juzgado Penal Colegiado, Jueces Unipersonales e Investigación Preparatoria); así como los servidores administrativos que conforman el Pool del Módulo Corporativo Penal, conforme al Nuevo Proceso Penal (Administrador, Especialistas, Asistentes, personal de CDG, notificadores, servicio de vigilancia entre otros)	
	b) FACTOR LOGÍSTICO	Se ha considerado el inmobiliario que se utiliza en las salas de audiencias, los cuales son empleados por el Personal Jurisdiccional y Administrativo, cuya vida útil es de tres años por cada mobiliario.	
	c) EQUIPOS INFORMÁTICOS	Los medios tecnológicos o digitales usados por los Magistrados y personal Administrativo, cuya vida útil es de tres años, los cuales ayudan a optimizar la función de Administrar Justicia, permitiéndonos desarrollar una actividad más diligente y célere.	
	d) SERVICIOS CONTRATADOS	También se han considerado los servicios contratados mensualmente por cada Corte, a fin de cubrir las necesidades básicas de la institución, como son los servicios de agua, luz, internet, alquiler de local, entre otros.	
	e) BIENES DE UTILIDAD	Vienen a ser los accesorios utilizados en el Módulo Corporativo penal, a través de sus diferentes Juzgados y Salas de Audiencia, tales como útiles de escritorio, estandarte del Poder Judicial, Kit de mantenimiento, útiles de limpieza, tachos de madera, entre otros, los cuales complementan las necesidades existentes en los diferentes órganos jurisdiccionales.	
COSTO APROXIMADO POR HORA DE SESIÓN DE AUDIENCIA	Corte Suprema		S/. 1,892.67 (mil ochocientos noventa y dos con 67/100 soles)
	Sala de Apelaciones		S/. 773.10 (setecientos setenta y tres con 00/100 soles)
	Juzgado Penal Colegiado		S/. 704.74 (setecientos cuatro con 74/100 soles)
	Juzgado Penal Unipersonal		S/. 515.78 (quinientos quince con 78/100 soles)
	Juzgado Penal de Investigación Preparatoria		S/. 515.78 (quinientos quince con 78/100 soles)
	Juzgado de Paz Letrado		S/. 268.42 (doscientos sesenta y ocho con 42/100 soles)
COSTO APROXIMADO POR HORA DE SESIÓN DE AUDIENCIA PARA RESOLVER UN INCIDENTE (requerimiento y/o solicitud)	Juzgado de Paz Letrado	Inversión de una hora de audiencia.	S/. 268.42 (doscientos sesenta y ocho con 42/100 soles)
		Costo de una audiencia que resuelve un proceso de faltas.	S/. 536.84 (quinientos treinta y seis con 84/100 soles)
	Juzgado Penal de Investigación Preparatoria	Inversión de una hora de audiencia.	S/. 515.78 (quinientos quince con 78/100 soles)
		Promedio de 02 sesiones, el costo de una audiencia que resuelve una solicitud o requerimiento en etapa de Investigación Preparatoria.	S/. 1,031.56 (Mil treinta y uno con 56/100 soles)
	Juzgado Penal Unipersonal	Inversión de una hora de audiencia.	S/. 515.78 (quinientos quince con 78/100 soles)
		Promedio de 10 sesiones para resolver un expediente judicial en la etapa de Juicio Oral.	S/. 5,157.78 (Cinco mil ciento cincuenta y siete con 78/100 soles)
	Juzgado Penal Colegiado	Inversión de una hora de audiencia.	S/. 704.74 (setecientos cuatro con 74/100 soles)
		Promedio de 10 sesiones para resolver un expediente judicial en juicio oral, en el órgano jurisdiccional colegiado en etapa de juzgamiento.	S/. 7,047.40 (Siete mil cuarenta y siete con 40/100 soles)
	Sala Penal de Apelación	Inversión de una hora de audiencia.	S/. 773.10 (setecientos setenta y tres con 00/100 soles)
		Promedio de 02 sesiones para resolver la apelación de una causa mediante resolución (auto/sentencia).	S/. 1,546.20 (Mil quinientos cuarenta y seis con 20/100 soles)

Fuente: Informe N°071-2017-ST-ETI-CPP/PJ

Tal como se advierte del cuadro presentado, se señala en cuánto asciende la valorización de una audiencia; es así, que advirtiéndose que hay investigaciones por delitos de peculado por montos mínimos que han sido formalizadas y posteriormente pasan a la etapa intermedia, se establecería que el costo aproximado de una hora de audiencia en el Juzgado de Investigación Preparatoria sería de S/. 515.78 (quinientos quince con 78/100 soles).

Asimismo; se debe tomar en consideración la concurrencia de diversas audiencias de solicitud o requerimiento en la Etapa de Investigación Preparatoria como la Audiencia de Constitución en Actor Civil, Audiencia de Tutela de Derechos, o Audiencia de Control de Plazos que implicaría un costo de S/. 1,031.56 (Mil treinta y uno con 56/100 soles) por dos sesiones para resolver dicha solicitud.

