



Universidad
Señor de Sipán

FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

TESIS

**APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE ULTIMA RATIO Y
LA EXIGENCIA DE UN MONTO MÍNIMO EN LOS
ARTÍCULOS 387 Y 388 DEL CÓDIGO PENAL**

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

Autor:

Bach. Galvez Gonzales, Oscar Pool

<https://orcid.org/0000-0002-8349-0476>

Asesor:

Dr. Gonzales Herrera, Jesús Manuel

<https://orcid.org/0000-0002-8587-9741>

Línea de Investigación:

Ciencias Jurídicas

Pimentel – Perú

2022

**APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE ULTIMA RATIO Y LA EXIGENCIA DE UN
MONTO MÍNIMO EN LOS ARTÍCULOS 387 Y 388 DEL CÓDIGO PENAL**

Aprobación de jurado:

MG. CABRERA LEONARDINI DANIEL GUILLERMO
Presidente del jurado de tesis

MG. DELGADO FERNANDEZ ROSA ELIZABETH
Secretaria del jurado de tesis

MG. RODAS QUINTANA CARLOS ANDREE
Vocal del jurado de tesis



DECLARACIÓN JURADA DE ORIGINALIDAD

Quien suscribe la DECLARACIÓN JURADA, es OSCAR POOL GALVEZ GONZALES, soy bachiller de la Escuela Profesional de Derecho de la facultad de Derecho y Humanidades de la Universidad Señor de Sipán S.A.C, declaro bajo juramento que soy autor del trabajo titulado:

APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE ULTIMA RATIO Y LA EXIGENCIA DE UN MONTO MÍNIMO EN LOS ARTÍCULOS 387 Y 388 DEL CÓDIGO PENAL

El texto de mi trabajo de investigación responde y respeta lo indicado en el Código de Ética del Comité Institucional de Ética para la Investigación de la Universidad Señor de Sipán (CIEI USS) conforme a los principios y lineamientos detallados en dicho documento, en relación a las citas y referencias bibliográficas, respetando al derecho de propiedad intelectual, por lo cual informo que la investigación cumple con ser inédito, original y autentico.

En virtud de lo antes mencionado, firma:

NOMBRES:	DNI:	FIRMA:
OSCAR POOL GALVEZ GONZALES	71574173	

Pimentel, 25 de enero 2023.

Dedicatoria

Esta investigación está dedicada a mis padres Oscar y María, a mis hermanas Cotty y Lady quienes me han brindado su apoyo incondicional.

Agradecimiento

A Dios, y a la casa de estudios que me encamino en esta profesión la “Universidad Señor de Sipán”

RESUMEN

Uno de los problemas que involucran a funcionarios y servidores públicos es el delito de peculado, en donde se a podido determina que el incremento de penas no resultaría ser efectivo y así dotar de eficacia a nuestro ordenamiento jurídico para sancionar a los responsables, de tal forma que se evite impunidad, pues ante el problema como objetivo general requiere determinar si se debe aplica el principio de ultima ratio y la exigencia de un monto mínimo en los artículos 387 y 388 del Código Penal, esto se aplica con una metodología de tipo cuantitativa y un diseño no experimental, generando como técnica la encuesta y como instrumentos el cuestionado, pues ante la aplicación de estos medios se a llegando a concluir que se ha logrado determinar que si es aplicable el principio de ultima ratio a través de una correcta exigencia de un monto mínimo ante lo establecido en los artículos 387 y 388 del actual código penal, ya que a través de ello se lograra evitar una sobre criminalización de los actos realizados por funcionarios públicos, teniendo en cuenta una perspectiva frente al delito de peculado doloso y culposo.

Palabras Clave: Principio de ultima ratio, peculado, código penal, monto mínimo

ABSTRACT

One of the problems that involve public officials and servants is the crime of embezzlement, where it has been determined that the increase in penalties would not be effective and thus make our legal system effective to punish those responsible, in such a way that impunity is avoided, since in view of the problem as a general objective it is necessary to determine whether the principle of ultima ratio should be applied and the requirement of a minimum amount in articles 387 and 388 of the Penal Code, this is applied with a methodology of a quantitative and a non-experimental design, generating the survey as a technique and the questioned instrument as instruments, because before the application of these means, it has been concluded that it has been possible to determine that if the last ratio principle is applicable through a correct requirement of a minimum amount in view of the provisions of articles 387 and 388 of the current penal code, since through this it will be possible to avoid an over criminalization of the acts carried out by public officials, taking into account a perspective on the crime of willful and culpable embezzlement.

Keywords: *Ultima ratio principle, embezzlement, penal code, minimum amount*

Contenido

DEDICATORIA	IV
AGRADECIMIENTO	V
RESUMEN	VI
ABSTRACT.....	VII
INDICE DE TABLAS.....	IX
INDICE DE FIGURAS	X
1.INTRODUCCION	11
1.1.Realidad problemática.....	12
1.1.1.Internacional	12
1.1.2.Nacional	13
1.1.3.Local	15
1.2.Antecedentes de estudio.....	16
1.2.1.Internacional	16
1.2.2.Nacional	18
1.2.3.Local	19
1.3.Abordaje Teórico	20
1.3.1.Análisis a la Doctrina.....	20
1.3.2.Análisis a la Legislación	44
1.3.3.Análisis a la Jurisprudencia.....	57
1.4.Formulación del problema	59
1.5.Justificación e importancia	59
1.6.Hipótesis	61
1.7.Objetivos	62
1.7.1.General	62
1.7.2.Específicos	62
II.MATERIAL Y METODO	62
2.1.Tipo y diseño de investigación.....	62
2.2.Variables	63
2.3.Población y muestra.....	65
2.4.Técnicas e Instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad.....	66
2.5.Procedimientos de análisis de datos.....	68
2.6.Criterios éticos.....	68

2.7. Criterios de Rigor Científico:	69
III. RESULTADOS.....	70
3.1. Resultados en tablas y figuras	70
3.2. Discusión de resultados	80
3.3. Aporte práctico	84
IV, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	89
4.1. CONCLUSIONES	89
4.2. RECOMENDACIONES	91
REFERENCIAS.....	92
ANEXOS.....	95
ANEXO 1.....	95

INDICE DE TABLAS

Tabla 1 Operacionalización de variables.....	63
Tabla 2 Datos de los informantes según el cargo que desempeñan	65
Tabla 3 Principio de ultima ratio.....	70
Tabla 4 Delito de peculado.....	71
Tabla 5 Artículo 387 y 388 del Código penal.....	72
Tabla 6 Hechos realizados por funcionarios.....	73
Tabla 7 Sanción penal.....	74
Tabla 8 Sanción administrativa.....	75
Tabla 9 Sanción penal y delito de peculado	76
Tabla 10 Monto o cuantía del delito	77
Tabla 11 Análisis del delito de peculado	78
Tabla 12 Sanción penal o Sanción administrativa.....	79

INDICE DE FIGURAS

Figura 1 Principio de ultima ratio.	70
Figura 2. Delito de peculado	71
Figura 3 Artículo 387 y 388 del Código penal.....	72
Figura 4 Hechos realizados por funcionarios.	73
Figura 5 Sanción penal.....	74
Figura 6 Sanción administrativa.	75
Figura 7 Sanción penal y el delito de peculado.	76
Figura 8 Monto o cuantía del delito.	77
Figura 9 Análisis del delito de peculado.	78
Figura 10 Sanción penal o Sanción administrativa.....	79

1. INTRODUCCION

Históricamente se decía que el delito de peculado o el *peculatus* en el derecho romano consistía en una forma agravada de hurto; se denominaba “*furtum publicae pecuniae*, el cual se atribuía con el hurto de bienes pertenecientes a los dioses (*pecunia sacra*).

En la actualidad se establece que el bien jurídico-penal protegido en el delito de peculado doloso o culposo, es el normal desenvolvimiento de propiedad en su apariencia estatal. El proceder 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 al previsto desde un comienzo. El bien jurídico protegido por este delito es “el correcto funcionamiento de la administración pública”. El comportamiento típico criminalizado mediante el delito de peculado es el hecho de dar al dinero o bienes que administra, una aplicación diferente de aquella a los que fueron destinados, afectando el servicio o la función encomendada.

El ilícito está contenido en el art. 387 del Código Penal regula dos figuras delictuales: el peculado doloso por apropiación y el peculado culposo. El delito de peculado sufrió diferentes modificaciones hasta antes del 2016 y con el D. Leg. N.º 1243, publicado en el 2016, se implementaron dos parámetros más a este ilícito penal, el cual refiere a dos penas accesorias a la pena principal: la primera con la inhabilitación y la segunda con la aplicación de días multa.

Las reformas y modificaciones que sufrió el delito de peculado se inclinan netamente a la carga procesal o la sobre criminalización y, a su vez, a un cambio en su naturaleza jurídica, la cual, como sostienen Hugo Álvarez y Huarcaya, se decanta sobre una de contenido patrimonial.

1.1. Realidad problemática

1.1.1. Internacional

La palabra "peculado" proviene de dos palabras latinas: pecus, que significa ganado, y latus, que significa robo. Etimológicamente, el significado del término es "robo de ganado". En ese contexto, Abuso considera que se tipifica el delito de peculado cuando un servidor público sustrae de los fondos u objetos que ha manejado, recaudado o mantenido en sus manos en virtud de su cargo. El contenido injusto de este delito doloso lo crea así la apropiación de bienes ajenos de carácter público que el escritor comete en beneficio propio. En ese sentido, para el jurista argentino, el delito de peculado en este caso será una consecuencia, pues la norma en cuestión exige una efectiva depreciación de los bienes públicos. De igual forma, este delito presenta otra moda definida de la siguiente manera:

Cuando un funcionario público utilice actividades o servicios pagados por la propia empresa, no basta establecer la improcedencia de este delito para exigir la realización de la actividad para sustraer objetos o bienes protegidos por este inciso. La capacidad de aceptar la violencia con resignación es impredecible¹.

Ahora, Salinas Siccha (2013) define al delito de peculado doloso de la siguiente manera:

Es el hecho punible que se configura cuando el funcionario o servidor público en su beneficio personal o para beneficio de otro, se apropia o utiliza en cualquier forma, caudales o efectos públicos cuya percepción, administración o custodia le estén confiadas por razones de cargo que desempeña al interior de la administración pública. El delito de peculado es cuando un funcionario o servidor público infrinja, permita, tolere o haga perder a un tercero los instrumentos o la influencia que le han sido encomendados para la administración o cargo público sin su culpa.

1.1.2. Nacional

Con motivo de la emergencia sanitaria producida por el COVID-19, se han presentado investigaciones que involucran a funcionarios y servidores públicos. Por ello, mediante la Ley N. 31178, nuestro legislador no solo ha incorporado circunstancias agravantes adicionales a las ya existentes, sino también ha modificado el margen punitivo para delitos como el peculado doloso, estableciendo penas con juntas privativas de libertad, pena de multa e inhabilitación, esta última de manera permanente o "perpetua". Al respecto, se puede afirmar que el incremento de penas no resultaría ser efectivo y cuestiona que no se hayan incorporado mecanismos legales de carácter administrativo y procesal penal que permitan facilitar la resolución de estos casos de manera oportuna.

El objetivo de la Ley N.º 31178 es incorporar circunstancias agravantes para algunos delitos del Código Penal, en razón a los delitos perpetrados por servidores o funcionarios públicos registrados durante la emergencia sanitaria producida por la pandemia de COVID-19. La agravante introducida en el delito de peculado cuyo tipo base la encontramos en el primer párrafo del art. 387 del CP es que se cometa el delito durante calamidad pública o emergencia sanitaria o cuando se comete el delito y este compromete a la defensa, seguridad y soberanía nacional.

En la primera parte del presente artículo, la atención se fija en analizar si estas incorporaciones legislativas eran necesarias para contrarrestar los nuevos escenarios en los que se presenta el delito de peculado (la emergencia sanitaria, por ejemplo) y así dotar de eficacia a nuestro ordenamiento jurídico para sancionar a los responsables, de tal forma que se evite impunidad.

También debemos analizar si el incremento de penas que conllevan estas nuevas agravantes permitirá una disminución de esos delitos, es decir, si las agravantes realmente resultan ser

disuasivas, porque, a diferencia de las tipificaciones delictivas por delitos comunes, en el peculado los actores son personas con una condición especial, es decir, personas calificadas para tener el cargo de funcionario o servidor público. La segunda parte del presente artículo se refiere a las penas limitativas de derechos, específicamente la de inhabilitación, cuya duración, por estas circunstancias agravantes incorporadas y por las que ya existían, se ha previsto modificar. La inhabilitación sería ahora de forma perpetua, entonces, viene a colación recordar algunos antecedentes de las penas perpetuas, ya que este tipo de penas se retiraron del sistema con la vigencia del Código Penal de 1991, precisamente porque se cuestionaba su fin resocializador. Sin embargo, ahora nuevamente se está recurriendo a ellas. Al respecto, consideramos que, en general, el incremento de penas, sea privativas de libertad o de inhabilitación, no es un factor que pueda disuadir la comisión del tipo de delitos como el que nos ocupa, muestra de ello son las modificaciones legales anteriores, como la Ley N.º 30076, para combatir la inseguridad ciudadana.

La división entre delitos comunes y especiales surge a partir de la noción de que la autoría de ciertos delitos no puede ser atribuida a cualquier persona, sino que esta tiene que cumplir con ciertas cualidades físicas o jurídicas contenidas en los tipos penales.

La doctrina tradicional ha clasificado a los delitos especiales en “propios” e “impropios”. Los primeros en los que la calidad especial del autor (funcionario público) fundamenta la responsabilidad penal; por tanto, no existe un tipo penal común similar que pueda sancionar al autor. En los segundos, la calidad especial del autor solo es un elemento adicional que, en la mayoría de los casos, agrava la responsabilidad penal ya existente en un delito común similar (Chanjan, 2014).

Con relación a ello, Chanjan Documet (2014) afirma:

A nuestro juicio, esta diferenciación entre delitos especiales “propios” e “impropios” no es acertada en el ámbito de los delitos contra la administración pública, puesto que creemos que todos estos delitos especiales son autónomos y “propios”. A nuestro juicio, los denominados “delitos especiales ilícitos” no son tipos delictivos enteramente graves o graves, sino delitos autónomos relacionados con el ámbito de responsabilidad del sujeto activo.

Por ende, el delito de peculado, para la doctrina tradicional, es un delito especial que recae sobre la cualidad de su autor, es decir, un funcionario público que ostenta un dominio sobre la situación de vulnerabilidad del patrimonio público que tiene la función de gestionar.

1.1.3. Local

El funcionario o servidor público para llevar a cabo los traslados asignados, ya sea al interior o exterior del país, requiere que sus necesidades sean cubiertas por su empleador. Estas necesidades alimentación, hospedaje, movilidad, etc. son cubiertas por los viáticos asignados a funcionarios o servidores públicos, para una finalidad específica. Por ello, en ninguna circunstancia se podría contemplar, por ejemplo, la diversión o el consumo de alcohol como una necesidad, pues estos no tienen nada que ver con el objeto del traslado del empleado, que puede ser recibir una capacitación, brindar está a otros empleados que se encuentran en otra sede laboral (en la misma ciudad o en otra), supervisar o asistir a reuniones de trabajo.

Lo cierto es que con la asignación de viáticos muchos funcionarios o servidores públicos han incrementado su patrimonio ilícitamente, mediante, por ejemplo, la inflación de gastos (el caso más resaltante fue el del congresista que pagó un monto excesivo, en comparación al precio del mercado, por los pollos a la brasa que consumió, en reiteradas ocasiones); la adulteración de boletas colocando cifras mayores a las consignadas originalmente, con la finalidad de que se aparente que los gastos fueron superiores a los que realmente se realizaron, el agente cree que estas

nunca serán corroboradas; la no presentación de comprobantes de pago, porque no se llegó a consumir algún producto, o porque el funcionario o empleado público no concurrió a la actividad a la cual estaba asignado (RPP, 2011).

Todos estos casos han generado procesos penales. En algunos casos se han sentenciado a los autores por los delitos de peculado y falsificación de documentos; mientras que en otros se han absuelto a los autores, lo que produjo impredecibilidad en la jurisprudencia. Por ello, los jueces supremos llamaron a un acuerdo plenario, el AP N.º 7-2019, el cual desarrolló la doctrina legal respecto a este tema tan controversial.

Consideramos que la conclusión a la que arribó el AP N.º 7-2019 resulta ser positiva, porque la estructura jurídica del delito de peculado exige que el funcionario o servidor se apropie o utilice los caudales o efectos pertenecientes al patrimonio del Estado, los cuales deben encontrarse bajo su administración, percepción o custodia. Entonces, la pregunta que nos realizamos es la siguiente: ¿es válido considerar que el agente a quien se le autorizó la entrega de viáticos tendría el deber de administración o custodia de estos? Esta problemática se resolverá a lo largo del texto, para ello tomaremos en cuenta el principio de mínima intervención y el carácter fragmentario del derecho penal.

1.2. Antecedentes de estudio

1.2.1. Internacional

Paredes (2019), en su tesis sustentada, El delito de peculado en el Ecuador, en la Universidad Andina Simón Bolívar, señala que el delito de peculado atenta, perjudica o ataca toda esencia del estado, puede ser tanto desde una apropiación de fondos que se encuentra destinados a una protección tanto individual o social, en el cual puede atentar con el presupuesto destinado para la salud, educación y entre otros aspectos que sustenten y ayuden al desarrollo de la sociedad.

Santamaría (2019), en su investigación determinada, El poder punitivo del estado y la proporcionalidad de la pena para el delito de peculado, en la Universidad Técnica de abanto, el cual concluye que el estado tiene un gran poder punitivo frente a los actos delictivos, sin embargo, la gran mayoría de juristas no están de acuerdo el cómo ejerce este poder, ya que es evidente que siempre lo aplican de acuerdo a los intereses del gobierno que se encuentra de turno. Es por ello que se ha tomado como ejemplo el expediente contra ODEBRECHT, en el cual involucra del delito de peculado.

Camargo (2017), en su tesis titulada, ¿El Peculado Culposo como Tipo Penal en Colombia Desborda los Límites del Ius Puniendi?, en la Universidad Santo Tomas, el cual determina que dentro del estado peruano la dignidad humana es considerado uno de los derechos fundamentales, El principio básico de estos límites es la dignidad humana, condición que se considera un derecho fundamental como derecho interno de la existencia humana, no solo desde nuestra Carta Magna, sino también desde otras leyes y tratados internacionales. Para el legislador, esto no fue suficiente para sancionar la práctica, sino que fue una violación a la dignidad humana a través del castigo de carácter laboral y patriótico, que incrementó sus consecuencias en la naturaleza y proporción del hecho delictivo frente a los supuestos actos de peculado.