El Delito de Peculado (Tipo base) establece como sanción la pena privativa de libertad que se da entre los 04 años a 08 años, éste delito después de pasar la etapa intermedia, y emitirse el respectivo Auto de Enjuiciamiento podría pasar al Juzgado Penal Unipersonal o Colegiado, siendo el costo promedio de 10 sesiones para resolver un expediente en juicio oral de S/. 5,157.78 (Cinco mil cientos cincuenta y siete con 78/100 soles) y S/. 7,047.40 (Siete mil cuarenta y siete con 40/100 soles) respectivamente.

Por lo que, se considera que en los casos de Peculado de menor cuantía no se estaría poniendo en peligro o lesionando un bien jurídico que revista necesariamente la aplicación de una pena, previo juicio para determinar la misma, emitiendo una sentencia condenatoria para aquel funcionario que se apropie o use algún bien del Estado de manera indebida.

De esta forma, no sólo se invertiría el factor humano (jueces de las diferentes instancias, así como los servidores administrativos que conforman el Pool del Módulo Corporativo Penal, conforme al Nuevo Proceso Penal como el Administrador, Especialistas, Asistentes, personal de CDG, notificadores, servicio de vigilancia entre otros) para que éste caso de peculado de menor cuantía obtenga una sentencia, sino otros medios como el factor logístico que se refiere al inmobiliario empleado por los administradores de justicia; los equipos tecnológicos, que se refieren a los medios digitales usados por los magistrados y el personal administrativo; los servicios contratados para cubrir las necesidades básicas de cada Corte, a fin de cubrir sus necesidades básicas, y por último los bienes de utilidad, referidos a los accesorios utilizados en el Módulo Corporativo

penal, a través de sus diferentes Juzgados y Salas de Audiencia, tales como útiles de escritorio, estandarte del Poder Judicial, Kit de mantenimiento, útiles de limpieza, tachos de madera, entre otros, los cuales complementan las necesidades existentes en los diferentes órganos jurisdiccionales.

Y teniendo en consideración la pluralidad de audiencias que acarrearía llevar un caso de peculado de menor cuantía a juicio equivaldría a no menos de diez mil soles, sin contar la valorización de la Investigación preliminar y preparatoria; así como la realización de la pericia contable a fin de determinar el perjuicio económico ocasionado al Estado; asimismo, se tiene que los dos casos que llegaron a la etapa intermedia (Control de Sobreseimiento) y que fueron materia de análisis se dieron por los montos de S/.261.50 soles (doscientos sesenta y uno con 50/100 soles) y S/ 1 .82 soles (Un sol con 82/100 soles).

En consecuencia, se advierte que no se considera razonable ni proporcional investigar hechos que no revisten de relevancia penal debido a su mínima intervención, no lesionando el bien jurídico del delito de Peculado; siendo que más bien investigar y llevar a juicio este tipo de delitos genera gastos innecesarios al Estado, afectando la economía del mismo.

CAPITULO V: COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

1. VERIFICACIÓN Y/O CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

Para la comprobación de nuestras hipótesis se ha tenido en cuenta que se está investigando casos no ordinarios en los que inciden los efectos de la variable independiente, por lo que no se pretende demostrar que la mayoría absoluta de los casos han corrido la suerte de las hipótesis planteadas, sino solamente la existencia de índices y proporciones significativas, para ello realizaremos la comprobación a través del Análisis Cualitativo en función de estadística descriptiva utilizando los porcentajes obtenidos para inferir de la información tabulada nuestra confirmación o rechazo de las hipótesis.

1.1. VERIFICACIÓN DE LA PRIMERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA

La primera hipótesis específica del presente trabajo de investigación, refiere:

“No es necesario que las sanciones para el delito de peculado de menor cuantía recaigan en el Derecho Penal, puesto que puede ser resuelto a través de la vía Administrativa”.

Con las carpetas fiscales analizadas, así como con la encuesta realizada representada en los gráficos N° 8, 9, 15 y 17 que demuestran nuestra primera hipótesis específica, debido que las denuncias ingresadas por el delito de Peculado de montos mínimos, son archivadas al no considerarse relevantes para el Derecho Penal y que el Artículo 387° y 388° del Código Penal, debería establecer un monto mínimo, estableciéndose así un lineamiento para que se configure el tipo penal de Peculado.

De modo que mediante el gráfico N°8 se tiene que el 73.33% de las investigaciones de peculado de menor cuantía son archivadas; mediante el Gráfico N° 09 indica que el 75% de las carpetas fiscales que son archivadas y que son materia de apelación, al ser elevadas al Fiscal Superior son confirmadas, indicando que la Disposición de no Formalizar ni Continuar con la Investigación Preparatoria ha sido emitida de manera correcta.

Asimismo, mediante el gráfico N°15 el 80 % de los encuestados señala que no es adecuada la regulación del Art. 387° y 388° al no establecer un monto mínimo para que se configure el delito de peculado, de la

misma forma, mediante el gráfico N° 17, el 80% de los encuestados señala que éste tipo de hechos de mínima intervención no debería recaer en el Derecho Penal.

Por esta razón podemos afirmar que esta primera hipótesis específica está probada y verificada como válida en el presente trabajo de investigación en el sentido que, no es necesario que las sanciones para el delito de peculado de menor cuantía recaigan en el Derecho Penal, puesto que puede ser resuelto a través de la vía Administrativa.

1.2. VERIFICACIÓN DE LA SEGUNDA HIPÓTESIS ESPECÍFICA

La segunda hipótesis específica del presente trabajo de investigación, refiere:

“Sancionar un delito de peculado con una mínima cuantía afecta el principio de economía procesal, porque al procesarse a funcionarios y/o servidores públicos por estos casos generan gastos insulsos al Estado”.

Con las carpetas fiscales analizadas, así como con la encuesta realizada representada en los gráficos N° 5, 6, 7, 10, 11, 19, 22 y cuadro N° 01 que demuestran nuestra segunda hipótesis específica, debido que mediante gráfico N°05 los bienes más comunes objeto de apropiación, utilización o uso son el celular, dinero, material de oficina /uso de fotocopidora, uso de equipos tecnológicos, y uso de movilidad y según el gráfico N° 06, el 37.50 % de éstos bienes tienen un valor que no sobrepasan los S/.2.00 soles y el 31.25% no superan los S/. 100 soles; asimismo, se establece que según el gráfico N° 07 el 66.67% de las denuncias por peculado de montos mínimos son archivadas después de realizar la respectiva investigación preliminar y en algunos de los casos éstos archivos son apelados y el Fiscal Superior revoca referidos archivos, por lo que, mediante el gráfico N° 10, indica que el 12.50 % de éstos casos pasan a la siguiente etapa (Formalización de la Investigación Preparatoria) y posterior a ello, mediante gráfico N°11, el 100% de los casos de peculado de menor

cuantía pasan a la etapa intermedia en la cual se requiere el sobreseimiento.

De esta forma el Estado invierte innecesariamente recursos al llevar un caso de peculado por mínima intervención a juicio oral, tal como lo expresa el Cuadro N°01 que señala los medios empleados para la valoración de una audiencia que van desde el factor humano, logístico, equipos informáticos, servicios contratados y bienes; siendo que los mismos no provocan una verdadera lesión al patrimonio del Estado.

Es así que, conforme se estableció en el gráfico N°19 con el 75% de los encuestados a favor que el investigar los hechos de peculado por mínima cuantía generan gastos innecesarios al Estado, y mediante gráfico N° 22, el 72.5% indicó que al dejar de conocer éstos delitos de mínima intervención se reduciría la carga fiscal en los despachos Especializados en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Tacna.

Por esta razón podemos afirmar que esta segunda hipótesis específica está probada y verificada como válida en el presente trabajo de investigación, en el sentido que, no se consideraría razonable sancionar un delito de peculado con una mínima cuantía porque afectaría el principio de economía procesal, puesto que al procesarse a funcionarios y/o servidores públicos por estos casos generan gastos insulsos al Estado.

1.3 VERIFICACIÓN DE LA TERCERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA

La tercera hipótesis específica del presente trabajo de investigación, refiere:

“No se vulneraría la naturaleza del bien jurídico del delito de peculado y el principio de lesividad al incorporar una cuantía mínima para calificarlo como tal, al no ser los casos irrelevantes debido a su cuantía ínfima, y sólo cabría sancionarlos administrativamente”.

Con las carpetas fiscales analizadas, así como con la encuesta realizada representada en los gráficos N° 12, 18, 20 y 21 que

demuestran nuestra tercera hipótesis específica, debido que, mediante el gráfico N°12 el 100% de las investigaciones fiscales, al momento de disponerse la Disposición de no formalización ni continuación de la Investigación Preparatoria se fundamentan en los principios de lesividad, mientras que el 75% en el principio de mínima intervención, el 50% en el principio de ultima ratio y el 25% en el principio de subsidiariedad, al considerarse que éstos hechos no son lo suficientemente graves para ser objeto de represión penal.

Asimismo, mediante gráfico N°18 el 75 % de los encuestados, se encuentra de acuerdo que la vía administrativa sería la vía más idónea para conocer los casos de peculado por menor cuantía. Por otra parte, a través del gráfico N° 20 y N°21 con el 53% y 50% respectivamente, consideran que no se vulneraría la naturaleza ni se lesionaría significativamente al bien jurídico tutelado.

Por esta razón podemos afirmar que esta tercera hipótesis específica está probada y verificada como válida en el presente trabajo de investigación, en el sentido que, no se estaría vulnerando la naturaleza del bien jurídico del delito de peculado y el principio de lesividad al incorporar una cuantía mínima para calificarlo como tal, y sólo cabría sancionarlos administrativamente.

1.4 VERIFICACIÓN DE LA HIPÓTESIS GENERAL

La hipótesis general del presente trabajo de investigación, refiere:

“La persecución penal por el delito de peculado cuando se trate de montos mínimos, no determinado, para este tipo de delitos por el Código Penal atentaría contra los principios de mínima intervención, subsidiariedad y ultima ratio del Derecho Penal, al ser considerados estos montos como irrisorios y que solo generan gastos innecesarios al Estado.”