Romero (2017), en su investigación titulada, Peculado desde la acción penal y la acción fiscal: estudio de caso Andrés Felipe Arias Leiva, en la Universidad La gran Colombia, el cual nos permitió concluir que a partir del caso de estudio, la identificación plena entre proceso penal y proceso financiero es crucial, como lo es el mismo acto punitivo: la celebración de convenios especiales de cooperación con el Instituto Interamericano en 2007, de hecho, estamos en un sistema legal que permite que la administración no imponga una carga adicional, mientras que los ciudadanos se ven obligados a llevar la carga que maneja la administración de justicia.

1.2.2. Nacional

Huaynarupay y Landeo (2020), en su investigación titulada, La aplicación del principio de mínima intervención en el delito de peculado de uso de ínfima cuantía en los juzgados y fiscalías penales de Huancayo, 2015-2016, en la Universidad Peruana de los Andes, el cual concluye que A través del análisis realizado se puede demostrar que el delito de peculado se realiza en base a la existencia de la comisión o abuso de ejercicio de la función pública, teniendo en cuenta que atenta contra el patrimonio estatal el cual ha sido encomendado ante el funcionario público, así mismo es importante reconocer que no toda acción o lesión, puede generar que se active o se investigue desde un sistema penal, es por ello que se demuestra que es de vital importancia que se investigue cuando los hechos son sumamente reprochables.

Del castillo (2019), en su investigación, Parámetros mínimos de cuantificación del perjuicio como elemento objetivo del tipo penal de peculado en el Perú, en la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, determinando que dentro de la legislación peruana la ausencia de adecuados parámetros para la correcta cuantificación mínima del perjuicio ocasionado por el delito de peculado atenta y perjudica directamente los intereses de la administración pública, es por ello la gran importancia de una adecuada determinación de los hecho, ya que toda acción no debería ser perseguido o investigado por la vía penal sino deberá ser por otras vías jurídicas.

Abril (2018), en su investigación sustentada, Trascendencia de la cuantía en el delito de peculado y su incidencia en el principio de mínima intervención, presentada en la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, el cual hace mención que existe una pequeña relación entre las dos figuras jurídicas las cuales son el derecho penal y constitucional, las cuales ambas obedecen o están de la mano con la vinculación de principios, prerrogativas y límites, es por ello que el principio de mínima intervención entra a actuar frente a problemas sociales que se considera que

no pueden ser solucionados por el ordenamiento jurídico, es por ello que es necesario demostrar que los actos realizados y sean considerados de mayor trascendencias que afecte los bienes jurídicos, deberán ser sancionados por el derecho penal.

Díaz (2017), en su investigación, La imputación en el delito peculado, presenta en la Universidad de Piura, la cual demuestra que el delito de peculado es considerado un delito especial que se encuentra estipulado formalmente en el Art. 387 del actual Código Penal, el cual sanciona o restringe toda acción de un servidor o funcionario público que puede cumplir con el cargo de percibir o custodiar patrimonios en todos los aspectos que están bajo su cargo. Es un delito incumplir una obligación, ya que la base de la responsabilidad penal como delito no domina el riesgo general, sino más bien el incumplimiento de un deber garantizado institucionalmente.

1.2.3. Local

Cajo (2021), en su tesis, La eficacia del tipo penal de peculado para la determinación proporcional de la pena por la participación del extraneus, en la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, el cual nos permitió concluir que cuando se nos pregunta sobre la naturaleza del peculado, podemos decir que es un instrumento legal que describe un acto o error que es considerado punible por autoridades o funcionarios públicos, por lo que el objeto de su estudio es la promulgación de leyes y reglamentos. Establecido por el legislador, dado el nivel de involucramiento de las partes involucradas en el Código Penal, su concepto puede ser implementado de acuerdo con los criterios de interpretación de los abogados y así aplicar una sanción proporcionada a ambos que son cómplices del delito de peculado.

Herna y Vasquez (2020), en su tesis sustentada como Nivel de Influencia del Principio de Probidad Contra el Delito de Peculado Doloso y Culposo, el cual nos permite señalar que uno de los resultados de la investigación fue que el 65% de los encuestados mencionaron que el principio

de probidad influye directamente en el delito de peculado tanto doloso y culposo; es por ello que se advierte a los jueces que ser rijan por el principio de autenticidad de las características de honestidad e integridad que todo funcionario debe conocer y practicar en la sentencia contra el imputado de delito peculado, al mismo tiempo, asocia estas características con todos los elementos del tipo de delito, especialmente la decencia y el uso; No absolver por falta de pruebas sobre los elementos constitutivos de un delito.

Aquino (2018), en su tesis titulada, Reglas de política criminal para combatir la corrupción pública en el Perú, en la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, el cual concluye que el uso de políticas penales no solo es necesario para reducir el delito de actividad, también se refiere a un proceso judicial donde, en última instancia, se pueden utilizar las salvaguardas necesarias para controlar el daño causado por los hechos delictivos (peculado). No en reglas o acciones simples, sino como un grupo que se hace correctamente y sin oposición.

Jiménez y Varillas (2018), en su investigación titulada, principio de oportunidad para los funcionarios públicos en el delito de peculado culposo, fue presentada en la Universidad Señor de Sipán, el cual concluye que a través de la investigación se ha logrado demostrar que uno de los factores influyentes por el cual puede ser aplicable el principio de oportunidad frente a las actuaciones de un funcionario público, en cuando incurren en el delito de peculado culposo el cual señala que debe acarrear una pena de 2 años de pena privativa de libertad, sin embargo la figura fuera distinta y no podría ser aplicable este principio de oportunidad cuando el peculado ha sido doloso.

1.3. Abordaje Teórico

1.3.1. Análisis a la Doctrina

1.3.1.1. La estructura jurídica actual del delito de peculado doloso

Como fuente jurídica tenemos que el delito de peculado ya se encontraba regulado en el Código Penal de 1991; sin embargo, dicha figura delictiva ha sido modificada hasta en cuatro oportunidades. La primera modificación se hizo mediante la Ley N.º 26198, de 13 de junio de 1993. El delito de peculado doloso se tipificaba así:

En todo caso, el funcionario o servidor público que se apoderare o abusase de corrientes o influencias sobre sí mismo o sobre otra persona, será reprimido con pena privativa de libertad. Si los fondos o impactos están destinados a beneficios sociales o programas de apoyo social, esto agrava la situación. En estos casos, la pena no será menor de cuatro años ni mayor de diez años.

Con la segunda modificación, efectuada por la Ley N.º 29703, de 10 de junio del 2011, el peculado doloso quedó redactado de la siguiente manera:

El funcionario o servidor público o un tercero que se apodere o utilice o de otra forma se apodere o utilice fondos, será sancionado con pena privativa de libertad no menos de 4 años ni más de 8 años.

En los supuestos en los que el valor de los incautados o utilizados exceda de 10 unidades tributarias, se le reprimirá con pena privativa de libertad no menos de 8 años ni más de 12 años.

La pena de prisión no será menor de ocho años ni mayor de doce años, si los medios o efectos, cualquiera que sea su valor, se destinan a fines sociales o a programas de asistencia social.

La tercera modificación, hecha mediante la Ley N.º 29758, de 21 de julio del 2011, indicaba:

El funcionario o servidor público que se apodere o utilice dinero o ejerza alguna influencia sobre sí mismo o sobre otro, se le reprimirá con pena privativa de libertad no menos de 4 años ni más de 8 años.

Cuando el valor de los incautados o utilizados exceda de diez unidades tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad menor de ocho años o mayor de doce años.

Si los fondos o impactos están destinados a beneficios sociales o programas de apoyo social, esto agrava la situación. En estos casos, la pena no podrá exceder de ocho o doce años.

La cuarta modificación, que es precisamente materia de nuestro estudio, se efectuó mediante la Ley N.º 31178, de 28 de abril del 2021. El tipo penal refiere lo siguiente:

El funcionario o servidor público que tenga o utilice influencias de cualquier manera para su persona u otra, se le reprimirá con pena privativa de libertad menor de cuatro meses con la definición, administración o arresto que le correspondan para su cargo. En los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, una persona será inhabilitada por un período de 5 a 20 años y multada en la cantidad de 180 días a 365 días multa. La pena es la de prisión no menos de 8 años ni más de 15 años; Los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36 prevén cualquiera de los siguientes casos:

1. El agente actúa como miembro de una organización criminal, como persona asociada o trabajando para ella.
2. Los caudales o impactos sean a programas con fines asistenciales o programas de apoyo social, inclusión o desarrollo.
3. El agente se aprovecha de una situación de desastre natural o emergencia sanitaria, o comete un delito contra la defensa nacional, la seguridad nacional o la soberanía.
4. El valor de lo que se ocupa o utiliza supera las diez unidades económicas.

Conforme a la estructura especial del peculado, el agente tiene que ser un sujeto cualificado, porque no cualquier persona podría ser autor de este delito. En primer lugar, puede serlo el funcionario público, que es aquel que se desempeña dentro una función pública, tiene

poder de decisión. En segundo lugar, el servidor público, el cual no tiene el rango jerárquico del primero, pero presta servicios a una entidad del Estado.

1.3.1.2. Tipicidad objetiva

1.3.1.2.1. 1.3.1.2.1. Sujetos

A. Sujeto activo

Conforme a la estructura especial del peculado, el agente tiene que ser un sujeto cualificado, porque no cualquier persona podría ser autor de este delito. En primer lugar, puede serlo el funcionario público, que es aquel que se desempeña dentro una función pública, tiene poder de decisión. La relevancia en el ámbito penal en este delito es precisamente su deber de garante del correcto desempeño de la función pública. En segundo lugar, el servidor público, el cual no tiene el rango jerárquico del primero, pero presta servicios a una entidad del Estado. En ambos casos son remunerados y la función que tienen es claramente de carácter público, de servicio a la comunidad, por eso sus funciones están reguladas en leyes y reglamentos. Tienen un deber especial de trabajar en un área determinada de la función pública en favor del interés social. La descripción literal que tenemos en el art. 425 del CP en cierta forma posibilita la identificación de estos funcionarios y servidores. Aunque su definición es amplia, lo que interesa al derecho penal es la vinculación de estos sujetos con los caudales y efectos, no cualquier funcionario o servidor puede ser agente de este delito. También se admite la participación, que no sería del sujeto activo que se ha venido describiendo; la complicidad es la del extraneus o incluso la de otro funcionario o servidor público que no tenga la vinculación funcional con los caudales o efectos.

B. Sujeto pasivo

La parte agraviada en este caso es la administración pública, de manera específica, la entidad afectada. El Estado peruano cuenta con diversas entidades públicas, gobiernos locales, regionales, Ministerio Público, Poder Judicial, etc., las cuales son representadas por procuradores públicos.

1.3.1.2.2. 1.3.1.2.2. Elementos del tipo objetivo

El funcionario o servidor público que posea o utilice fondos o influencia en cualquier manera para sí o para otra persona, tendrá derecho a cobrar, administrar o confiar para su cargo [...].

Tenemos varios elementos constitutivos del tipo penal que la propia Corte Suprema ha explicado en el AP N.º 4-2005, tales como los caudales y efectos: los primeros vienen a ser bienes de contenido económico, lo que incluye también al dinero; mientras que los segundos vienen a ser todos los “objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables”.

En cuanto a la apropiación que realiza el funcionario público, estriba en que “hace de su propiedad los caudales o efectos que son propiedad del Estado, haciéndolos a un lado del ámbito de la función de la administración pública y se coloca en una situación de disponer de los mismos”.

“Utilizar”, por su parte, se refiere a “aprovechar los beneficios que el bien permite (caudal o eficiencia), sin el fin último de apropiarse de él para sí o para un tercero”.

En cuanto a la percepción, administración y custodia, la primera es la “el acto de apoderarse o recibir caudales o efectos de diversa procedencia, pero siempre lícitos”. La segunda implica las “funciones activas de manejo y conducción”. La tercera importa la

“propiedad típica, que implica la protección, preservación y supervisión adecuadas de los fondos y bienes públicos por parte de un funcionario o administrador”.

El funcionario o servidor público que incurre en este delito es aquel que tiene en la esfera de su poder caudales o efectos que se le han conferido por la razón del cargo, es decir, tiene la disponibilidad jurídica de estos. Este sujeto del delito infringe su deber por no administrar, custodiar o percibir de manera adecuada los objetos o recursos que son de la Administración; por el contrario, su objetivo es obtener un provecho propio en perjuicio de la administración pública, o también conseguir que el provecho sea en favor de otra persona, sea este otro funcionario o no, a pesar de tener una vinculación funcional con dichos caudales o efectos.

Con estos conceptos que ha explicado el mencionado acuerdo plenario, tenemos que el funcionario o servidor público que incurre en este delito es aquel que tiene en la esfera de su poder caudales o efectos que se le han conferido por la razón del cargo, es decir, tiene la disponibilidad jurídica de estos. Este sujeto del delito infringe su deber por no administrar, custodiar o percibir de manera adecuada los objetos o recursos que son de la Administración; por el contrario, su objetivo es obtener un provecho propio en perjuicio de la administración pública, o también conseguir que el provecho sea en favor de otra persona, sea este otro funcionario o no, a pesar de tener una vinculación funcional con dichos caudales o efectos. El mencionado acuerdo plenario también se refiere a este tema de la siguiente forma: “Se entiende por relaciones funcionales la facultad de fiscalizar y controlar la cosa como simple componente típico, es decir, la competencia del cargo, la confianza en el funcionario en virtud del cargo, la facultad de fiscalizar y hacerse cargo de los flujos o consecuencias”.

A. La apropiación de caudales o efectos

Al apropiarse, el funcionario o servidor público busca hacer suyos, es decir, apoderarse de manera definitiva, de los caudales o efectos que le son confiados por razón de su cargo. Reátegui Sánchez señala:

El elemento apropiación descrito por la conducta típica del delito de peculado, constituye un estadio posterior a un supuesto de apoderamiento, pues implica que el funcionario o servidor público dispone de la cosa como si fuera el dueño (usa o vende, por ejemplo), en tal sentido, la apropiación implica que el funcionario o servidor público dispone del patrimonio del Estado como si fuera su legítimo dueño (Reátegui, 2017).

B. La utilización de los caudales o efectos

El funcionario o servidor público, a diferencia del primer supuesto, no busca apoderarse de manera definitiva de estos caudales conferidos en razón a su cargo, ya que solo tiene la intención de utilizarlos, es decir, los va a devolver, se va a aprovechar de ellos por un breve tiempo. Esta modalidad no se presentará en el caso del dinero, conforme lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en el R. N. N.º 3632-2004 Arequipa

El objetivo es el mismo que en el supuesto anterior, buscar un provecho propio o de un tercero.

Sobre esta modalidad, Rojas Vargas sostiene:

Usar es aprovechar los beneficios que permiten el bien (flujo o influencia), apropiarse de él, sin dar el beneficio final a uno mismo o a un tercero. Aquí no hay un espíritu dominante, sino que es para usar el bien. El sujeto en cuestión no pretende entrar ni actuar como dueño de la propiedad, su voluntad está dictada sólo por su intención de usarla bien. En el caso de utilización de bienes fungibles distintos al dinero, cabe igualmente dar por configurada esta modalidad de

peculado salvo que la devolución o restitución del bien sea imposible por ser irrepetible o haberse destruido siendo único o muy escaso (Rojas, 2007).

1.3.1.3. Bien jurídico tutelado

Rojas Vargas (2016) resalta el carácter pluriofensivo del delito de peculado:

El peculado es un delito polivalente, por lo que la protección contra el delito tiene por objeto asegurar la protección del patrimonio establecido por la gestión técnica, profesional y adecuada, así como asegurar la obediencia oficial o constitucional-normativa. Funcionario para la gestión de los recursos públicos. También busca determinar la conducta de un funcionario que administre, reciba o proteja fondos o efectos que impidan el abuso de poder. Tiene competencias en función de su relación funcional con los bienes públicos.

Por su parte, Salinas Siccha advierte que debe evitarse confundir el bien jurídico protegido con el objeto del delito:

No debe obviarse la diferencia entre bien jurídico protegido y objeto del delito. Ya hemos precisado que, en los delitos funcionariales como el peculado, el bien jurídico siempre es representado por principios o deberes de organización y funcionamiento del Estado, en tanto que el objeto del hecho punible es otro aspecto. Tratándose del peculado, el objeto del delito lo constituye el patrimonio. En suma, el bien jurídico específico que se lesiona con este delito es el principio o deber que tiene el sujeto público de no lesionar el patrimonio del Estado; en tanto que el patrimonio afectado es el objeto del delito (Salinas, 2019).

Asimismo, en el AP N.º 4-2005, la Corte Suprema de Justicia también ha establecido que el peculado es un delito pluriofensivo:

La propiedad jurídica se divide en dos objetos específicos que pueden ser protegidos por la ley penal: a) garantiza el principio de inocuidad de los intereses patrimoniales de la administración pública, y b) previene el abuso de autoridad por parte de un funcionario o servidor público. Viola las funciones funcionales de lealtad o propiedad.

1.3.1.4. Tipicidad subjetiva

1.3.1.4.1. *Dolo directo*

El funcionario o servidor público tiene que actuar con pleno conocimiento de que dentro del deber que le han conferido por esa vinculación funcional con los caudales o efectos que son del Estado, no debe lesionar ese patrimonio, precisamente porque debe actuar con lealtad.

Sobre este conocimiento, Salinas Siccha señala que “el peculado en su modalidad dolosa exige que el funcionario o servidor público actúe con conocimiento de que tiene el deber de no lesionar el patrimonio del Estado, por ende, tiene el deber de lealtad y probidad de percibir, administrar o custodiar adecuadamente los bienes públicos confiados por su cargo. No obstante, voluntariamente actúa, es decir, voluntariamente infringe y lesiona el deber de no lesividad impuesto” (Salinas, 2019). Es obvio que la conducta del cómplice también es dolosa. No es posible complicidad culposa. También existe el peculado culposo, este ocurre cuando se presenta una negligencia de parte del funcionario que permite que un tercero sustraiga los caudales o efectos.

1.3.1.5. Consumación y tentativa

El delito de peculado doloso tiene dos modalidades: apropiar y utilizar. En ambos supuestos se puede presentar la tentativa. Coincidimos con la distinción que realiza Rojas Vargas

cuando indica que en la apropiación se presenta un delito de resultado, mientras que el peculado por utilización se trata de un delito instantáneo. Reátegui Sánchez distingue entre ambas modalidades de la siguiente manera:

En los casos de la apropiación de efectos o caudales. - El delito se comete cuando el autor toma posesión de los bienes, lo que ciertamente no implica hurto. Sin embargo, la apropiación se confirma en la medida en que el sujeto activo del delito de confiscación de bienes que le ha confiado el gobierno actúa como propietario legal y se apodera de los bienes como si fueran parte de su herencia personal o privada, es decir, esta hipótesis es completa cuando un funcionario del gobierno usa la propiedad que le ha confiado el gobierno como si le perteneciera.