Los resultados presentados en las hipótesis específicas y lo expresado en el gráfico N° 16 el 55% de los encuestados confirman que existe una necesidad de incorporar un monto mínimo para que se configure el delito de peculado, al considerar que investigar y llevar a juicio este

tipo de delitos afectaría los principios de mínima intervención, subsidiariedad y ultima ratio, y generaría gastos insulsos al Estado; asimismo se confirmó que no vulnera ni lesiona el bien jurídico del Delito de Peculado.

Por esta razón podemos afirmar que nuestra hipótesis general está probada y verificada como válida en el presente trabajo de investigación, en el sentido que al perseguir penalmente hechos por el delito de peculado cuando se trate de montos mínimos, no determinado, para este tipo de delitos por el Código Penal atentaría contra los principios de mínima intervención, subsidiariedad y ultima ratio del Derecho Penal, y que solo generan gastos innecesarios al Estado.

CAPITULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACION

CONCLUSIONES:

PRIMERA: No es necesario que las sanciones para el delito de peculado de menor cuantía recaigan en el Derecho Penal, al considerarse que el mismo no es el único medio de represión y debe limitarse a lo indispensable; asimismo se tiene que los hechos de peculado por mínima intervención no dejan de ser irregulares y es justamente a través de la vía administrativa que corresponde pronunciarse.

SEGUNDA: Sancionar un delito de peculado con una mínima cuantía afecta el principio de economía procesal, porque al procesarse a funcionarios y/o servidores públicos por estos casos generan gastos insulsos al Estado; lo que implica invertir en el factor humano, factor logístico, equipos tecnológicos, servicios contratados y bienes de utilidad dentro de la Investigación fiscal y en la etapa judicial.

TERCERA: No se vulneraría la naturaleza del bien jurídico del delito de peculado y el principio de lesividad al incorporar una cuantía mínima para calificarlo como tal, al ser los casos irrelevantes debido a su cuantía ínfima, y sólo cabría sancionarlos administrativamente.

CUARTA: La persecución penal por el delito de peculado cuando se trate de montos mínimos, no determinado, para este tipo de delitos por el Código Penal atentaría contra los principios de mínima intervención, subsidiariedad y ultima ratio del Derecho Penal, al ser considerados estos montos como irrisorios que no revisten de suma gravedad ni tienen la aptitud para activar el sistema penal y solo generan gastos innecesarios al Estado.

RECOMENDACIONES

RECOMENDACIÓN ÚNICA:

Se recomienda la modificación de la actual regulación jurídica del Delito de Peculado, en el sentido de incluir un monto mínimo, y evitar investigaciones innecesarias por hechos que no reviste de gravedad para ser conocidos en la vía penal.

Por consiguiente, se recomienda que el Art. 387° primer párrafo del Código Penal y el Artículo 388° primer párrafo del Código Penal y quede redactado de la siguiente forma:

Art. 387° del Código Penal:

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, cuyo valor sea superior al veintiuno por ciento (21%) de la Unidad Impositiva Tributaria, caso contrario se constituirá una infracción administrativa, 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.

Art. 388° del Código Penal:

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, cuyo valor sea superior al veintiuno por ciento (21%) de la Unidad Impositiva Tributaria, caso contrario se constituirá una infracción administrativa, 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.

PROPUESTA LEGISLATIVA

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1. Fundamentos:

La corrupción al ser uno de los problemas principales que afecta al país, su sanción debe ser racional, y agregando diversos mecanismos para prevenirla y sancionarla, sin reiterarse en el Derecho Penal como el único medio de represión, teniéndose en cuenta que a pesar de las diversas modificaciones que se han realizado, la norma penal peruana no se exige un monto mínimo para la configuración típica del Delito de Peculado, que sancionen estas conductas de apropiación de bienes del patrimonio del Estado en el ámbito del Derecho Administrativo, aumentando en este sentido las investigaciones fiscales por sumas irrisorias.

La excesiva intervención del Derecho Penal en la vida social, es debido a que no solo el Derecho Penal debe intervenir en la protección de los bienes jurídicos, limitado al círculo de lo indispensable, sino que también corresponde a otras áreas del Derecho intervenir en estos casos concretos como es el caso del Derecho Administrativo Sancionador, por lo tanto, sólo debe darse la actuación del mismo cuando las demás áreas ya han emitido pronunciamiento, sobre todo ello en razón a las elevadas penas que impone la misma. La presencia de conflictos socialmente irrelevantes, cuya ilicitud no llega a poner en riesgo ningún bien jurídico, por lo cual no deja de ser un hecho contrario a la norma, pero tiene otras alternativas para su solución.

Tal es el caso de bienes celulares que son entregados a los funcionarios y/o servidores públicos con el fin de que sean utilizados para gestionar las “recargadas actividades” que realizan para velar por los intereses del Estado, los cuales deben ser entregados al final de su gestión, o mediante la apropiación de S/. 194.15 soles, supuestos que deben ser evaluados con los principios de mínima intervención, subsidiaridad y ultima ratio, para la

cual no se generen denuncias por Peculado, procesos que se inician careciendo de rentabilidad para el Estado (realizar pericias para demostrar el perjuicio patrimonial al Estado y la realización de las mismas audiencias) de sancionar un hecho que por su mínima cuantía no puede ser considerado delito y por tal ser perseguido penalmente por el Ministerio Público.