En el caso de la utilización.- La verificación de este supuesto exige que los bienes que tiene a su cargo el sujeto activo del delito previamente hayan sido separados de la esfera pública de custodia, y luego se les haya asignado una aplicación privada, es decir, son desviados de su destino para el cumplimiento de una función pública, para ser utilizados en el marco de trabajos de carácter privado (Reátegui, 2014).

El peculado es un delito de resultado, es posible que se presente la tentativa. Salinas Siccha y Rojas Vargas lo afirman. Este último considera la modalidad de apropiación como delito de resultado y la utilización como delito instantáneo.

1.3.1.6. Sobre las circunstancias agravantes

1.3.1.6.1. *El agente actúa como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúa por encargo de ella*

Esta agravante no opera por el simple hecho de que una persona tenga una investigación por organización criminal, lo que se requiere es la presencia de elementos objetivos que corroboren esa condición para presentar esta agravante. Lo más usual es que se presente cuando exista una red

criminal con organización permanente, integrada por varios funcionarios y/o servidores públicos de una administración pública, por ejemplo, en un gobierno local o regional u otras instituciones públicas, quienes tienen un rol establecido para favorecer a la organización infringiendo sus deberes en el aparato del Estado.

1.3.1.6.2. *Los caudales o efectos están destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social o de desarrollo*

Esta agravante ya estaba en la norma. Se regula por la necesidad de generar un mayor reproche al funcionario o servidor por la apropiación o utilización de caudales o efectos, sabiendo que estos tienen una finalidad especial, asistir a los que más necesitan, pese a ello infringe su deber.

1.3.1.6.3. *El agente se aprovecha de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito compromete la defensa, seguridad o soberanía nacional*

Esta agravante es similar a la anterior, el reproche de esta conducta obedece al estado actual por el que una Nación se encuentra frente a una pandemia como la del COVID-19. En plena emergencia sanitaria el sujeto activo del delito aprovecha la condición que tiene para apropiarse o utilizar los bienes públicos, incluido el dinero, para obtener un provecho propio o de tercero. Consideramos que es oportuno incorporar esta circunstancia agravante específica ante la eventualidad en que puedan presentarse conductas que corresponden al peculado en plena emergencia sanitaria o calamidad pública.

En nuestro ordenamiento jurídico penal, la determinación de la pena no es una facultad libre del juez, pues se ha establecido el sistema de tercios. Conforme a ello, el incremento de la pena es en el tercio superior. Entonces, para el sujeto activo que cuenta solo con circunstancias agravantes genéricas, consideramos que la modificatoria era innecesaria, porque el funcionario o

servidor público que incurre en el delito de peculado por lo general no presenta circunstancias agravantes genéricas para establecer la pena dentro del tercio superior, es más, si se tratara de un reincidente se tiene otra forma de determinar la pena, con mayor reproche penal.

La segunda circunstancia, esto es, comprometer la defensa, seguridad o soberanía nacional, no está de más que se incorpore; sin embargo, tendrían que ser apropiaciones o utilizaciones de caudales o efectos de gran escala para que esto comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional. Pensamos, por ejemplo, en altos presupuestos para adquirir armamento militar, vehículos de guerra o policiales, etc. El funcionario se apropia de estos recursos, pero además de ello tiene que generar una afectación considerable para llegar a la conclusión de que se ha afectado la defensa, seguridad o soberanía de la Nación, por eso consideramos que no serán conductas comunes de presentarse en nuestra sociedad.

1.3.1.6.4. *El valor de lo apropiado o utilizado sobrepasa diez unidades impositivas tributarias*

Esta agravante ya la teníamos regulada. Su finalidad es establecer un determinado monto dinerario calculado a la fecha de comisión del delito, 10 UIT, a partir del cual se sanciona con mayor pena, entendiendo que hay una afectación mayor por el perjuicio económico que se causa al Estado.

1.3.1.7. *El incremento de las penas de privación de la libertad a las circunstancias agravantes nuevas y a las existentes*

La tendencia legislativa que sigue manteniéndose en nuestro país es el incrementar las penas a los delitos, sobre todo cuando un sector de la población exige que se castigue a los culpables; sin embargo, es una constante que estos incrementos de pena no resulten ser efectivos para disminuir los índices delictivos. La sociedad exige no solo la sanción, sino también que se

erradiquen estos delitos. Si esto último no se está consiguiendo es porque algo está fallando, es decir, si las penas son altas, ¿por qué profesionales que tienen un rol de servicio a la Administración siguen incurriendo en estas conductas? Quizás la respuesta la podamos encontrar en que los mecanismos de control a estos funcionarios o servidores no son los más adecuados para detectar a tiempo alguna conducta sospechosa que muestra el sujeto del delito dentro del ámbito de su función.

En el caso específico del peculado doloso, tenemos que desde 1993 se reprimía este delito mininamente con 2 a 8 años de pena privativa de libertad, y las conductas agravantes con 4 a 10 años. Luego de 8 años en el 2011, cuando se hizo una modificatoria, se incrementó la pena para el peculado simple de 4 a 8 años de pena privativa de libertad y para la agravante a de 8 a 12 años. Ahora, con la última modificatoria, hecha por la Ley N.º 31178, de 28 de abril del 2021, la pena por el peculado simple se mantiene de 4 a 8 años, y las agravantes son de 8 a 15 años de pena privativa de libertad.

Como es de conocimiento, en nuestro ordenamiento jurídico-penal la determinación de la pena no es una facultad libre del juez, pues se ha establecido el sistema de tercios. Conforme a ello, el incremento de la pena es en el tercio superior. Entonces, para el sujeto activo que cuenta solo con circunstancias agravantes genéricas, consideramos que la modificatoria era innecesaria, porque el funcionario o servidor público que incurre en el delito de peculado por lo general no presenta circunstancias agravantes genéricas para establecer la pena dentro del tercio superior, es más, si se tratara de un reincidente se tiene otra forma de determinar la pena, con mayor reproche penal. En esta reforma se ha incluido también la pena de multa, que en el peculado doloso simple va de 180 a 365 días multa. En el caso del peculado con circunstancias agravantes, la pena de multa va de 365 días a 730 días multa. En este último caso, se ha incrementado la pena de días multa

incluso por encima de lo regulado en el art. 42 del CP, la pena máxima que se tenía ha sido incrementada al doble; sin embargo, ello no afecta el principio de legalidad, porque en el mencionado artículo se dejó una salvedad abierta: que la pena de multa se extenderá a un máximo de 365 días, salvo disposición distinta de la ley. Para culminar con este tema, consideramos que para disminuir considerablemente estos delitos es necesario tener un marco jurídico procesal y administrativo adecuado. Entendemos que se debe respetar el debido proceso y el derecho de defensa de cualquier persona que se encuentra como sospechoso de un delito, por ello debemos proponer las herramientas legales idóneas que permita nuestra Constitución y que estén recomendadas por la Convención de las Naciones Unidas para la Lucha contra la Corrupción. Por ejemplo:

La reserva de investigación a nivel preliminar por un periodo razonable, permitiendo a la defensa que conozca la investigación antes de su formalización, de tal manera que no se limite el derecho de defensa.

El levantamiento del secreto de las comunicaciones telefónicas y del secreto bancario con autorización judicial sin correr traslado a la parte afectada, desde la investigación preliminar hasta que se haya efectivizado la medida. Para el secreto bancario tomamos como recomendación el art. 40 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción: “Cada Estado Parte se asegurará de que su ordenamiento jurídico interno cuente con los mecanismos apropiados para eliminar cualquier obstáculo a la aplicación de la ley pertinente en el curso de las investigaciones penales nacionales sobre delitos tipificados de conformidad con el secreto bancario”.

Autorización judicial para la entrega vigilada, las operaciones encubiertas y la vigilancia electrónica, conforme al art. 50 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, cuyo inc. 1 establece:

Para combatir eficazmente la corrupción, cada Estado Parte tomará las medidas necesarias en la medida permitida por los principios básicos de su ordenamiento jurídico interno y proporcionará pruebas adecuadas dentro de los límites prescritos por su derecho interno. La confiabilidad de la entrega controlada por las autoridades competentes en su territorio, y otros métodos de investigación especializados tales como la inteligencia electrónica u otra y las operaciones encubiertas, así como los tribunales en los casos en que lo estime conveniente para las pruebas obtenidas a partir de estas tecnologías.

En nuestro Código Penal contamos con dos tipos de inhabilitaciones: la accesoria y la principal. Esta última es la que se expresa en la propia descripción del tipo penal. En el caso específico del delito de peculado, es una pena también principal, ya que este tipo de delitos, conforme hemos podido describir anteriormente, contiene penas conjuntas: pena privativa de libertad, pena de multa y pena de inhabilitación.

En el ámbito administrativo es necesario que las personas que van a ocupar cargos de funcionario o servidor público conozcan de gestión pública, que tengan experiencia según el cargo que ocupan y el nivel de presupuesto que tendrán bajo su cuidado. Asimismo, es necesario que antes y durante el ejercicio de la función estén capacitados, que se verifiquen los antecedentes de estos aspirantes al cargo, mejorar los mecanismos de control usando los mecanismos tecnológicos, evitar delegación de funciones específicas. Los instrumentos legales de control tienen que ser revisados periódicamente y modificados si no están dando resultados, no olvidemos que la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción tiene la finalidad de “promover y fortalecer medidas para prevenir y combatir eficaz y eficientemente la corrupción” (art. 1.a). Hemos visto que estos casos también se presentan en otros países, que tienen alcances internacionales y afectan a los Estados, por eso debemos prevenir que esto ocurra, estableciendo

políticas públicas acorde a los casos que se presentan en los gobiernos regionales, locales y otras instituciones del Estado que manejan presupuesto. Está de más decir que nuestras autoridades encargadas del control en su labor de fiscalización ya lo vienen haciendo ante las sospechas de presuntos actos ilícitos, pero en el trabajo de la prevención está faltando tomar acciones inmediatas, basados en la coordinación, la transparencia y participación de la sociedad, medidas que no son ajenas a la Convención, que en su art. 5 nos habla de las políticas de prevención de la corrupción:

1. Cada Estado Parte implementa y desarrolla políticas de coordinación efectivas de acuerdo con los principios básicos del ordenamiento jurídico, que son políticas que fomentan la participación de la sociedad en su lucha por erradicar la corrupción y reflejan los principios del estado de derecho y la buena gobernanza de los asuntos públicos.

2. Cada Estado parte procura determinar y fomentar prácticas que estén encaminadas a prevenir la corrupción.

3. El Estado parte procura la evaluación periódica de mecanismos jurídicos y las medidas administrativas pertinentes a fin de determinar si son adecuados para combatir la corrupción.

4. Las Partes, a su debido tiempo y de acuerdo a los principios bases de sus ordenamientos jurídicos, trabajarán entre sí y con las autoridades internacionales y regionales pertinentes para promover y formular las medidas a que se refiere este artículo. La cooperación incluye la participación en programas y proyectos internacionales destinados a la prevención de la corrupción.

1.3.1.8. ¿Las penas limitativas de derechos como la inhabilitación de manera permanente o perpetua” afectarían el derecho fundamental al trabajo?

En nuestro Código Penal contamos con dos tipos de inhabilitaciones: la accesoria y la principal. La primera depende del tipo de delito, por ejemplo, cuando el condenado ha realizado

abuso del cargo, de autoridad, de la profesión, de oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública, entre otros; y también por delitos culposos de tránsito (arts. 39 y 40 del CP).

La segunda es la que se expresa en la propia descripción del tipo penal.

En el caso en específico del delito de peculado, es una pena también principal, ya que este tipo de delitos, conforme hemos podido describir anteriormente, contiene penas conjuntas: pena privativa de libertad, pena de multa y pena de inhabilitación.

La incorporación de la inhabilitación perpetua no es nueva, porque fue incorporada en el D. Leg. N.º1243, de 22 de octubre del 2016, Para los casos en que el agente sea miembro de una organización criminal, una persona relacionada o actúe en su nombre; O si el valor del dinero, los bienes, la influencia o la ganancia es superior a quince unidades tributarias, la conducta depende de programas con fines de bienestar, apoyo o ingreso o desarrollo social. Posteriormente, mediante el D. Leg. N.º 1367, de 29 de julio del 2018, se amplió sus alcances para otros delitos y además para la inhabilitación perpetua antes señalada, que tenía que superar las 500 UIT, se redujo a la condición que supere las 15 UIT. Ahora, con los alcances de la Ley N.º 31178, ello se precisa en el mismo tipo penal del art. 387 del CP y también se señala a la inhabilitación contenida en los incs. 1, 2 y 8 del art. 36 del CP:

1. Separación del cargo, cargo o comisión que ejerza el condenado, aunque provenga de elección popular.

2. Incapacidad o impedimento para obtener un mandato, función, empleo o comisión de carácter público.

[...]

8. La privación del grado militar o policial, cargo honorario o cualquier otra insignia propia del cargo, profesión u oficio utilizado por el oficial en la comisión de un delito.

Esta inhabilitación perpetua, también denominada en nuestro país “muerte civil”, se ha previsto para las circunstancias agravantes contenidas en los incs. 1 al 4 del segundo párrafo del art. 387 del CP. Es legal y común que la inhabilitación para este tipo de delitos se pueda establecer en una condena, el tema es si la inhabilitación perpetua afecta derechos fundamentales, no olvidemos que el privar a alguien de un empleo de carácter público podría considerarse como una restricción al derecho al trabajo. Al respecto, debemos considerar en primer lugar que, al incurrir en este delito, el funcionario o servidor público ha actuado contrariamente a su obligación de administración, percepción o custodia sobre bienes o patrimonio del Estado, ha defraudado la confianza que se le ha otorgado, sea por elección popular, por otro funcionario (quien se la ha otorgado para cumplir con determinada función) o por ingreso en concurso público. Además, la inhabilitación que se impone en la condena tiene que precisar de manera específica cuál es la inhabilitación que se le está aplicando. Así pues, no se le limita el derecho al trabajo, ya que al funcionario o servidor público no se le anula o inhabilita de su título profesional o técnico, por lo tanto, puede ejercer su derecho al trabajo en la actividad privada. El impedimento es ejercer un cargo público, debido a que lo ha defraudado.

El fenómeno de la corrupción afecta el desarrollo del país. Dificulta al Estado proporcionar una serie de servicios como salud, trabajo, educación, etc. Al respecto, el ex secretario general de las Naciones Unidas Kofi A. Annan refirió:

Este fenómeno perverso ocurre en todos los países, extensos y pequeños, millonarios y pobres, pero sus consecuencias son especialmente devastadoras en las naciones que se encuentran en desarrollo. La corrupción tiene un gran impacto en los pobres al desviar fondos para el desarrollo, debilitar la capacidad del gobierno para brindar servicios básicos, aumentar la desigualdad y la injusticia y desalentar la ayuda y la inversión extranjeras. La corrupción es un

factor clave del desempeño deficiente y un obstáculo importante para la reducción de la pobreza y el desarrollo (Annan).

Con la inhabilitación perpetua no se le limita el derecho al trabajo, ya que al funcionario o servidor público no se le anula o inhabilita de su título profesional o técnico, por lo tanto, puede ejercer su derecho al trabajo en la actividad privada. El impedimento es ejercer un cargo público, debido a que lo ha defraudado.

Consideramos que esta inhabilitación perpetua está justificada y, si bien afecta el derecho de ejercer la función pública, no limita el derecho fundamental al trabajo. Es importante señalar que el tema desarrollado por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la consulta que recayó en el Exp. N.º 17112-2017 Lima, de 25 de setiembre del 2017, es diferente a los casos de corrupción, porque se refirió que la definitiva inhabilitación para la obtención de autorización para conducir (establecida en el art. 398-B) vulnera y priva gravemente el derecho a trabajar libremente y a la resocialización del reo ante la sociedad. Sin embargo, en el caso tratado no se afecta el derecho al trabajo y sí se puede conseguir la resocialización. Lo que se busca evitar es que estos funcionarios o servidores públicos uedan ser reclutados nuevamente pese a haber defraudado al Estado.

1.3.1.9. Naturaleza del delito de peculado

El delito de peculado, regulado en el art. 387 del CP, presenta la modalidad culposa y dolosa. Desde la perspectiva dolosa, el hecho punible se lleva a cabo cuando el funcionario o servidor público, para su beneficio personal o el de otro, se "apropie" o "utilice", en cualquier forma, fondos o efectos públicos cuya administración o custodia esté especialmente encomendada al funcionario público. (Benavente, 2012) .

Hemos señalado que el delito de peculado tradicionalmente se encuadra en un delito especial, pero ¿qué diferencia existe entre el delito especial y el delito de infracción de deber? Conforme lo deslinda Caro John (2003), “no deben equipararse los delitos de infracción de deber con los delitos especiales”, en vista a que ello significaría “una confusión de planos, pues mientras la dicotomía ‘delitos comunes/delitos especiales’ se basa en condicionamientos formales tipificados por el legislador, la dicotomía ‘delitos de dominio/delitos de infracción de deber’ sí recoge una diferenciación material”.

A nuestro entender, el delito de peculado se configura como un delito especial (con las características antes mencionadas) de infracción de deber. Es de infracción de deber porque es necesario acreditar el vínculo funcional del sujeto activo (funcionario público) con el bien objeto de apropiación (patrimonio público). Es por esa razón que el delito de peculado no tiene un carácter exclusivamente patrimonial, pues también cobra importancia en él la falta de lealtad del funcionario, y aquí es donde entra a tallar su carácter de ser uno de infracción de deber.

El funcionario público, sujeto activo del delito de peculado, tiene la obligación de custodiar y gestionar el patrimonio público, y al infringir su concreto deber comete el ilícito, que se relaciona con la vulneración del correcto ejercicio de la actividad administrativa. A partir de este postulado, coincidimos con Díaz Fustamante (2017) cuando señala lo siguiente:

Ahora, conforme a las reformas que ha sufrido el art. 387 del CP, que tipifica el delito de peculado por apropiación, utilización, tanto dolosa como culposa, su naturaleza jurídica ha cambiado, en vista de que ahora se tiene el referente patrimonial le da gravedad al tipo básico por la cuantía de lo apropiado o utilizado cuando sobrepasa las 10 UIT.

En cuanto a su naturaleza jurídica, Díaz Fustamante (2017) señala lo siguiente:

Se ha duplicado el plazo de prescripción de los delitos de "violación de los bienes del Estado", lo que presagia la renovación sistemática de estos delitos. Esto crea problemas de localización e institucionalización porque como delito pluridelictivo (afecta a varios bienes jurídicos al mismo tiempo) se ha convertido en un delito predominantemente hereditario; Consideración de los delitos agotados en el buen funcionamiento de la administración estatal.

Así, el delito de peculado puede entenderse desde tres perspectivas: 1) como un delito enteramente hereditario, 2) como un delito agotado por el normal funcionamiento de la administración estatal, o 3) como un delito polifacético de carácter agresivo. Sin embargo, las modificaciones más recientes que ha sufrido este tipo de delitos suelen desbancar el carácter hereditario, más que el deber de lealtad y los deberes fiduciarios de los funcionarios públicos. Por tanto, la infracción de deber es una forma en la que el ilícito lesiona este bien jurídico. Así, Hugo Álvarez y Huarcaya consideran que “el carácter patrimonial prevalente en el tipo penal es una tendencia actual más racional, pues permite sustraer del ámbito punitivo conductas mínimas de poca insignificancia patrimonial (mínima intervención del Estado)”(Hugo y Huarcaya, 2018).

La división entre delitos comunes y especiales surge a partir de la noción de que la autoría de ciertos delitos no puede ser atribuida a cualquier persona, sino que esta tiene que cumplir con ciertas cualidades físicas o jurídicas contenidas en los tipos penales.

Es importante determinar el criterio de imputación que abarca este delito, si es de infracción de deber o perteneciente a la teoría del dominio del hecho. En tal sentido, nos decantamos por la primera opción. La tesis que considera al delito de peculado como un delito de infracción de deber ha venido siendo respaldada por la jurisprudencia. Así, en la Ejecutoria Suprema del 12 de abril del 2010 se señala:

Se trata de un delito de infracción de deber con la necesaria obligación de acreditar el vínculo funcional del servidor público con el bien objeto de apropiación, ante la ausencia absoluta de dicha prueba, el fallo absolutorio se encuentra plenamente justificado (Díaz, 2017).

Aunque parte de la doctrina nacional señala que el delito de peculado posee un carácter meramente patrimonial, nosotros consideramos que tiene una naturaleza dual. No podemos negar la naturaleza patrimonial del delito de peculado (y así lo sustentan de manera preponderante Hugo Álvarez y Huarcaya), por cuanto se dirige a la protección de los caudales o efectos públicos; sin embargo, también se debe considerar, de manera importante, la deslealtad del funcionario, en la medida en que estamos dentro de una infracción de deberes específicos de custodia y gestión de los caudales públicos que posee a su cargo en relación a sus funciones, dirigiéndonos al bien jurídico general que ostentan todos los delitos contra la administración pública.

Tanto Nolasco Valenzuela (2018) como Ayala Miranda consideran que este tipo penal de peculado doloso corresponde a un delito especial, esto es, que solo puede ser realizado por algunas personas que reúnen cualidades o condiciones exigidas en el también denominado tipo cualificado por el agente. Al respecto, Arismendiz Amaya considera lo siguiente:

Respecto al sujeto activo, el delito analizado, tanto en los supuestos delictuales de peculado doloso y culposo, resulta ser un delito de dominio, específicamente delito especial propio, por cuanto el tipo penal exige un agente delictual cualificado, esto es, funcionario o servidor público, en ese sentido, dicha condición especial restringe el radio de autores y también fundamenta la punibilidad, no existiendo tipo penal común subyacente (Arismendiz, 2018).

A pesar que la doctrina tradicional establece el carácter de especial al delito de peculado, la jurisprudencia se viene inclinando en considerarlo como uno de infracción de deber. En este sentido, el R. N. N.º 2674-2009 Cajamarca precisa lo siguiente:

El delito de peculado culposo [...] se refiere a la violación del deber de custodia de bienes por parte de un funcionario público o de un funcionario público que provoca el hurto de bienes por un tercero por su negligencia. o bienes que le hayan sido entregados en razón de su cargo o función, el incumplimiento debe producir el resultado típico: daño material por hurto doloso de terceros y relaciones ilícitas, es decir, el resultado es por incumplimiento del deber de diligencia; [...] El demandado [...] admitió que no cumplió debidamente con su deber de verificar el contenido de las cajas recibidas para determinar si contenían los productos especificados en las pautas recomendadas [...] ni notificó al superior obsequio tal circunstancia, [porque] no hizo un inventario adecuado, ni se revisó la caja recibida, [...] razón por la cual el incumplimiento del deber de cuidado resultó en la pérdida del producto desglosado en contadores [...].

Actualmente, el delito de peculado cobra un matiz importante, pues, conforme a la jurisprudencia, este ostenta el carácter de ser uno de infracción de deber, pero con elementos de dominio. La Casación N.º 1004-2017 Moquegua establece lo siguiente:

Investigar si se ha explicado debidamente el tipo de delito y demás principios importantes necesarios para su adecuada determinación sobre por qué se puede violar el principio material; O, en su caso, una renuncia o conveniencia de la aplicación normativa de los hechos relativos al tipo de infracción u otros principios fácticos pertinentes.

1.3.1.10. El peculado desde la normativa nacional peruana

El ilícito contenido en el art. 387 del CP regula dos figuras delictuales: el peculado doloso por apropiación y el peculado culposo. El delito de peculado sufrió varias modificaciones hasta antes del 2016 y con el D. Leg. N.º 1243, publicado en el 2016, se agregaron dos parámetros más a este ilícito penal, referidos a dos penas accesorias a la pena principal: la de inhabilitación y la de días multa.

Las reformas que sufrió el delito de peculado se inclinan a la sobrecriminalización y, a su vez, a un cambio en su naturaleza jurídica, la cual, como sostienen Hugo Álvarez y Huarcaya, se decanta sobre una de contenido patrimonial. Al respecto, precisan:

Así, por Ley N.º 29578 (publicada en el diario oficial *El Peruano* el 21/07/2001) El artículo 387 del Código Penal incorpora una referencia patrimonial y la tasa base se deteriora cuando el agente se apropia indebidamente o utiliza bienes superiores a 10 UIT (Unidades Fiscales). Sin embargo, el legislador se quedó con un grave problema con la relación a los presupuestos de hecho contenidos en el tipo base, cuando lo apropiado o utilizado por el mandante tenía la connotación de mínima relevancia (patrimonial). Es decir, una mercancía (entendida como flujo o efecto) para la cual el valor patrimonial no es importante. Ante esta situación, en el proceso de interpretación racional de la ley penal, se hace necesario utilizar el principio constitucional lesivo para dotar a los tipos de delitos de connotaciones materiales. (Hugo y Huarcaya, 2018).

Como hemos mencionado, la última modificatoria es la efectuada por el D. Leg. N.º 1243, que, a criterio de los anteriores juristas, tiene un connotado nivel de populismo penal. Así, la técnica legislativa mejoró regularmente, pero no lo necesario como fórmula general que posibilite un paso adelante en la autorrealización funcional de los tipos penales que tienen el deber de cumplir una función racional garantista.

Ello permite concluir lo siguiente:

El bien jurídico que se tutela, en la doctrina nacional, del delito de peculado es el interés patrimonial del Estado, quedando de lado el “deber de fidelidad e integridad del funcionario”, como bien jurídico tutelado, el cual no “parece corresponderse con la modalidad de peculado culposo, tampoco con el tipo básico ni agravado”.

1.3.2. Análisis a la Legislación

1.3.2.1. Análisis de la Ley N° 31178, que incorpora circunstancias agravantes al artículo 387 del Código Penal.

El 28 de abril del 2021 se promulgó la Ley N° 31178, “Ley que modifica artículos del Código Penal en lo que respecta a las circunstancias agravantes derivadas de la comisión del delito durante calamidad pública o emergencia sanitaria, y dicta otras disposiciones sobre la pena de inhabilitación en el Código Penal y leyes especiales”. Esta norma modificó, entre otros, el art. 387 del Código Penal (peculado): incorporó dos nuevas agravantes y agregó textualmente dentro de la redacción del delito la inhabilitación perpetua.

El objeto de este artículo es analizar todas las agravantes establecidas para el delito de peculado. Para ello, será necesario desarrollar brevemente los elementos del tipo base para comprender la naturaleza jurídica del delito. Posteriormente, se estudiará cada circunstancia agravante de forma individual a fin de determinar cuándo concurre cada una de ellas y cuándo no.

1.3.2.2. El delito de peculado en el Código Penal

El delito de peculado se encuentra tipificado en el art. 387 del CP. Es un delito especial impropio. Es un delito especial porque no cualquier funcionario podrá ser autor de este delito, sino únicamente aquel que tenga bajo su poder bienes de la administración pública. Es impropio porque la especialidad del delito se encuentra en las características particulares del agente y no en el constructo delictivo del tipo.

Así pues, este delito sanciona a aquel funcionario competente que se apropia o usa, de cualquier manera, en su beneficio o de otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le dieron en confianza. Se requiere que exista una relación funcional entre el sujeto activo y el patrimonio. Esta relación debe de ser entendida como “el poder de vigilancia y control sobre

la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo”. Aquí, debe quedar claro que “la vinculación funcional resulta un elemento o núcleo de la tipicidad imprescindible para subsumir una conducta en la figura de peculado, a efectos de no ampliar de manera arbitraria el marco de imputación por autoría” (Alcócer, 2014).

De acuerdo con lo establecido en el AP N.º 4-2005, f. j. n.º 7, el verbo rector apropiarse debe ser entendido como aquella conducta desplegada por el funcionario competente para “apoderarse de caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolos del ámbito de la función de la administración pública y colocándose en situación de disponer de los mismos”. Así también, señala que el verbo rector utilizar “referido al aprovechamiento de bondades que ocasiona el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero”.

Ahora bien, los caudales, de manera general, son bienes que tienen contenido económico, mientras que los efectos son objetos, cosas o bienes que representan valor patrimonial, por ejemplo, “todo tipo de documentos de crédito negociables [...] emitidos por la administración pública: valores en papel, títulos, sellos, estampillas, bonos, etc.” (Salinas, 2014). La administración, percepción o custodia de estos caudales o efectos le son confiados al funcionario competente únicamente por razón de su cargo, esto es, por las funciones que realiza en la administración pública (Frisancho, 2011).

Este delito contempla modalidades dolosas y culposas, no obstante, para fines del trabajo, el análisis se enfocará solo en el tipo doloso. Tanto las conductas de apropiación como las de utilización “requieren el conocimiento, por parte del agente, del carácter de los bienes y de la relación funcional que lo une a ellos y la voluntad de separarlos de la administración” (Creus, 1998). Por otro lado, si se dieran supuestos de desconocimiento “sobre alguno de los elementos del tipo objetivo, tendrá como consecuencia la desaparición del dolo” (Donna, 2000).

Finalmente, el delito se consumará cuando “el funcionario se apropia de los caudales o efectos públicos puestos a su cargo por razón de sus funciones, con independencia de que a continuación logre o no lucrarse efectivamente [...] se consuma con la sola realidad dispositiva de los caudales” (Mir, 2016). Será irrelevante para la configuración del delito si posteriormente el agente devuelve a la administración los bienes apropiados o utilizados.

Esta descripción dogmática del delito de peculado en su tipo simple es la base jurídica para desarrollar cada una de sus circunstancias agravantes. Así, el análisis de cada agravante estará supeditada a lo señalado en los siguientes párrafos.

1.3.2.3. Ley N.º 31178, que modifica el delito de peculado

La Ley N.º 31178 fue promulgada el 28 de abril del 2021. Esta norma modificó el art. 387 del CP, agregando nuevas circunstancias agravantes y estableciendo textualmente la inhabilitación perpetua (LP. Pasión por el Derecho, 2021). Quedó redactado de la siguiente manera:

Art. 387.- Peculado doloso y culposo. El funcionario o servidor público que explote o utilice, en cualquier forma, para sí o para otros, un vehículo o bien encomendado a su administración o custodia, será reprimido con pena privativa de libertad por lo menos cuatro a ocho años; La inhabilitación se refiere a los incisos. 1, 2 y 8 arts. 36 de cinco a veinte años y multa de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días, condenado a una pena de prisión de no menos de ocho años pero no más de 15 años; inhabilitación según los inc. 1, 2 y 8 arts. 36. Permanente, con multa de 365 a 730 días, y concurra alguna de las siguientes circunstancias: 1. El agente es miembro de una organización criminal, actúa en nombre o por cuenta de una persona relacionada. 2. La movilidad o impacto sea para programas asistenciales o de apoyo social o de inclusión o desarrollo. 3. Los agentes se aprovechen de desastres públicos o emergencias sanitarias, o realicen

actividades delictivas que pongan en peligro la defensa nacional, la seguridad nacional o la soberanía. 4. El valor del desvío o aprovechamiento exceda de diez cuotas tributarias. [...]

Es oportuno precisar que, antes de esta modificatoria, el delito de peculado contenía en su redacción dos párrafos que hacían alusión a conductas agravadas vinculadas al quantum de lo apropiado o utilizado (sobrepasar las 10 UIT); y a la naturaleza de los caudales, específicamente, sobre aquellos destinados a fines asistenciales o programas de apoyo o inclusión social.

Ahora bien, la Ley N.º 31178 ha incorporado dos agravantes más. Una respecto a la condición del agente, esto es, cuando el funcionario público actúe como integrante de una organización criminal, vinculada a esta o por encargo de ella; y otra por el contexto de ejecución del delito, esto es, cuando el agente se aproveche de una situación de calamidad pública, emergencia sanitaria o cuando la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional.

1.3.2.4. Circunstancias agravantes

Con esta modificatoria, el delito de peculado ahora cuenta con cuatro circunstancias agravantes. Corresponde desarrollar cada una de ellas.

1.3.2.4.1. *El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella*

Esta agravante fue incorporada con la Ley N.º 31178. Hace referencia a la condición especial del funcionario público que cometa el delito.

Así pues, se alude a una condición específica del autor, ostentado al estar vinculado o ser parte de una organización criminal. Se han considerado tres supuestos distintos: i) cuando el agente actúe como integrante de una organización criminal; ii) cuando el agente actúe como persona vinculada a una organización criminal, y iii) cuando el agente actúe por encargo de una organización criminal.

El primer supuesto de esta agravante hace referencia a la pertenencia del agente delictivo a una organización criminal. Para su concurrencia, el funcionario público competente, y con deberes especiales, deberá de ser un miembro activo de la organización criminal, esto es, ser parte de la estructura jerárquica y la distribución de funciones. Aquí, el agente actúa como integrante de la organización en las actividades delictivas de apropiación o utilización.

Este delito sanciona a aquel funcionario competente que se apropia o utiliza, de cualquier manera, para su beneficio o de otro, de caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia se le entregaron en confianza. Se requiere que exista una relación de función en lo que respecta al sujeto activo y el patrimonio. Esta relación debe de ser entendida como “la facultad de vigilancia y control sobre una cosa como un componente típico, esto es, competencia del cargo”. Aquí, debe quedar claro que “el vínculo funcional resultante de un elemento o núcleo de la tipicidad imprescindible para subsumir una conducta en la figura de peculado, a efectos de no ampliar de manera arbitraria el marco de imputación por autoría”.

La pertenencia a una organización criminal se limita al momento en que se comete el delito, por ejemplo, aquel funcionario público que forme parte de una organización criminal, dentro o fuera de la Administración, coordine con ellos y que actúe dentro de sus fines. Sin embargo, si un funcionario público que en su juventud perteneció a una organización criminal y en su adultez dejó de ser miembro llega a un cargo público, este primer supuesto de esta agravante no concurrirá.

Ahora bien, el segundo supuesto está dirigido para aquel funcionario que no forma parte de una organización criminal dentro de su estructura jerárquica o la distribución de sus funciones delictivas, pero que se encuentra vinculado a ella de forma directa. Aquí, el agente comete actos de apropiación o utilización sin ser parte de una organización criminal, pero su desenvolvimiento delictivo se encuentra vinculado a los fines de la organización.

La vinculación está delimitada temporalmente al momento de la ejecución del delito, por ejemplo, si un funcionario público, antes de acceder a la Administración, perteneció a una organización criminal y precisamente por su cargo se desvinculó totalmente de esta, entonces no concurrirá esta agravante. Sin embargo, si se determina que, pese a su alejamiento de la estructura delictiva de la organización, se sigue encontrando vinculado a sus actividades delictivas, este supuesto concurrirá. Será indistinto si el funcionario se vincula a la organización para un solo hecho delictivo o si lo hace sistemáticamente. En ambos casos, esta agravante concurrirá.

El tercer supuesto está dirigido a aquel agente que no es miembro de la organización criminal y que tampoco se encuentra vinculado a ella, pero que actúa por su encargo en los actos ilícitos de apropiación o utilización. Aquí, las actividades ilícitas deberán de buscar principalmente el beneficio de la organización criminal a través del funcionario público. El actuar ilícito de apropiación o utilización del agente está delimitado temporalmente a un momento delictivo en específico.

El delito se consumará cuando “el funcionario se apropia de los caudales o efectos públicos puestos a su cargo por razón de sus funciones, con independencia de que a continuación logre o no lucrarse efectivamente [...] se consuma con la sola realidad dispositiva de los caudales”. Será irrelevante para la configuración del delito si posteriormente el agente devuelve a la administración los bienes apropiados o utilizados.

Por ejemplo, una organización criminal contacta a un funcionario público para que realice una actividad en específico y este accede a ejecutarla, entonces se configurará el supuesto de esta agravante.

Como puede percibirse, nuestros legisladores han optado por redactar tres supuestos dentro de esta agravante a fin de cubrir toda laguna de impunidad que pudiera surgir de esta condición

del agente. Por ello, han equiparado los actos sistémicos de apropiación o utilización de los caudales del Estado propios de una organización criminal con aquel acto ilícito aislado que ejecute el funcionario público por encargo de una organización. Con cualquiera de estos supuestos, esta agravante concurrirá.

1.3.2.4.2. *Los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social o de desarrollo*

La segunda agravante del delito de peculado sanciona a aquel funcionario que se apropie o utilice caudales o efectos que están destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. Corresponde precisar que esta agravante ya se encontraba establecida en el tipo anterior, y lo que esta última modificatoria realizó fue incorporarla expresamente dentro de la lista de agravantes del tipo.

Esta agravante encuentra su fundamento en la naturaleza material de los caudales o efectos, por ello, busca reprimir de manera severa aquellas conductas que afecten el patrimonio de los programas de apoyo y contenido social (Reátegui, 2014).

Se entiende perfectamente la redacción de esta agravante, debido a que se pretende disuadir conductas de apropiación y utilización que vayan a afectar estos programas. Como es lógico, esta agravante se encuentra legitimada socialmente, debido a que, claramente, las consecuencias de este actuar delictivo de los funcionarios públicos las sufrirán las personas beneficiarias y que, por lo general, son personas en estado de vulnerabilidad y pobreza.