2. Efecto de la vigencia de la norma sobre la Legislación Nacional:

La norma propuesta crea un marco jurídico para que se establezca un lineamiento y a partir del mismo los hechos de peculado sean conocidos en la vía penal.

3. Análisis Costo-Beneficio:

Los costos de aprobación de esta iniciativa legislativa son mínimos frente a sus beneficios en materia de no perseguir hechos que generan gastos innecesarios al Estado, por su carácter de irrelevantes para el Derecho Penal.

4. Encárguese las competencias al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos:

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos se hará cargo de las competencias y funciones de la modificación del Código Penal.

Fórmula Legal

Texto del Proyecto

**LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL AL INCORPORAR UN
MONTA MÍNIMO PARA LA CONFIGURACIÓN TÍPICA DEL DELITO DE
PECULADO**

Artículo 1°: Objeto de la ley

La presente ley tiene como objeto modificar en parte el artículo 387° y 388° del Código Penal, referido al delito de peculado por apropiación, utilización y de uso.

Artículo 2°: Modificación del Artículo 387° del Código Penal

Modifíquese el artículo 387° primer párrafo del Código Penal en los siguientes términos:

Art. 387° del Código Penal:

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, **cuyo valor sea superior al veintiuno por ciento (21%) de la Unidad Impositiva Tributaria, caso contrario se constituirá una infracción administrativa,** 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.

Artículo 3°: Modificación del Artículo 388° del Código Penal

Modifíquese el artículo 388 primer párrafo del Código Penal en los siguientes términos:

Art. 388° del Código Penal:

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, **cuyo valor sea superior al veintiuno por ciento (21%) de la Unidad Impositiva Tributaria, caso contrario se constituirá una infracción administrativa,** 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.

Artículo 4°: Vigencia de la Ley

La presente Ley entra en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial "El Peruano".

BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO VASQUEZ, Manuel (2014). Dogmática Penal, Delitos Económicos y Delitos Contra la Administración Pública. Editorial GRIJLEY. Lima-Perú.
- ALCÓCER POVIS, Eduardo. [En Línea]. La Autoría y Participación en el Delito de Peculado comentarios a partir del Caso Montesinos- Bedoya. Artículo alojado en el Instituto de Ciencia Procesal Penal/incipp. Disponible en <<http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/peculadoalcocer.pdf>>.
- BARRIGA CORDERO, Diego [En Línea]. El Peculado. Departamento de Estudios Jurídicos y Cauciones de la Dirección Jurídica de la CGE. Disponible en <http://www.contraloria.gob.ec/cge_intranet/documentos/Peculado_Estudio.pdf>.
- BELLIDO CUTIZACA, Evelyn (2012). [En línea]. Los Principios del Derecho Penal. Artículo alojado en el Blog del Instituto de Investigaciones Jurídicas Rambell-Arequips-Perú. Disponible en <<http://institutorambell.blogspot.pe/2012/08/los-principios-del-derecho-penal.html>>
- BENAVENTE CHORRES, Hesbert. (2012). Delitos de Corrupción de Funcionarios. Editorial GACETA PENAL. Lima-Perú.
- CALDERON VALVERDE, Leonardo (2012). Delitos de Corrupción de Funcionarios. Editorial GACETA JURÍDICA. Lima- Perú.
- CALDERON VALDERDE, Leonardo (2017). El estado actual de la teoría de infracción al deber en los delitos contra la administración pública. Artículo alojado en la Gaceta Penal & Procesal Penal-TOMO 91-enero 2017. EDITORIAL Gaceta Jurídica S.A. Lima-Perú.

- CARO JOHN, José Antonio. [En Línea]. Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber. Artículo alojado en el Anuario de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad de Fribourg (Suiza). Disponible en < http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_06.pdf >.
- CERVANTES ANAYA, Dante (2013). Manual de Derecho Administrativo. Séptima Edición. Editorial RODHAS SAC. Lima-Perú. Pág. 231.
- CHAMBI ARI, Alcides Raúl (2013). Principios Rectores del Derecho Peruano. Editorial GRIJLEY E.I.R.L. Lima-Perú.
- CHIRINOS SOTO, Francisco (2008). Código Penal comentado, concordado, anotado, sumillado, jurisprudencia. Cuarta Edición. Editorial RODHAS SAC. Lima-Perú.
- CHIRINOS SOTO, Francisco (2014). Código Penal- comentado, concordado, anotado, sumillado, jurisprudencia, normas complementarias. Editorial RODHAS SAC. Primera Edición. Lima- Perú.
- DIAZ FUSTAMANTE, Alexander. La imputación objetiva en el delito de peculado. Artículo alojado en la Gaceta Penal. Tomo 74-agosto 2015. Editorial GACETA JURÍDICA S.A. Lima-Perú.
- FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. (2013) Delitos Contra la Administración Pública: Consideraciones Generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas. Artículo alojado en el libro Delitos Contra la Administración Pública. EDITORIAL MORENO S.A. Lima-Perú.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho Penal Parte General- Principios y categorías dogmáticas. Editorial IDEMSA. Primera Edición. Lima-Perú.

- FRINSANCHO APARICIO, Manuel y PEÑA CABRERA, Alonso Raúl (1999). Tratado de Derecho Penal Delitos Contra la Administración Pública. EDITORA "FECAT". Lima-Perú.
- FRISANCHO APARICIO, Manuel (2008). Delitos contra la Administración Pública. EDITORA FECAT. Segunda Edición. Lima-Perú.
- FRISANCHO APARICIO, Manuel (2011). Delitos Contra la Administración de Justicia. JURISTA EDITORES E.I.R.L. Lima-Perú.
- FRISANCHO APARICIO, Manuel (2017). Delitos Contra la Administración Pública. Legales Ediciones. Lima-Perú.
- GARCÍA CAVERO, Percy [En línea]. La pena del partícipe extraneus en los delitos especiales. Artículo alojado en el Anuario de Derecho Penal 2009- La reforma del Derecho Penal y del Derecho Procesal en el Perú. Disponible en < https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2009_05.pdf>.
- GUZMÁN NAPURÍ, Christian. (2004). La Administración Pública y el Procedimiento Administrativo General. Primera Edición. ARA Editores E.I.R.L. Lima-Perú.
- HUGO VIZCARDO, Silfredo Jorge (2016). El Delito de Peculado. Artículo alojado en la Gaceta Penal & Procesal Penal: Delitos Contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos. EDITORIAL Gaceta Jurídica S.A. Lima-Perú.
- IVANEGA, Miriam Mabel. (En línea). La responsabilidad de los Funcionarios Públicos. Artículo alojado en la Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en < http://www.economicas.unsa.edu.ar/web/archivo/otros/miriam_ivanegas.pdf >.

- JAKOBS, Günter y CANCIO MELIÁ, Manuel (2000). El Sistema Funcionalista del Derecho Penal. Editora Jurídica GRIJLEY E.I.R.L. Lima-Perú.
- KIERSZENBAUM, Mariano. El bien jurídico en el Derecho Penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual. Artículo alojado en la Revista Lecciones y Ensayos de la Universidad de Buenos Aires-Argentina. [En línea]. Disponible en <<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/86/07-ensayo-kierszenbaum.pdf>>
- LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro [En línea]. Los Principios del Procedimiento Administrativo. Disponible en <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache%3AKYN_ADqLAoIJ%3Ahttps%3A%2F%2Farchivos.juridicas.unam.mx%2Fwww%2Fbjv%2Flibros%2F4%2F1594%2F12.pdf%20&cd=27&hl=es-419&ct=clnk&gl=pe&client=firefox-b-ab>
- MIR PUIG, Santiago (2006). Estado, pena y delito. Editorial EUROS EDITORES S.R.L. Buenos Aires- Argentina.
- MORON URBINA, Juan Carlos (2013). Control Gubernamental y Responsabilidad de Funcionarios Públicos. Primera Edición. Gaceta Jurídica S.A. Lima-Perú.
- MORON URBINA, Juan Carlos (2015). Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Undécima Edición. GACETA JURÍDICA S.A. Lima-Perú.
- PARIONA ARANA, Raúl. [En Línea]. La teoría de los delitos de infracción de deber. Fundamentos y consecuencias. Disponible en <http://rpa.pe/media/boletines/4_RPA_Pariona_Abogados.pdf>.

- PARIONA ARANA, Raúl. La teoría de infracción de deber: fundamentos y consecuencias. Artículo alojado en el libro Delitos Contra la Administración Pública. Editorial IDEMSA. Lima-Perú.
- PÉREZ LÓPEZ, Jorge (2016). El Delito de Peculado. Artículo alojado en la Gaceta Penal & Procesal Penal: Delitos Contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos. EDITORIAL Gaceta Jurídica S.A. Lima-Perú.
- PORTOCARRERO HIDALGO, Juan (1966). Delitos contra la Administración Pública. EDITORIAL JURÍDICA PORTOCARRERO. Segunda Edición. Lima-Perú.
- REATEGUI SÁNCHEZ, James (2014). Delitos cometidos por Funcionarios en contra de la Administración Pública. JURISTA EDITORES E.I.R.L. Lima-Perú.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James (2015). Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal. JURISTA EDITORES. Lima-Perú.
- RODRIGUEZ VÁSQUEZ, Julio [En línea]. Caso Aliaga Jacinto locutor de servicios DEVIDA-Concepto de Funcionario Público. Artículo alojado en el Proyecto Anticorrupción IDEHPUCP. Disponible en <<http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/boletin-31-comentario-devida.pdf>>.
- ROJAS VARGAS, Fidel (2007). Delitos Contra la Administración Pública. EDITORA JURIDICA GRIJLEY. Cuarta Edición. Lima-Perú.
- ROJAS VARGAS, Fidel (2016). Manual Operativo de los Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos. Primera Edición. Editorial NOMOS & THESIS E.I.R.L. Lima-Perú.