En la doctrina se ha señalado que esta agravante responde a una “circunstancia especial de naturaleza teleológica o finalista atribuida a los caudales y efectos [...] si estos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social, lo cual supone determinar previamente el destino por vulnerabilidad de los destinatarios de los bienes ‘caudales’

involucrados en la apropiación o utilización” que serán ejecutados por el agente delictivo (Rojas, 2007). En efecto, esta concurrirá únicamente si el funcionario público competente conoce la naturaleza de los bienes al momento de cometer el delito, esto es, si abarca con su dolo estos elementos específicos (Abanto, 2003). Así pues, si los caudales o efectos objeto de apropiación o utilización no se corresponden con las descripciones señaladas, no se aplicará la agravante y se deberán ubicar los actos ilícitos en el tipo base (Rojas, 2007).

Ahora bien, los efectos o caudales destinados a fines asistenciales son aquellos propios de “campañas de ayuda o auxilio destinadas a cubrir urgencias coyunturales de la población necesitada (en salud, educación, alimento, abrigo, etc.)” (Salinas, 2014). Estos se caracterizan por ser generalmente temporales y responder a situaciones específicas, por ejemplo, los bonos otorgados durante la pandemia de COVID-19.

Los efectos o caudales destinados a programas sobre apoyo social hacen “alusión a programas de carácter más permanente y con asignación presupuestaria para paliar las carencias socioeconómicas en la población mayormente de menos recursos”. Por ejemplo, programas como Juntos, Pensión 65, Pronabec, Sistema Integral de Salud (SIS), etc. (Salinas, 2014).

De acuerdo con el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social del Perú (Midis), los programas de inclusión social o de desarrollo son aquellos destinados a mejorar la calidad de vida de los sectores de la población que se encuentran en situación de vulnerabilidad y pobreza. De esta forma, instituciones como el Midis buscan que estas personas puedan acceder a oportunidades de desarrollo que permitan reducir brechas en el acceso a servicios públicos. Una de las características principales de estos programas es que responden a objetivos específicos.

Para que concurra esta agravante, los programas previstos tienen que ser específicos, estar definidos y ser descritos oportunamente. No deben entenderse de manera genérica.

Esta nueva agravante incorporada a nuestro Código Penal [...] se encuentra dirigida a sancionar las conductas delictivas de apropiarse o utilizar caudales o efectos que realiza el funcionario y que tengan lugar en una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o que la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional. Aquí, lo que determinará específicamente la aplicación de la agravante será el contexto en el que se cometa el delito o la implicancia que este pudiera ocasionar, más no las características del agente ni del patrimonio afectado.

1.3.2.4.3. *El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional*

El 28 de abril del 2021, esta agravante ha sido incorporada al tipo de peculado mediante la Ley N.º 31178. Sin embargo, existe un antecedente importante en nuestra jurisprudencia del 2005, emitida por la Tercera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, donde, de lege ferenda, se invocó al Poder Legislativo a incorporar como agravante los actos de peculado en contra de la seguridad nacional. Específicamente se señaló:

Se tipifica pues el art. 387 del CP primer párrafo, descartándose la modalidad agravada, ya que el destino del dinero asignado como presupuesto del Comando Administrativo del Cuartel General del Ejército y del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas no estuvo destinado a fines asistenciales o a programas de apoyo social. Considerando que parte de los fondos estuvieron destinados a la lucha antisubversiva, la que resultó de vital importancia por razones de seguridad nacional, a tal punto que se prorrogó durante muchos años el estado de emergencia en el país, pero que por el principio de legalidad no es posible considerarlo como una agravante de la penalidad. El Colegiado invoca a los señores miembros del Poder Legislativo a que consideren una reforma

legislativa dentro de la figura agravada (Sentencia de fecha dieciséis de mayo del año dos mil cinco. Exp. N.º 024-2002, Tercera Sala Penal Especial) (Nolasco, 2013).

Ahora bien, con esta agravante incorporada a nuestro Código Penal, corresponde señalar que se encuentra dirigida a sancionar las conductas delictivas de apropiación o utilización de caudales o efectos que realice el funcionario y que tengan lugar en una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o que la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional. Aquí, lo que determinará específicamente la aplicación de la agravante será el contexto en el que se cometa el delito o la implicancia que este pudiera ocasionar, más no las características del agente ni del patrimonio afectado.

Esta nueva agravante contempla dos supuestos distintos: el primero, cuando se cometa el delito en un contexto de calamidad pública o emergencia sanitaria; y el segundo, cuando la ejecución del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional.

El primer supuesto tendrá lugar cuando el funcionario público competente realice el delito en una situación de calamidad pública o se haya declarado emergencia sanitaria. Así pues, la calamidad pública es aquella adversidad o desgracia que ocurre en un colectivo. Se origina principalmente por desastres naturales o hechos catastróficos que generan conmoción en la sociedad y que requieren ser atendidos de forma urgente. El estado de calamidad pública es establecido por la autoridad competente. Por ello, para que se configure esta agravante, necesariamente deberá de existir un decreto que establezca dicho contexto.

En el mismo sentido, de acuerdo con lo establecido en el art. 5 del D. Leg. N.º 1156, la emergencia sanitaria “constituye una situación de alto riesgo para la salud y la vida de las poblaciones, de extrema urgencia, por la ocurrencia de situaciones de brotes, epidemias o epidemias”. Asimismo, se constituirá una emergencia sanitaria cuando “la capacidad de respuesta

a los que operan el sistema de salud a fin de mitigar los elevados riesgos del brote de una epidemia, pandemia o para su control es insuficiente sea a nivel local, regional o nacional”. Las condiciones son establecidas para cada caso en concreto por la autoridad nacional de salud y la declaratoria es dictada por la autoridad competente.

Se requiere que el agente se aproveche de estos contextos para sustraer o utilizar caudales o efectos, por ello, será necesario que el funcionario tenga conocimiento de dichos estados y circunstancias.

Por otro lado, esta agravante contempla un segundo supuesto que tendrá lugar cuando la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional. Aquí, se sancionará al funcionario que se apropie o utilice el patrimonio de la administración pública que se encuentre vinculado directamente con la defensa, seguridad o soberanía nacional.

Corresponde precisar que solo serán pasibles de configuración de este supuesto aquellos efectos o caudales específicos que se encuentren dentro de instituciones que tengan a su cargo la defensa, seguridad o soberanía nacional, como lo son el Ejército, la Marina, la FAP, el Ministerio de Defensa, etc. Sin embargo, no cualquier bien, por el simple hecho de pertenecer a estas instituciones, podrá constituir causal de esta agravante, sino que estos deberán de estar necesariamente vinculados con la defensa, seguridad o soberanía nacional, de tal manera que estos actos ilícitos las comprometan.

Por ejemplo, si un funcionario público se apropiara del material de construcción de un complejo de recreación dentro de una de estas instituciones, entonces esta agravante no tendrá lugar, debido a que, aunque haya existido apropiación de bienes, no tienen ninguna relación con la defensa, seguridad o soberanía del Estado.

En el mismo sentido, para que se configure este supuesto, el agente debe conocer que los bienes apropiados o utilizados son para fines de defensa, seguridad o soberanía del Estado y cuya apropiación o utilización las comprometan.

No será necesario que se acredite un resultado concreto en la defensa, seguridad o soberanía nacional. Se entiende que la sola apropiación o utilización de bienes vinculados a estos fines ya configura la agravante.

1.3.2.4.4. *El valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias*

Esta cuarta agravante ya estaba redactada en el tipo anterior de peculado. Con esta modificación, ha sido ubicada dentro de la lista de supuestos que agravan la conducta del agente que comete el delito de peculado.

Se aplicará esta agravante cuando el valor de lo apropiado o utilizado por el funcionario sobrepase las 10 UIT. Se hace referencia expresa a la cantidad de patrimonio afectado por el agente delictivo. Nuestros legisladores han optado por establecer un límite fijo al monto, esto es, cuando el valor de lo apropiado o utilizado sea menor a esta cuantía, entonces se aplicará el tipo base de peculado. No obstante, si el valor del patrimonio afectado supera, aunque sea, mínimamente esta cantidad, se estará frente a una conducta agravada.

Esta agravante busca patrimonializar el injusto del delito de peculado al establecer cuantificaciones de lo apropiado como circunstancia que agrava la pena (Hugo y Huarcaya, 2018). Claramente no resulta proporcional sancionar conductas que afecten el patrimonio del Estado por montos menores con aquellos actos que representen pérdidas considerables de dinero para la administración pública. En ese sentido, se encuentra perfectamente legitimada.

Ahora bien, una prueba idónea para acreditar esta agravante será la pericia contable, así pues, la actuación de este elemento garantizará que el valor establecido de 10 UIT haya sido sobrepasado de forma objetiva. Como se precisa correctamente en la doctrina, la actuación de esta prueba “forma parte del derecho a la presunción de inocencia, que establece que cada elemento fáctico que forme parte de la imputación debe ser probado” (Cáceres, 2014). Esto es, en todos los casos imputados con esta agravante deberá de acreditarse que el monto de la cuantía del patrimonio ha rebasado el límite establecido.

No es necesario que el agente conozca que su conducta delictiva está sobrepasando las 10 UIT, sino que únicamente bastará acreditar que dicho monto ha sido rebasado.

1.3.2.5. Pena

El delito de peculado en su tipo base establece una pena privativa de libertad no menos de 4 ni más de 8 años, inhabilitación a que se refieren los incs. 1, 2 y 8 del art. 36 del CP, de 5 a 20 años, y con 180 a 365 días-multa.

Asimismo, cuando concorra alguna circunstancia agravante, la pena privativa de libertad será no menos de 8 ni más de 15 años, inhabilitación a que se refieren los incs. 1, 2 y 8 del art. 36 del CP, de naturaleza perpetua, y con 365 a 730 días-multa.

Pese a que la inhabilitación perpetua ya se encontraba regulada en la parte general del Código Penal, la Ley N.º 31178 la incorporó dentro de la narrativa del texto del art. 387 del CP. Esta situación, sin lugar a duda, no deja de ser controvertida, debido a que otorgarle naturaleza perpetua a la inhabilitación contraviene directamente los fines de la pena contemplados en el art. 139.22 de la Const. Pol. y el art. ii del título preliminar del CEP. Por ello, su permanencia en nuestro Código Penal debe ser revisada.

1.3.3. Análisis a la Jurisprudencia

1.3.3.1. Prescripción en el delito de peculado (R. N. N.º 1051-2019 Áncash)

R. N. N.º 1051-2019 ÁNCASH	
TEMA	Prescripción en el delito de peculado
FECHA DE EMISIÓN Y/O PUBLICACIÓN	4-3-2020
NORMAS APLICADAS	CP: arts. 82 y 387.
CONTEXTO FÁCTICO	<p>El Ministerio Público sostiene que el acusado Valentín Vara Sevillano, en su condición de alcalde de la Municipalidad Distrital de Musga, descontó de los haberes del secretario-tesorero Terencio Jesús Egúsquiza Miranda, por el lapso de cuatro años, el pago de las obligaciones del seguro social sin abonarlas realmente. Frente al reclamo del trabajador, se le giró al acusado un cheque por S/ 5 000 (cinco mil soles) de los fondos del municipio para que cancelara dicha deuda. Sin embargo, aquel retiró el dinero del banco, pero no canceló la deuda, y le manifestó a Justina Aurelia Egúsquiza Miranda que el dinero lo había gastado en el pago de obras, lo que tampoco acreditó.</p> <p>Este mismo acusado, en su periodo de mil novecientos noventa y nueve al dos mil dos, se agenció de dos guías de remisión por la supuesta compra de petróleo expedidas por Comercial Curayacu. Ambas tenían el mismo número (13 016), pero distintas fechas de emisión: la primera era del veinte de septiembre del dos mil dos, por la adquisición de veinte cilindros de petróleo por la suma de S/ 10 800 (diez mil ochocientos soles), y la segunda era del siete de octubre del dos mil dos, por la adquisición de diez cilindros de petróleo por la suma de S/ 5 400 (cinco mil cuatrocientos soles), sumas de dinero de las que el acusado se apropió.</p> <p>Asimismo, se imputó la comisión de los siguientes hechos en los cuales habría participado el acusado Valentín Vara Sevillano junto con sus coacusados Maximino Nilo Asencio Capcha, Isaac Joel Sevillano Matienzo, Roger Faustino Mendoza Ramirez, Justina Aurelia Egúsquiza Miranda y Juan Castillo Estrada: a) se giraron cheques a nombre del exalcalde Valentín Vara Sevillano por un monto de S/ 45 885 (cuarenta y cinco mil ochocientos ochenta y cinco soles) a fin de manejar todos ellos el dinero en efectivo, cuando debieron girarse a nombre de los proveedores; b) se detectaron facturas en el año dos mil por un valor de S/ 3 070 (tres mil setenta soles) y en mil novecientos noventa y nueve por un valor de S/ 4 075 (cuatro mil setenta y cinco soles) que presentaban enmendaduras al haberse alterado el precio de los productos que se consignaron como adquiridos y no concordaban con la cantidad del producto, lo que indica que se realizaron maniobras para beneficiarse económicamente; c) se detectó la existencia de planillas de pago a obreros que no tenían firma, lo que generó un egreso de S/ 3 000 (tres mil soles) registrado en la contabilidad; asimismo, planillas inexistentes por el monto de S/ 576 (quinientos setenta y seis soles); d) utilizaron recibos simples y declaraciones juradas por montos mayores a S/ 500 (quinientos soles), haciendo un total de S/ 1 500 (mil quinientos soles) para justificar el dinero apropiado, puesto que no presentaron las respectivas visaciones; e) se giraron cheques cuyos gastos no se sustentaron en su totalidad; f) se detectó una serie de boletas de venta que no tenían fecha de emisión, y g) durante el periodo mil novecientos noventa y nueve a dos mil dos no se realizaron los descuentos para el pago de las obligaciones sociales de los trabajadores, pese a haberse girado un cheque por S/ 5 000 (cinco mil soles) para regularizar dicho pago, y este no se hizo efectivo.</p>
EXTREMOS DE LA PRE-TENSIÓN	[E]xcepción de prescripción de la acción penal promovida en la vista de la causa por las defensas de Valentín Vara Sevillano y de Roger Faustino Mendoza Ramirez

1.3.3.2. La naturaleza de la vinculación funcional del cargo del funcionario público con el patrimonio indebidamente apropiado en el delito de peculado (Cas. N.º 1527-2018 Tacna).

CAS. N.º 1527-2018 TACNA	
TEMA	La naturaleza de la vinculación funcional del cargo del funcionario público con el patrimonio indebidamente apropiado en el delito de peculado
FECHA DE EMISIÓN Y/O PUBLICACIÓN	5-3-2020
NORMAS APLICADAS	CP.: art. 387
CONTEXTO FÁCTICO	<p>Se imputó a Fausto Foraquita Mendoza que, en su condición de alcalde de la Municipalidad Distrital de Pocollay, emitió la Resolución de Alcaldía N.º 2312007-A-MDP-T, del veintidós de junio del dos mil siete, en la que autorizó incrementos remunerativos no contemplados en el presupuesto institucional de apertura (PIA) del año dos mil siete, gestionados además a través de una negociación colectiva extemporánea, con lo cual contravino las normas expresas de austeridad que le fueron debidamente comunicadas. Para ello, utilizó como fuentes de financiamiento: a) recursos directamente recaudados —ingresos propios—, b) el fondo de compensación municipal —Foncomún—, c) las fuentes de canon y sobrecanon, y d) rentas de aduana —estas dos últimas fuentes no estaban autorizadas para el pago de remuneraciones—.</p> <p>Con dicho proceder, el citado burgomaestre permitió la apropiación de estos recursos por parte de terceros y también para beneficio propio, ya que, al tener la calidad de técnico registral con licencia para asumir el cargo de alcalde, le iban a corresponder los incrementos una vez que cesara en el cargo —esto es, un beneficio en proyección—.</p> <p>Con ese incremento de remuneraciones causó perjuicio económico al Estado, que se materializa en la pérdida de S/ 81 373.19 (ochenta y un mil trescientos setenta y tres soles con diecinueve céntimos).</p>
EXTREMOS DE LA PRE-TENSIÓN	Denuncian una errónea interpretación del art. 387 del CP, puesto que el aumento de las remuneraciones que no estaba previsto en el presupuesto anual institucional y con fondos no autorizados destinados a otros fines no constituye un supuesto de peculado. Por ello, reclaman que se evalúe su proceder conforme a los presupuestos típicos tanto objetivos como subjetivos que este delito prevé legal y jurisprudencialmente.