- SALINAS SICCHA, Ramiro (2013). El Delito de Peculado en la Legislación, jurisprudencia y Doctrina Peruana. Artículo alojado en el libro Delitos Contra la Administración Pública. EDITORIAL MORENO S.A. Lima-Perú.
- SALINAS SICCHA, Ramiro (2016). El Delito de Peculado en la legislación, jurisprudencia y doctrina peruana. Artículo alojado en la Gaceta Penal & Procesal Penal: Delitos Contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos. EDITORIAL Gaceta Jurídica S.A. Lima-Perú.
- SALINAS SICCHA, Ramiro. [En Línea]. Delitos Contra la Administración Pública: La Teoría de Infracción de Deber en la jurisprudencia peruana. Disponible en http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3036_2._int._d._adm._publica.pdf.
- SÁNCHEZ HERRERA, Esquio Manuel (2012). Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario. Tercera Edición. Ediciones NUEVA JURÍDICA. Bogotá-Colombia.
- TORRES, Ariel Hernán. La Operatividad del Principio de Lesividad desde un Enfoque Constitucional. Artículo alojado en la Revista Pensamiento Penal-Argentina. [En línea]. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/08/doctrina41645.pdf>
- URQUIZO OLAECHEA, José (1998). El bien jurídico. Artículo alojado en la Revista Cathedra- Espíritu del Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos-Perú. [En línea]. Disponible en http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/publicaciones/cathedra/1998_n3/el_bi_jur.htm

- URQUIZO OLAECHEA, José (2010). [En línea]. Necesidad de limitar la intervención penal. Artículo alojado en la Revista Institucional N° 9 Tomo II - Artículos sobre Derecho Penal y Procesal Penal Academia de la Magistratura del Perú. Editorial Súper Gráfica E.I.R.L. Disponible en <http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/revistas_institu/revista9_tomo2.pdf>
- VALDIVIA MORON, José. [En línea] Los empleados de confianza en la Administración Pública Peruana. Artículo alojado en la revista Gestión Pública y Desarrollo-agosto del 2012. Disponible en <[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/8224F4A8FA6EA90605257E2F0063620D/\\$FILE/revges_1601.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/8224F4A8FA6EA90605257E2F0063620D/$FILE/revges_1601.pdf)>.
- VILLA STEIN, Javier [En línea]. El funcionalismo en el Derecho Penal peruano. Apreciaciones, teorías y práctica. Disponible en <<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1eda88804595739095d7d77db27bf086/02.+Jueces+-+Javier+Villa+Stein.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=1eda88804595739095d7d77db27bf086>>.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe (2006). Derecho Penal. Parte General. Editora Jurídica Grigley. Lima-Perú.
- VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander (2016). El delito de peculado de uso. Artículo alojado en la Gaceta Jurídica- Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos. Primera Edición. Editorial GACETA JURIDICA S.A. Lima-Perú.

ANEXOS

ANEXO N° 01

ANEXO N° 02

**FICHA DE ENCUESTA
DIRIGIDA A LOS PROFESIONALES
SOBRE LA PERSECUCIÓN PENAL POR EL DELITO DE PECULADO
CUANDO NO SOBREPASAN UN MONTO MÍNIMO**

INSTRUCCIONES

La encuesta es totalmente anónima. Se pretende investigar la persecución penal por el delito de peculado cuando no sobrepasan un monto mínimo para configurarse como tal.

Por favor, responda con precisión.

Fecha: __/__/__

1.- Ocupación:

- a) Abogado independiente
- b) Fiscal Especializado en Delitos de Corrupción
- c) Personal de la Procuraduría Especializada en Delitos de Corrupción
- d) Asistente

2.- ¿Ha conocido o tramitado casos sobre el delito de Peculado por montos mínimos?

- a) Si
- b) No

3.-Es adecuada la regulación del Art. 387° y 388° del Código Penal, al no señalar el monto mínimo de lo apropiado y utilizado para la configuración del Delito de Peculado.

- a) Totalmente de acuerdo.
- b) De acuerdo.
- c) No sabría precisar.
- d) En desacuerdo.
- e) Totalmente en desacuerdo.

4.- Perseguir penalmente el delito de peculado que no sobrepasen montos mínimos (21 % de la UIT), por ejemplo, que referidos montos no sobrepasen S/. 850.50 soles; atendería contra los principios de mínima intervención, subsidiariedad y ultima ratio.

- a) Totalmente en desacuerdo.
- b) En desacuerdo.
- c) No sabría precisar.
- d) De acuerdo.
- e) Totalmente de acuerdo.

5.- Las sanciones para el delito de Peculado de menor cuantía (21 % de la UIT), por ejemplo, que referidos montos no sobrepasen S/. 850.50 soles; debería recaer en el Derecho Penal.

- a) Totalmente de acuerdo.
- b) De acuerdo.
- c) No sabría precisar.
- d) En desacuerdo.
- e) Totalmente en desacuerdo.

6.- La vía administrativa es la solución más idónea para conocer los casos de Peculado de menor cuantía (21 % de la UIT), por ejemplo, que referidos montos no sobrepasen S/. 850.50 soles.

- a) Totalmente en desacuerdo.
- b) En desacuerdo.
- c) No sabría precisar.
- d) De acuerdo.
- e) Totalmente de acuerdo.

7.- El investigar casos de peculado por cuantías mínimas (21 % de la UIT), por ejemplo, que referidos montos no sobrepasen S/. 850.50 soles; genera gastos innecesarios al Estado, afectando el principio de economía procesal.

- a) Totalmente de acuerdo.
- b) De acuerdo.
- c) No sabría precisar.
- d) En desacuerdo.
- e) Totalmente en desacuerdo.

8.- Se lesiona el bien jurídico del Delito de Peculado, cuando los funcionarios y/o servidores públicos se apropian de caudales o efectos cuyos montos son ínfimos (21 % de la UIT) por ejemplo, que referidos montos no sobrepasen S/. 850.50 soles.

- a) Totalmente en desacuerdo.
- b) En desacuerdo.
- c) No sabría precisar.
- d) De acuerdo.
- e) Totalmente de acuerdo.

9.- Se vulneraría la naturaleza del bien jurídico del Delito de Peculado, si se estableciera un monto mínimo (21 % de la UIT), por ejemplo, que referidos montos no sobrepasen S/. 850.50 soles para calificarlo como tal.

- a) Totalmente en desacuerdo.
- b) En desacuerdo.
- c) No sabría precisar.
- d) De acuerdo.
- e) Totalmente de acuerdo.

10.- Si se estableciera un monto mínimo (21 % de la UIT), por ejemplo, que referidos montos no sobrepasen S/. 850.50 soles; para calificar el delito de Peculado; disminuiría la carga procesal en los despachos especializados en Delitos de Corrupción.

- a) Totalmente de acuerdo.
- b) De acuerdo.
- c) No sabría precisar.
- d) En desacuerdo.
- e) Totalmente en desacuerdo.

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

ANEXO N°03

MATRIZ GENERAL DEL PROYECTO

PREGUNTAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES
<p>Principal ¿La persecución penal por el delito de peculado cuando se trate de montos mínimos, no determinado, para este tipo de delitos por el Código Penal atentaría contra los principios de lesividad, mínima intervención, subsidiariedad y ultima ratio del Derecho Penal?</p>	<p>General Determinar si la persecución penal por el delito de peculado cuando se trate de montos mínimos, no determinado, para este tipo de delitos por el Código Penal atentaría contra los principios de lesividad, mínima intervención, subsidiariedad y ultima ratio del Derecho Penal.</p>	<p>General La persecución penal por el delito de peculado cuando se trate de montos mínimos, no determinado, para este tipo de delitos por el Código Penal atentaría contra los principios de lesividad, mínima intervención, subsidiariedad y ultima ratio del Derecho Penal, al ser considerados estos montos como irrisorios y que solo generan gastos innecesarios al Estado.</p>	<p>VARIABLE INDEPENDIENTE Persecución Penal de montos mínimos para la configuración del Delito de Peculado.</p> <p>VARIABLE DEPENDIENTE Atenta contra la lesividad, mínima intervención, subsidiariedad y ultima ratio del Derecho Penal.</p>
<p>Sub preguntas (secundarias) ¿Es necesario que las sanciones para el delito de peculado de menor cuantía recaigan en el Derecho Penal?</p>	<p>Específicos Establecer si es necesario que las sanciones para el delito de peculado de menor cuantía recaigan en el Derecho Penal.</p>	<p>Específicas No es necesario que las sanciones para el delito de peculado de menor cuantía recaigan en el Derecho Penal, puesto que puede ser resuelto a través de la vía Administrativa.</p>	<p>VI: Sanciones para el Delito de Peculado de menor cuantía.</p> <p>VD: Derecho Penal.</p>
<p>¿El sancionar un delito de peculado de mínima cuantía afecta el principio de economía procesal?</p>	<p>Especificar si sancionar un delito de peculado con una mínima cuantía afecta el principio de economía procesal.</p>	<p>Sancionar un delito de peculado con una mínima cuantía afecta el principio de economía procesal, porque al procesarse a funcionarios y/o servidores públicos por estos casos generan gastos insulsos al Estado.</p>	<p>VI: Sanciones para el Delito de Peculado de menor cuantía.</p> <p>VD: Principio de Economía procesal.</p>
<p>¿Se vulneraría la naturaleza del bien jurídico del delito de peculado y el principio de lesividad al incorporar una cuantía mínima para calificarlo como tal?</p>	<p>Precisar si se vulneraría la naturaleza del bien jurídico del delito de peculado y el principio de lesividad al incorporar una cuantía mínima para calificarlo como tal.</p>	<p>No se vulneraría la naturaleza del bien jurídico del delito de peculado y el principio de lesividad al incorporar una cuantía mínima para calificarlo como tal, al no ser los casos irrelevantes debido a su cuantía ínfima, y sólo cabría sancionarlos administrativamente.</p>	<p>VI: Bien jurídico del delito de peculado y el principio de lesividad.</p> <p>VD: Mínima cuantía.</p>