CRITERIOS DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL	<p>Como se aprecia en los fundamentos descritos, tanto el juzgado de primera instancia como la Sala Superior concibieron erróneamente la aplicación del tipo penal de peculado, debido a que no hubo una evaluación adecuada del verbo rector apropiar.</p> <p>En primera instancia, basaron la ilicitud penal del hecho en la infracción a la norma administrativa y en la prohibición de empleo de los fondos que se utilizaron —Foncomún, canon y sobrecanon—. Mientras que los jueces de segunda instancia, si bien evidenciaron irregularidades en el proceder de los partícipes que daban cuenta de su intencionalidad y concierto para disponer indebidamente el pago de aumento de las remuneraciones con fondos no autorizados, a partir de ello consideraron configurado el delito de peculado, con lo cual incurrieron en un error de interpretación ontológica del verbo rector apropiación, conforme se expuso al desarrollar las materias de interés casacional en el apartado 1.2 de los “Fundamentos de derecho” de la presente sentencia.</p> <p>La consideración de que existen irregularidades que evidencian el actuar doloso de los imputados sobre conductas objetivas que dan cuenta del empleo de fondos públicos para realizar, como consecuencia de una negociación colectiva irregular, pagos que no estaban amparados en la ley presupuestal, simulando legalidad en el procedimiento a través de informes que por inexactos resultaban engañosos, podría constituir el supuesto fáctico para el encausamiento por otro tipo penal que el Ministerio Público debe calificar. Adicionalmente, conforme al art. vii del título preliminar del Código Penal, corresponde efectuar un análisis a la intencionalidad de los ahora procesados durante su desempeño funcional respecto a las razones que los determinaron a efectuar pagos empleando fondos no autorizados.</p> <p>En el caso juzgado, el pliego petitorio de la negociación colectiva del Sindicato de Trabajadores Municipales de Pocollay fue presentado a fines del año dos mil seis; y, mediante el oficio del ocho de enero del dos mil siete, el sindicato solicitó al alcalde Fausto Foraquita Mendoza la conformación de la Comisión Paritaria para la negociación colectiva, en virtud de lo cual se llegó al acuerdo del incremento de las remuneraciones, entre otros aspectos, el dieciséis de mayo del dos mil siete, con efecto retroactivo al mes de marzo de dicho año. Con esta descripción se puede colegir que el alcalde, al autorizar el incremento de remuneraciones, pretendió dar respuesta a un pedido sindical.</p> <p>De ello se desprende que el fin no fue apropiarse, sino realizar pagos a sus trabajadores, independientemente de la legalidad o no de estos, elemento subjetivo que no se condice con el exigido para la configuración del delito de peculado.</p>
--	---

1.3.3.3. Funcionario de hecho en el delito de peculado (Cas. N.º 442-2017 Ica).

CAS. N.º 442-2017 ICA	
TEMA	Funcionario de hecho en el delito de peculado
FECHA DE EMISIÓN Y/O PUBLICACIÓN	11-12-2019
NORMAS APLICADAS	CP: art. 387
CONTEXTO FÁCTICO	Se atribuyó al imputado Luis Alberto Gallegos Cáceres que, en su condición de asistente administrativo de la Unidad de Servicios Judiciales de la Corte Superior de Ica, en el período comprendido entre los meses de enero a junio del dos mil trece, se adjudicó de la suma de cuatro mil novecientos veinte soles, de la propiedad de dicho ente estatal, correspondiente al pago de alquileres, por la concesión de servicio de fotocopiado de la sedes de Pisco (Fonavi, Túpac Amaru y Plaza de Armas), que le fueron entregados por la concesionaria Paula Radelia Guevara Jurado, en los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo y junio del dos mil trece, a razón de ochocientos veinte soles mensuales, que debieron ser depositados por dicho trabajador en la cuenta de la Corte Superior del Poder Judicial de Ica, quien para recibir el pago de dichos alquileres aprovechó el haber laborado en el área de recaudación y haber formado parte de la comisión encargada del Proceso de Selección de la Concesión del Servicio Fotocopiado del 2013, y así apropiarse de dichas sumas de dinero, pues no dio cuenta de haber recibido tales sumas de dinero a sus superiores.
EXTREMOS DE LA PRE-TENSION	22. [E] reclamo del recurrente se centra en una errónea interpretación del primer párrafo, del artículo trescientos ochenta y siete, del Código Penal, y si se justificó normativamente la calidad de funcionario público de hecho, para atribuirle responsabilidad penal por la comisión del delito de peculado doloso. Es decir, si se alteró la propia naturaleza y esencia del citado tipo penal, al considerar al casacionista, como funcionario de hecho
CRITERIOS DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL	44. [E]n el caso concreto, no estamos ante un funcionario o servidor de hecho, pues no se cumplen los presupuestos requeridos para que se pueda considerar al recurrente, como tal. En efecto, (i) el cargo no tiene existencia legal, pues no existe dentro de la organización administrativa de la Corte Superior de Justicia de Ica, un cargo de recaudador para concesiones de fotocopias o algo similar, en relación con el hecho imputado —por el contrario, en la cláusula seis del contrato de concesión de servicios de fotocopiado, del mes de enero del dos mil trece, quedó establecido que el concesionario debe depositar directamente en las cuentas del Banco de la Nación y, luego, entregar el vócher al área de recaudaciones—; (ii) no concurre la posesión del cargo, pues el casacionista se desempeñaba como auxiliar de requisitorias; y (iii) no hay apariencia de legitimidad del título o nombramiento, pues el acto de delegación, conferimiento o designación de la función ni siquiera existió. Corresponde entonces, la absolución del casacionista, por el delito de peculado doloso, previsto en el primer párrafo, del artículo trescientos ochenta y siete, del Código Penal.

1.4. Formulación del problema

¿Se debe aplicar el principio de última ratio y la exigencia de un monto mínimo en los artículos 387 y 388 del Código Penal?

1.5. Justificación e importancia

La investigación, pretende determinar la correcta aplicación del principio de ultima ratio y la exigencia de un monto mínimo en el delito de peculado, teniendo en cuenta que las

circunstancias agravantes incorporadas obedecen a una realidad que ha venido afrontando nuestra Nación con motivo de la emergencia sanitaria producida por la pandemia de COVID-19, por eso su regulación se justifica.

Así mismo, el incremento de pena para las circunstancias agravantes del peculado doloso, de doce a quince años, no es relevante, salvo que en el caso concreto al momento de determinar la pena solo se advierta la presencia de circunstancias agravantes genéricas.

De igual manera los mecanismos legales necesarios de mejorar son los de carácter procesal y administrativo, los cuales tienen que ser acordes a nuestro derecho interno y a las recomendaciones previstas en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Por ejemplo, el art. 5.3 de la Convención establece que “cada Estado parte procura una evaluación periódica de instrumentos jurídicos y sobre medidas administrativas referidas a si son pertinentes para erradicar la corrupción”. El peculado también es considerado como corrupción por la mencionada convención. De igual forma las penas de inhabilitación perpetua incorporadas legislativamente para el peculado doloso se justifican y no afectan el derecho fundamental al trabajo, porque la inhabilitación tiene que estar precisada en la sentencia.

De igual forma se ha podido evidenciar que en el caso de viáticos no son entregados para su administración, percepción y custodia, porque el funcionario o servidor público cuenta con autorización lícita para disponer del dinero que le fue otorgado. Entonces, puede gastarlo en su totalidad y solo tiene la obligación de sustentar dicho gasto a través de boletas, facturas y declaraciones juradas. Sin embargo, si el obligado no ha rendido cuentas o lo ha efectuado de manera defectuosa, pero no con actos ilegales ni falseando datos, se dilucidará en un proceso en la vía administrativa, tan igual como se hacen en otros países de Latinoamérica.

Supuesto diferente es cuando el funcionario o servidor público que ha recibido los viáticos para realizar una comisión no los gasta, por ejemplo, se hospeda en la casa de un familiar, pero presenta facturas de un hospedaje en el que nunca estuvo registrado, así como boletas falsas o adulteradas que consignan gastos de alimentos que nunca consumió. En estos casos existiría un delito contra la fe pública, ya que se falsificó documentos para sustentar gastos.

El funcionario o servidor público que realiza cabalmente el encargo de desplazamiento, es decir, estuvo en el lugar donde fue comisionado, tuvo labor activa corroborada, pero no rindió cuentas de los gastos realizados, no puede ser imputado por el delito de peculado y, por tanto, no podría devolver la totalidad de los viáticos asignados, porque lógicamente el funcionario tuvo que viajar, alimentarse, etc. No obstante, en caso tenga que devolver un monto, la administración tendría que hacer primero una indagación para determinar una cantidad.

El fundamento esencial o principal del AP N.º 7-2019 es que considera los principios bases del derecho penal, tales como el principio de mínima intervención y fragmentariedad, para que la no rendición de cuentas de los viáticos no deba ser castigado penalmente. Considero que dicha conclusión resulta ser acertada, porque no debemos olvidar que en el procedimiento administrativo se sancionará, probablemente, al funcionario o servidor público que recibió los viáticos y no los justificó. En esta vía se le podría sancionar con incluso la destitución de su cargo, además de tener un antecedente negativo para futuros cargos o puestos laborales.

1.6. Hipótesis

Si se aplica el principio de ultima ratio y la exigencia de un monto mínimo en los artículos 387 y 388 del Código Penal, entonces se podrá tener un mejor control de la sobrecriminalización del delito de peculado, pudiendo simplemente aplicar un procedimiento administrativo sancionador, teniendo en cuenta el monto afectado.

1.7. Objetivos

1.7.1. General

Determinar si se debe aplicar el principio de última ratio y la exigencia de un monto mínimo en los artículos 387 y 388 del Código Penal.

1.7.2. Específicos

- a. Analizar la aplicación del principio de ultima ratio en el delito de peculado
- b. Describir doctrinalmente la figura jurídica de los delitos previstos en el artículo 387 y 388 del Código Penal.
- c. Proponer la exigencia de un monto mínimo en los artículos 387 y 388 del Código Penal.

II. MATERIAL Y METODO

2.1. Tipo y diseño de investigación

Tipo: Cuantitativa en nivel propositivo

La presente investigación ha sido desarrollada con un tipo de estudio cuantitativo, teniendo en cuenta que tiene un nivel propositivo, ya que a través de esta metodología toda información se encontrará representada por tabla y gráficos, así mismo tendrá una adecuada propuesta legislativa frente a la aplicación del principio de ultima ratio y la exigencia de un monto mínimo en los artículos 387 y 388 del Código Penal (Hernández, 2018, p. 10).

Diseño: no experimental

El diseño aplicado en el desarrollo de la investigación es la no experimental, ya que no existe ninguna manipulación de las variables que se encuentran establecidas, de esta manera se lograra determinar la aplicación del principio de ultima ratio y la exigencia de un monto mínimo en los artículos 387 y 388 del Código Penal (Hernández, 2018, p. 174).

2.2. Variables

Variable independiente

Principio de ultima ratio

Tabla 1
Operacionalización de variables

Variables	Dimensiones	Indicadores	Ítem / Instrumento
	Aplicación	Procedimiento	Encuesta / Escala de
V. Independiente	Sobre carga procesal	administrativo	Likert
	Inadecuada utilización	sancionador	
Principio de		Celeridad	
ultima ratio		procesal	
		No existe una	
		cuantía mínima	
V.	La estructura jurídica	Tipicidad	
Dependiente	actual del delito de peculado	objetiva	
	doloso	Tipicidad	
Delito de	Elementos del tipo	subjetiva	
peculado	objetivo	Sobre las	
	Consumación y tentativa	circunstancias	
	El incremento de las	agravantes	
	penas de privación de la		

libertad a las circunstancias
agravantes nuevas y a las
existentes

Naturaleza del
delito de peculado

Variable dependiente

Fuente: elaborado por el investigador

2.3.Población y muestra

Población

Es definida como el conjunto de individuos de una determinada, población, sociedad o lugares, los cuales deben tener un conocimiento en común sobre el tema a tratar que es la aplicación del principio de ultima ratio y la exigencia de un monto mínimo en los artículos 387 y 388 del Código Penal, cabe señalar que esta población estará conformada por el conjunto de Abogados especialistas en derecho penal, jueces y fiscales (Hernández, 2018, p. 235).

Muestra

Se le considera como muestra al sub conjunto de una determinada población, cabe resaltar que estas muestras deberán tener conocimiento pleno sobre la aplicación del principio de ultima ratio y la exigencia de un monto mínimo en los artículos 387 y 388 del Código Penal, así mismo esta muestra estará conformada por 50 expertos en la materia penal, los cuales son Abogados especialistas en derecho penal, jueces y fiscales, ya que a través del muestreo no probabilístico se logró determinar esta cantidad (Hernández, 2018, p. 235).

Tabla 2
Datos de los informantes según el cargo que desempeñan

<i>informantes</i>	<i>Nº</i>	<i>%</i>
<i>Abogados especialistas en</i> <i>derecho penal</i>	<i>40</i>	<i>80</i>
<i>Jueces penales</i>	<i>3</i>	<i>6</i>
<i>Fiscales</i>	<i>7</i>	<i>14</i>
<i>total</i>	<i>50</i>	<i>100</i>

Fuente: elaborado por el investigador

2.4. Técnicas e Instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad

Técnicas

La encuesta: La técnica de la encuesta tiene como propósito recolectar toda información considerada importante sobre la aplicación del principio de ultima ratio y la exigencia de un monto mínimo en los artículos 387 y 388 del Código Penal, cabe señalar que mediante esta técnica que está conformada por preguntas bien elaboradas se obtendrán informaciones relevantes para la investigación siempre y cuando se respete lo establecido en la escalada Likert (Hernández, 2018).

Observación: La presente técnica básicamente tiene como objetivo analizar un determinado fenómeno o capturar lo que actualmente es un problema en una sociedad en particular, teniendo en cuenta la realidad en la que viven y los aspectos más básicos del problema para posibles soluciones (Hernández, 2018, p. 445).

Fichaje: Es una habilidad que se utiliza de manera única y mediante el autoestudio donde se necesita información importante para integrar todas las oraciones leídas (Hernández, 2018, p. 86).

Análisis Documental: Es el análisis de todos los documentos y la selección de elementos considerados importantes, así mismo es una técnica importante para ayudar a fortalecer la investigación (Hernández, 2018, p. 85).

Técnica de gabinete: Se le define como el consejo de expertos que tiene como objetivo analizar y realizar comentarios sobre lo investigado (Hernández, 2018, p. 86).

Instrumentos

Cuestionario

Es considerado como el conjunto de interrogantes sobre la vulneración del interés superior del niño en función a la conversión de la pena y acuerdo reparatorio en el decreto de urgencia N°008-2020, la cual está conformada por 10 preguntas, que ayudaran a confirmar la hipótesis establecida (Hernández, 2018).

Ficha textual

Es importante señalar que el artículo debe tener un punto importante en el trabajo progresivo, ya que conocer el artículo ayudará a identificar y considerar ideas relevantes para la investigación (Hernández, 2018, p. 86).

Ficha bibliográfica

Es un archivo que procesa las ideas recogidas en varios libros, antes de revisar e identificar la información importante que la propia investigación les comparte sobre el tema (Hernández, 2018, p. 87).

Ficha hemerográfica

Puntos clave que conducen a la retención continua de información importante que ayuda a respaldar una investigación exitosa. Antes de compilar este archivo, este archivo solo almacenaba información relacionada con el formato de un periódico o revista (Hernández, 2018, p. 87).

Ficha de resumen

Esto incluye la lectura de los resultados de cada texto, en el que la información principal contenida en el libro se agrupa y publica de acuerdo con los envíos de los autores, ya que se tienen en cuenta sus comentarios y puntos principales (Hernández, 2018, p. 88).

Ficha paráfrasis

Al recopilar las opiniones del autor expresadas en sus propias palabras, ayuda a explicar cómo piensa el investigador y cómo se puede validar la idea de la investigación (Hernández, 2018, p. 88).

2.5. Procedimientos de análisis de datos.

Información obtenida a través de la recopilación de datos Información y tecnología (cuestionario virtual); El trabajo de análisis e investigación se presenta como información relevante que puede estar en conflicto con la realidad. Los datos recolectados están sujetos a ponderación porcentual que deberá identificarse en forma de tablas, imágenes estadísticas de la solicitud, en Excel y enviarse a SPSS para análisis de confiabilidad y diseño de tablas y gráficos (Hernández, 2018, p. 443).

2.6. Criterios éticos.

- a. **Dignidad Humana:** De acuerdo al informe de Belmont la dignidad humana es considerado uno de los criterios más importantes, ya que ayudara a determinar la aplicación del principio de ultima ratio y la exigencia de un monto mínimo en los artículos 387 y 388 del Código Penal
- b. **Consentimiento informado:** Es la manifestación de voluntad de querer participar en la investigación la aplicación del principio de ultima ratio y la exigencia de un monto mínimo en los artículos 387 y 388 del Código Penal
- c. **Información:** Al utilizar la información almacenada en libros físicos y virtuales, los propósitos y objetivos de la investigación se pueden lograr considerando la necesidad de participación profesional.

- d. **Voluntariedad:** Este criterio es el encargado de dar a conocer que desea participar en la investigación y poder determinar la aplicación del principio de ultima ratio y la exigencia de un monto mínimo en los artículos 387 y 388 del Código Penal
- e. **Beneficencia:** Este criterio ayuda a determinar lo beneficio que será para el estado peruano y para la administración pública.
- f. **Justicia:** A través de la existente la aplicación del principio de ultima ratio y la exigencia de un monto mínimo en los artículos 387 y 388 del Código Penal

2.7. Criterios de Rigor Científico:

Fiabilidad: La confiabilidad indica que se obtuvo el mismo resultado con múltiples instrumentos de medición. En resumen, la confiabilidad de la investigación es el grado en que los resultados de la investigación son robustos y sólidos.

Muestreo: Se dice que esta investigación, tomando en cuenta el hecho científico, por un lado, es un ejemplo, cualquier actividad de investigación que utilice libros e informes, que pueden ser un modelo para el mundo, se utiliza para recolectar información.

Generalización: Este es el primer elemento del pensamiento y la lógica humana. Ésta es la clave del éxito. Este término general se usa ampliamente en muchos campos, que a veces tienen un significado específico según la naturaleza de la investigación.

Validez: Los criterios de medición del desempeño son la medida más importante de confiabilidad de la auditoría en comparación con las mediciones estándar.

Metodológico: Para ver si los resultados de los expertos son fiables antes de la investigación planificada, consulte los criterios utilizados.

Transferibilidad: Este estudio tiene en cuenta los aspectos metodológicos del análisis en el que se transmiten los resultados de la población según el estudio propuesto.

III. RESULTADOS

3.1. Resultados en tablas y figuras

Tabla 3

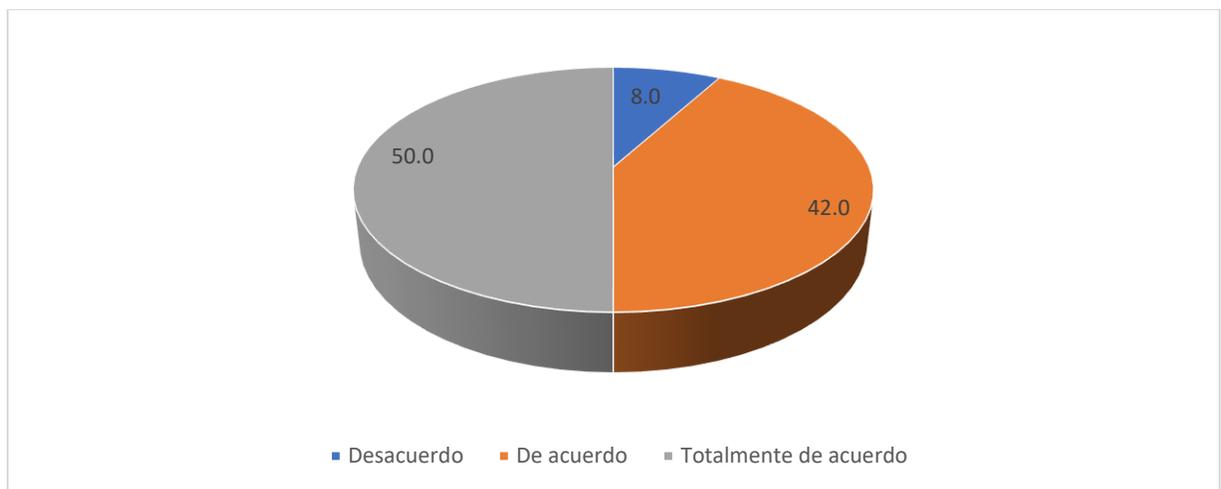
Principio de ultima ratio.

Descripción	Frecuencia	Porcentaje
Desacuerdo	4	8.0
De acuerdo	21	42.0
Totalmente de acuerdo	25	50.0
Total	50	100.0

Nota: Encuesta aplicada Jueces Penales, Fiscales y Abogados especialistas en Derecho Penales.

Figura 1.

Principio de ultima ratio.



Nota: Conforme a los resultados obtenidos, se puede demostrar que el 50% de los encuestados señalan estar totalmente de acuerdo en que se deba aplicar el principio de ultima ratio frente al delito de peculado, así mismo existe otro resultado favorable para la investigación, el cual es el 42% de la población que demuestran estar a favor en la correcta aplicación del principio de ultima ratio.

Tabla 4

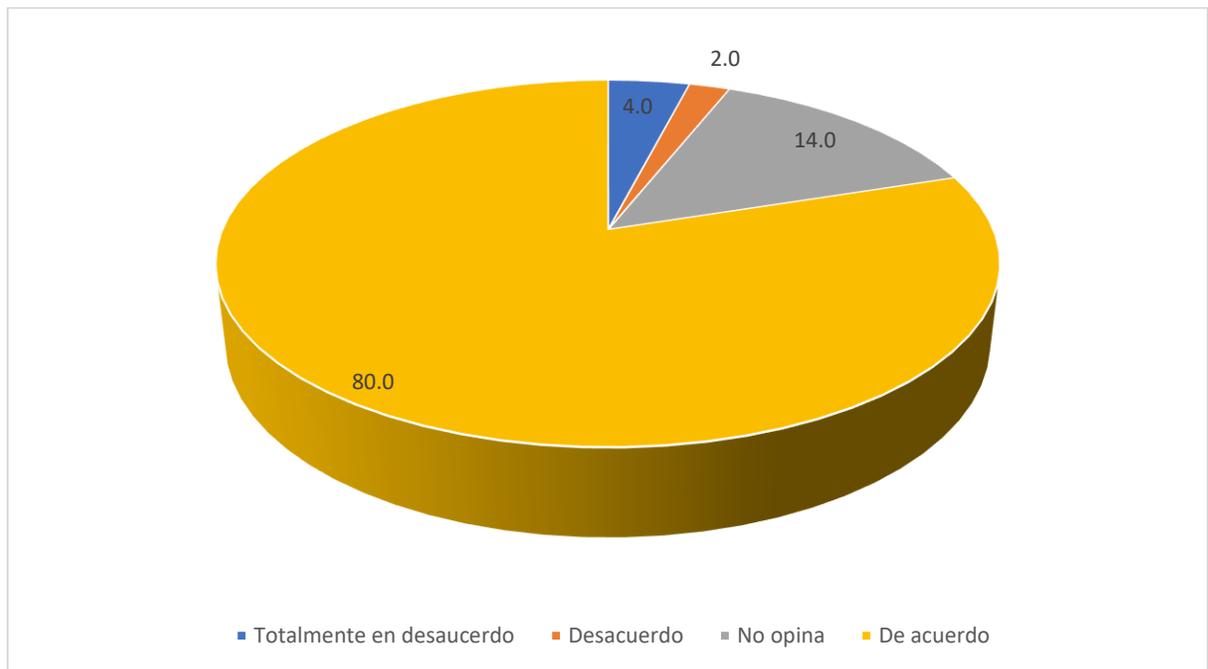
Delito de peculado.

Descripción	Frecuencia	Porcentaje
Totalmente en desacuerdo	2	4.0
Desacuerdo	1	2.0
No opina	7	14.0
De acuerdo	40	80.0
Total	50	100.0

Nota: Encuesta aplicada Jueces Penales, Fiscales y Abogados especialistas en Derecho Penales.

Figura 2.

Delito de peculado.



Nota: A través de los resultados obtenidos por la aplicación de la encuesta se ha logrado comprobar que el 80% de los expertos en materia penal demuestran estar conforme en que lo estipulado para el delito de peculado se encuentra mal aplicado, sin embargo, por otro lado, se tiene 14% de los encuestados que prefieren no expresar su comentario y mantenerse al margen con su opinión.

Tabla 5

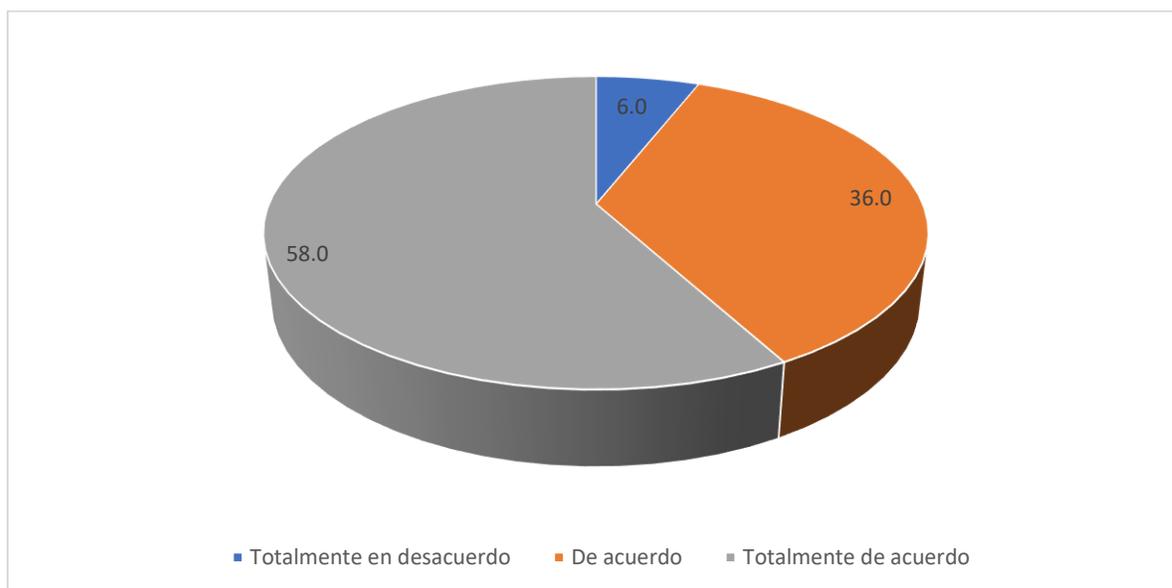
Artículo 387 y 388 del código penal.

Descripción	Frecuencia	Porcentaje
Totalmente en Desacuerdo	3	6.0
De acuerdo	18	36.0
Totalmente de acuerdo	29	58.0
Total	50	100.0

Nota: Encuesta aplicada Jueces Penales, Fiscales y Abogados especialistas en Derecho Penales

Figura 3.

Artículo 387 y 388 del código penal.



Nota: Conforme a los resultados obtenidos, se puede demostrar que el 58% de las personas que han formado parte de la encuesta señalan estar totalmente de acuerdo en que se deba establecer un monto mínimo para la correcta aplicación del art. 387 y 388 del código penal, así mismo otro resultado similar y favorable para la investigación es lo manifestado por el 36% de los expertos, los cuales señalan estar a favor en la necesidad de determinar un monto mínimo para la aplicado de lo estipulado en el código penal.

Tabla 6

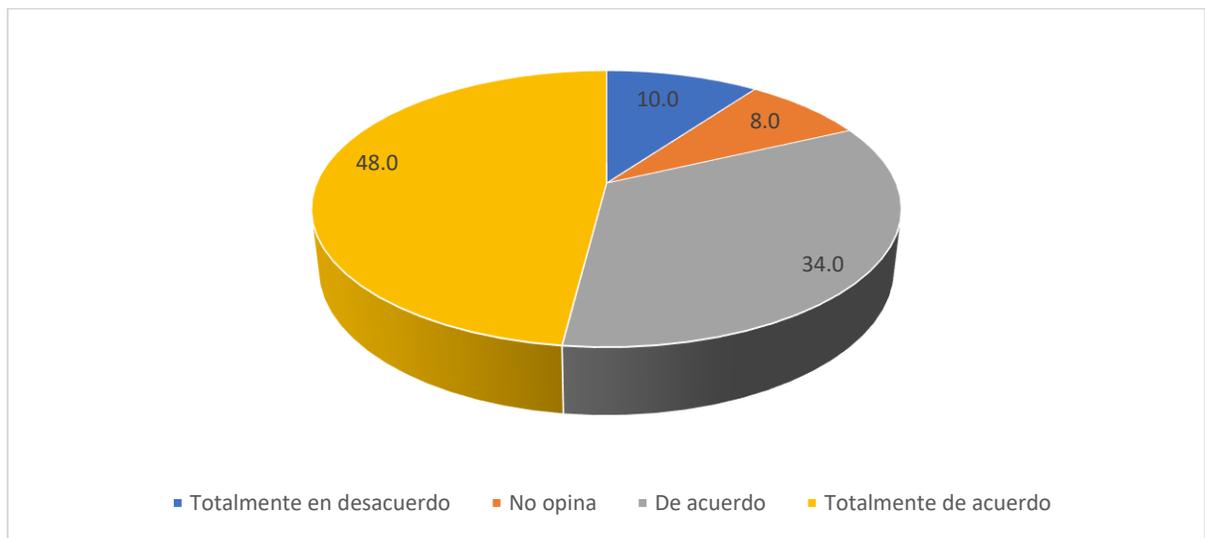
Hechos realizados por funcionarios.

Descripción	Frecuencia	Porcentaje
Totalmente en Desacuerdo	5	10.0
De acuerdo	4	8.0
Totalmente de acuerdo	17	34.0
Total	50	100.0

Nota: Encuesta aplicada Jueces Penales, Fiscales y Abogados especialistas en Derecho Penales

Figura 4.

Hechos realizados por funcionarios.



Nota: A través de los resultados obtenidos por la aplicación de la encuesta se ha logrado comprobar que el 48% de los encuestados señalan estar totalmente conforme en que lo normado por el art. 387 y 388 del código penal no está siendo aplicado de forma adecuada frente a los hechos realizados por funcionarios, así mismo se tiene otro resultado a favor el cual es lo señalado por el 34% de los expertos que manifiestan estar de acuerdo en que no existe una adecuada aplicación de los normado por el Código Penal en los art. 387 y 388.

Tabla 7

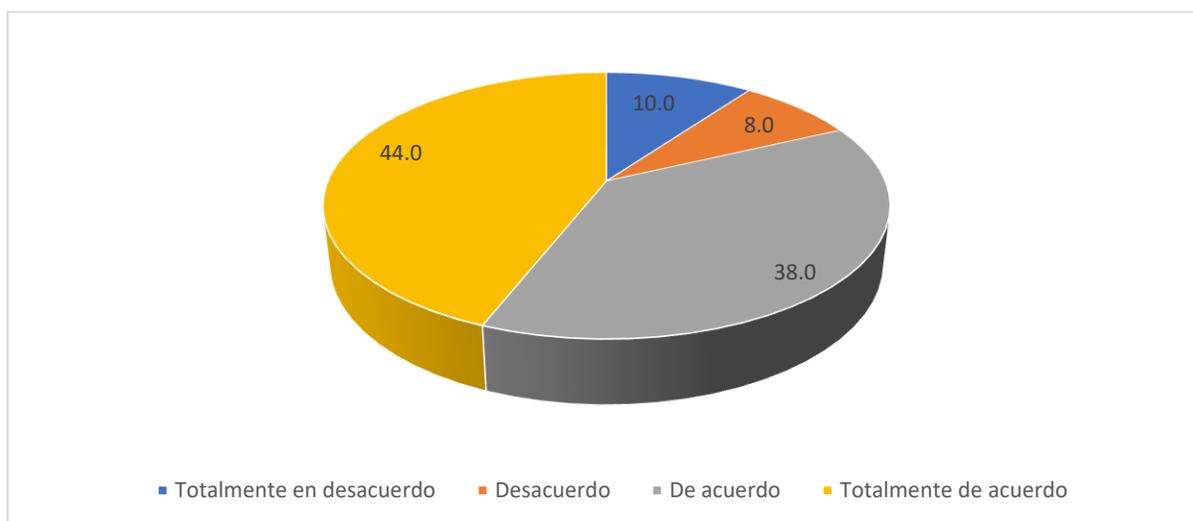
Sanción penal

Descripción	Frecuencia	Porcentaje
Totalmente en Desacuerdo	5	10.0
Desacuerdo	4	8.0
De acuerdo	19	38.0
Totalmente de acuerdo	22	44.0
Total	50	100.0

Nota: Encuesta aplicada Jueces Penales, Fiscales y Abogados especialistas en Derecho Penales

Figura 5.

Sanción penal.



Nota: Conforme a los resultados obtenidos, se puede demostrar que el 44% de las personas que han formado parte de la encuesta señalan estar totalmente de acuerdo en que la sanción penal no deba ser considerado como el único mecanismo jurídico para sancionar un acto realizado por un funcionario público en contra del estado, así mismo otro resultado favorable se tiene a lo expresado por el 38% de la población que señalan estar de acuerdo con lo mencionado por la investigación ya que considerad que puede ser por una sanción administrativa.

Tabla 8

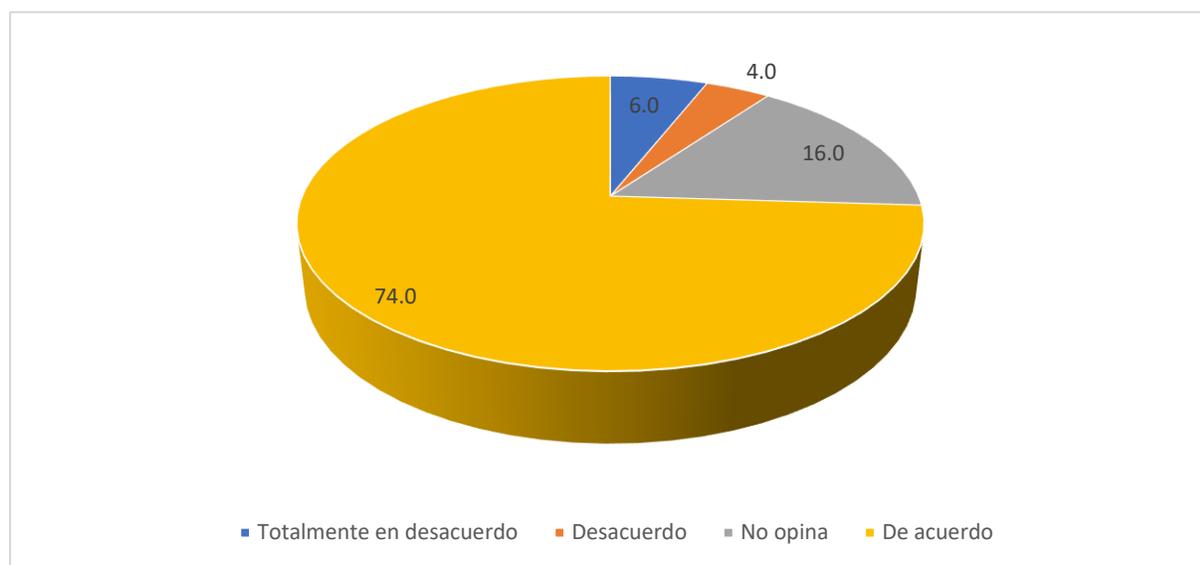
Sanción administrativa.

Descripción	Frecuencia	Porcentaje
Totalmente en Desacuerdo	3	6.0
Desacuerdo	2	4.0
No opina	8	16.0
De acuerdo	37	74.0
Total	50	100.0

Nota: Encuesta aplicada Jueces Penales, Fiscales y Abogados especialistas en Derecho Penales

Figura 6.

Sanción administrativa.



Nota: A través de los resultados obtenidos por la aplicación de la encuesta se ha logrado comprobar que el 74% de las personas consideradas expertas en la materia, señalan estar de acuerdo en que el delito de peculado no siempre debe ser sancionado por acción penal, sino que también deba tomarse en cuenta una sanción administrativa, sin embargo, existe un resultado considerado imparcial con el 16% que prefieren no expresar su comentario sobre el tema.

Tabla 9

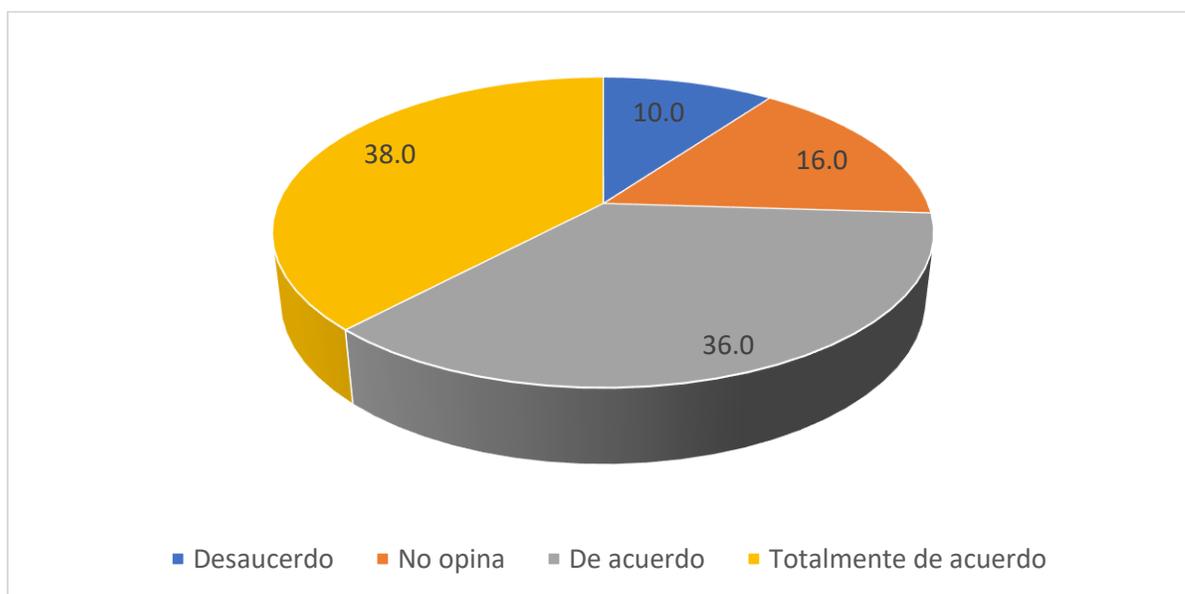
Sanción penal y el delito de peculado.

Descripción	Frecuencia	Porcentaje
Desacuerdo	5	10.0
No opina	8	16.0
De acuerdo	18	36.0
Totalmente de acuerdo	19	38.0
Total	50	100.0

Nota: Encuesta aplicada Jueces Penales, Fiscales y Abogados especialistas en Derecho Penales

Figura 7.

Sanción penal y el delito de peculado.



Nota: Conforme a los resultados obtenidos, se puede demostrar que el 38% de las personas que han formado parte de la encuesta señalan estar totalmente de acuerdo en que al aplicar siempre una sanción penal frente al delito de peculado se estaría vulnerando el principio de ultima ratio, así mismo se puede demostrar que el 36% de los expertos señalan estar a favor con la pregunta realizada.

Tabla 10

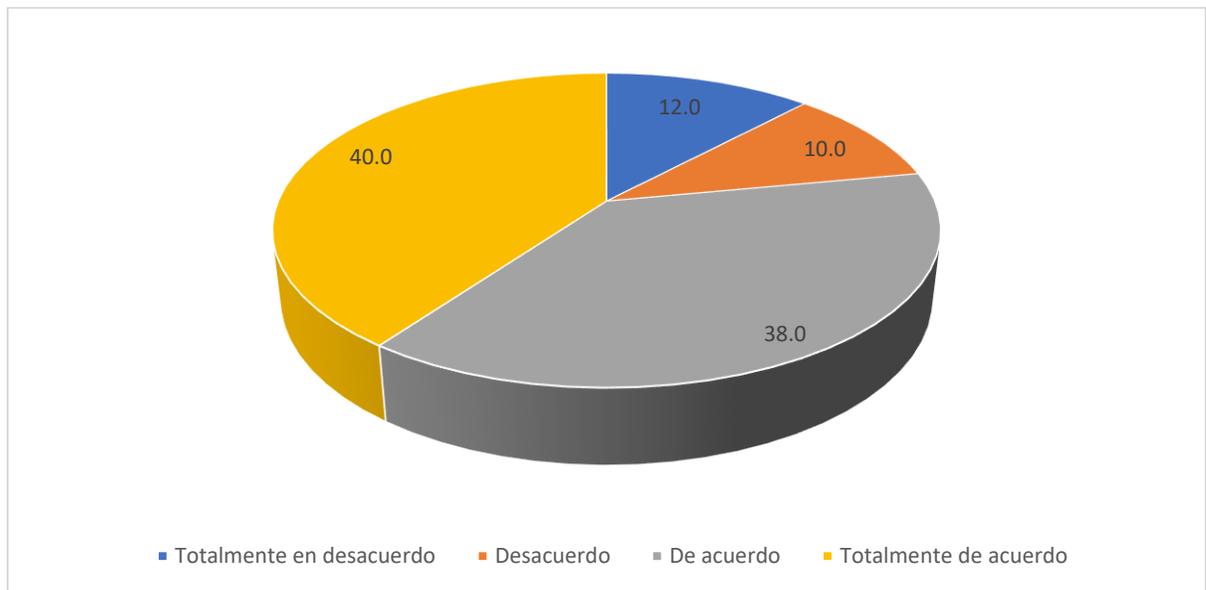
Monto o la cuantía del delito.

Descripción	Frecuencia	Porcentaje
Totalmente en Desacuerdo	6	12.0
Desacuerdo	5	10.0
De acuerdo	19	38.0
Totalmente de acuerdo	20	40.0
Total	50	100.0

Nota: Encuesta aplicada Jueces Penales, Fiscales y Abogados especialistas en Derecho Penales

Figura 8.

Monto o la cuantía del delito.



Nota: A través de los resultados obtenidos por la aplicación de la encuesta se ha logrado comprobar que el 40% de los especialistas en derecho penal demuestran estar totalmente de acuerdo en que los jueces deberán tomar en cuenta el monto o la cuantía por el cual se encuentra investigado el servidor público, así mismo otro resultado a favor de la investigación se tiene lo expresado por el 38% de los encuestados que señalan estar a favor de la investigación.

Tabla 11

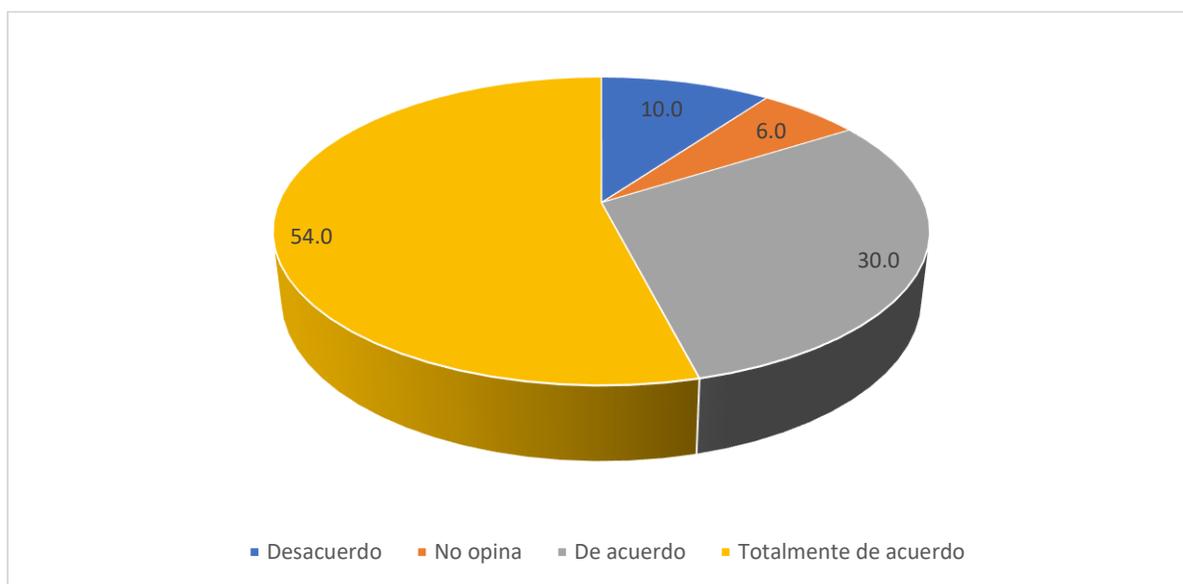
Análisis del delito de peculado.

Descripción	Frecuencia	Porcentaje
Desacuerdo	5	10.0
No opina	3	6.0
De acuerdo	15	30.0
Totalmente de acuerdo	27	54.0
Total	50	100.0

Nota: Encuesta aplicada Jueces Penales, Fiscales y Abogados especialistas en Derecho Penales

Figura 9.

Análisis del delito de peculado.



Nota: Conforme a los resultados obtenidos, se puede demostrar que el 54% de las personas que han formado parte de la encuesta señalan estar totalmente de acuerdo en que es necesario un análisis adecuado a la norma que regula el delito de peculado, así mismo el 30% de los colegas piensan lo mismo en que es necesario un adecuado análisis a la normatividad del peculado.

Tabla 12

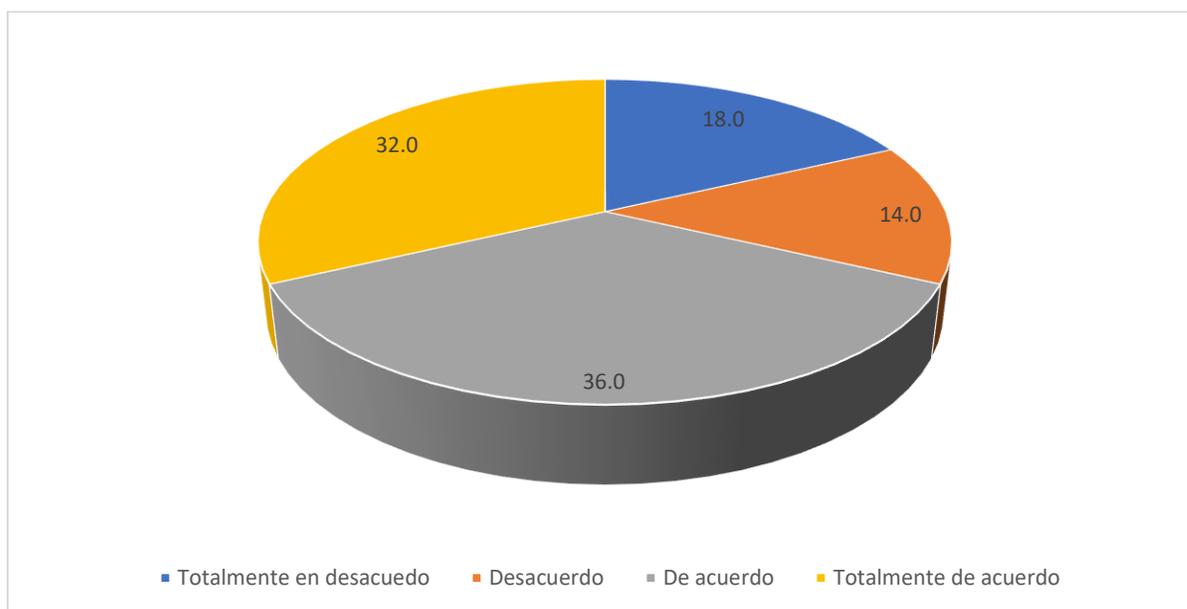
Sanción penal o una sanción administrativa.

Descripción	Frecuencia	Porcentaje
Totalmente en Desacuerdo	9	18.0
Desacuerdo	7	14.0
De acuerdo	18	36.0
Totalmente de acuerdo	16	32.0
Total	50	100.0

Nota: Encuesta aplicada Jueces Penales, Fiscales y Abogados especialistas en Derecho Penales

Figura 10.

Sanción penal o una sanción administrativa.



Nota: A través de los resultados obtenidos por la aplicación de la encuesta se ha logrado comprobar que el 36% de los expertos señalan estar a favor de que se deba determinar en qué circunstancias es adecuado una sanción penal o una sanción administrativa, así mismo un 32% de los colegas encuestados manifiestan lo mismo en que es necesario determinar en qué circunstancias es necesario una sanción penal o administrativa.

3.2. Discusión de resultados

De acuerdo al objetivo general, el cual busca determinar si se deba aplicar el principio de ultima ratio y la correcta exigencia de un monto mínimo en los artículos 387 y 388 de nuestro código penal, para ello tendremos en cuenta lo obtenido en las figuras N° 1 y 3, el cual en la primera figura se puede demostrar el 50% de los encuestados señalan estar totalmente de acuerdo en que se deba aplicar el principio de ultima ratio frente al delito de peculado, así mismo otro resultado a favor se tiene lo obtenido en la siguiente figura que demuestran que el 58% de las personas que han formado parte de la encuesta señalan estar totalmente de acuerdo en que se deba establecer un monto mínimo para la correcta aplicación del art. 387 y 388 del código penal . Estos dos resultados nos brindar un claro favorecimiento a que el estado deba aplicar o determinar un adecuado monto para que de esta manera no se sobre criminalice todos los actos realizados por un funcionario público, es por ello que al contrastarlo con lo sustentado por Paredes (2019), el cual señala que el delito de peculado atenta, perjudica o ataca toda esencia del estado, puede ser tanto desde una apropiación de fondos que se encuentra destinados a una protección tanto individual o social, en el cual puede atentar con el presupuesto destinado para la salud, educación y entre otros aspectos que sustenten y ayuden al desarrollo de la sociedad. Contrastando lo resultado obtenidos por la encuesta y lo sustentado por el autor se puede establecer que el delito de peculado puede surgir de dos formas una que es culposa y otra dolosa, sin embargo, no puede ser considerando de igual forma, ya que una fue realizada desde una perspectiva de desconocimiento y la otra desde el enfoque de cometer un acto delictivo con la finalidad de obtener un beneficio perjudicando al estado.

Teniendo en cuenta el primer objetivo específico, el cual busca realizar un adecuado análisis de la aplicación del principio de ultima ratio frente al delito de peculado, es por ello que

tendremos en cuenta lo obtenido en la figura N° 9 y 7, los cuales demuestran en la primera figura que el 54% de las personas que han formado parte de la encuesta señalan estar totalmente de acuerdo en que es necesario un análisis adecuado a la norma que regula el delito de peculado, así mismo en la segunda figura señalan que el 38% de las personas que han formado parte de la encuesta señalan estar totalmente de acuerdo en que al aplicar siempre una sanción penal frente al delito de peculado se estaría vulnerando el principio de ultima ratio. Estos dos resultados obtenidos por medio de la encuestas nos brinda un claro favorecimiento a favor de la investigación ya que demuestran que es necesario realizar un adecuado análisis a la figura del peculado para que de esta manera se pueda establecer una solución a la problemática existente, es por ello que al compararlo con lo sustentado por Santamaría (2019), el cual concluye que el estado tiene un gran poder punitivo frente a los actos delictivos, sin embargo, la gran mayoría de juristas no están de acuerdo el cómo ejerce este poder, ya que es evidente que siempre lo aplican de acuerdo a los intereses del gobierno que se encuentra de turno. Es por ello que se ha tomado como ejemplo el expediente contra ODEBRECHT, en el cual involucra del delito de peculado. Al contrastar estos resultados se puede evidenciar que, en la legislación peruana, es necesario un adecuado análisis ante la forma de como aplica la sanción penal frente a los actos cometidos por los funcionarios públicos, ya que a falta de una adecuada determinación de un monto mínimo para que de esta manera pueda ser aplicable lo establecido por el Art. 387 y 388.

Prosiguiendo con el segundo objetivo específico el cual tiene en cuenta la correcta descripción desde una perspectiva doctrinal de la figura jurídica de los delitos que se encuentran previsto en el artículo 378 y 388 del Código Penal, es por ello que se tendrá en cuenta lo obtenido en la figura N° 2 y 4, los cuales demuestran que en la primera figura el 80% de los expertos en materia penal demuestran estar conforme en que lo estipulado para el delito de peculado se

encuentra mal aplicado, así mismo en la segunda figura señalan que el 48% de los encuestados señalan estar totalmente conforme en que lo normado por el art. 387 y 388 del código penal no está siendo aplicado de forma adecuada frente a los hechos realizados por funcionarios. A través del resultado obtenido se puede demostrar que en la legislación peruana es necesario describir doctrinalmente la figura jurídica del peculado, ya que a través de ello se podrá establecer si se está cumpliendo con las expectativas por las cuales fueron creadas, es por ello que al compararlo con lo sustentado por Huaynarupay y Landeo (2020), el cual concluye que A través del análisis realizado se puede demostrar que el delito de peculado se realiza en base a la existencia de la comisión o abuso de ejercicio de la función pública, teniendo en cuenta que atenta contra el patrimonio estatal el cual ha sido encomendado ante el funcionario público, así mismo es importante reconocer que no toda acción o lesión, puede generar que se active o se investigue desde un sistema penal, es por ello que se demuestra que es de vital importancia que se investigue cuando los hechos son sumamente reprochables. Este nos da un claro favorecimiento en que hoy en día los especialistas en la rama del derecho penal señalan estar en contra de la aplicación de lo previsto en el art 378 y 388 del actual código penal, ya que señalan que hoy en día los actos realizados por funcionarios públicos se ven sobre criminalizados afectando así directamente el bienestar de los funcionarios.

Para finalizar tendremos en cuenta el último objetivo específico, el cual busca que se proponga una adecuada exigencia de un monto mínimo en los artículos 387 y 388 del Código Penal, para ello se tendrá en cuenta lo señalado en la figura N° 10 y 6, el cual en la primera figura se puede señalar que el 36% de los expertos señalan estar a favor de que se deba determinar en qué circunstancias es adecuado una sanción penal o una sanción administrativa, así mismo en la segunda figura se tiene que el 74% de las personas consideradas expertas en la

materia, señalan estar de acuerdo en que el delito de peculado no siempre debe ser sancionado por acción penal, sino que también deba tomarse en cuenta una sanción administrativa. A través del resultado obtenido se puede establecer que lo establecido en los artículos 387 y 388 del Código Penal, es necesario que se exija un adecuado monto mínimo para que de esta manera no exista una sobre criminalización de los actos cometidos por funcionarios, es por ello que al compararlo con lo sustentado por Abril (2018), el cual hace mención que existe una pequeña relación entre las dos figuras jurídicas las cuales son el derecho penal y constitucional, las cuales ambas obedecen o están de la mano con la vinculación de principios, prerrogativas y límites, es por ello que el principio de mínima intervención entra a actuar frente a problemas sociales que se considera que no pueden ser solucionados por el ordenamiento jurídico, es por ello que es necesario demostrar que los actos realizados y sean considerados de mayor trascendencias que afecte los bienes jurídicos, deberán ser sancionados por el derecho penal. Teniendo en cuenta todos los resultados obtenidos y lo manifestado por los autores citados se puede evidenciar que es necesario que se determine un adecuado monto mínimo, para que de esta manera pueda ser aplicable de forma adecuada lo estipulado en los artículos 387 y 388 del Código Penal, sin la existencia de una sobre criminalización.

3.3. Aporte practico

Proyecto de Ley N° 01

PROPUESTA LEGISLATIVA QUE MODIFICA EL ARTICULO 387 Y 388 DEL CODIGO PENAL PARA APLICAR EL PRINCIPIO DE ULTIMA RATIO Y LA EXIGENCIA DE UN MONTO MINIMO

La estudiante de la carrera de Derecho de la Universidad Señor de Sipán, Pool Galvez Gonzales, ejerciendo el Derecho de iniciativa Legislativa que confiere el Artículo N° 107 de la Constitución Política del Perú, y conforme a lo establecido en el Artículo 75° y 76° del Reglamento del Congreso de la Republica, presenta la siguiente propuesta legislativa.

FORMULA LEGAL

LEY QUE MODIFICA EL ARTICULO 387 Y 388 DEL CODIGO PENAL PARA APLICAR EL PRINCIPIO DE ULTIMA RATIO Y LA EXIGENCIA DE UN MONTO MINIMO.

Artículo único. Modificar el artículo 387 y 388 del código penal para aplicar el principio de ultima ratio y la exigencia de un monto mínimo, 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, estableciendo como cuantía mínima el 35% de la UIT, será reprimido con

pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años, y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. La pena será privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de naturaleza perpetua, y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, en casos en que no supere la cuantía, se procede a un procedimiento administrativo sancionador por parte de la entidad administrativa cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos:

[...]

Artículo 388. Peculado de uso

El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública o que se hallan bajo su guarda, estableciendo como cuantía mínima el 25% de UIT, 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, salvo en casos en que no supere la cuantía, se procede a un procedimiento administrativo sancionador por parte de la entidad administrativa .

[...]

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

Unica: La presente ley se adecuará a la normativa nacional, en un plazo no mayor de 60 días calendarios.

EXPOSICION DE MOTIVOS

El término "peculado" proviene de dos palabras latinas: *pecus*, que significa ganado, y *latus*, que significa hurto. Etimológicamente, el término significa "hurto de ganado". Al respecto, Aboso considera que el delito de peculado se configura cuando el funcionario público sustrae de los caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le fue confiada en razón de su cargo. Así, el contenido del injusto de este delito doloso está formado por la apropiación de los bienes ajenos de naturaleza pública que realiza el autor en su propio beneficio. En ese sentido, para el jurista argentino, el delito de peculado, en ese caso, sería de resultado, ya que la norma en cuestión demanda un efectivo menoscabo del patrimonio público. Asimismo, este delito presenta otra modalidad que es definida de la siguiente manera:

Con motivo de la emergencia sanitaria producida por el COVID-19, se han presentado investigaciones que involucran a funcionarios y servidores públicos. Por ello, mediante la Ley N. 31178, nuestro legislador no solo ha incorporado circunstancias agravantes adicionales a las ya existentes, sino también ha modificado el margen punitivo para delitos como el peculado doloso, estableciendo penas con juntas privativas de libertad, pena de multa e inhabilitación, esta última de manera permanente o "perpetua". Al respecto, se puede afirmar que el incremento de penas no resultaría ser efectivo y cuestiona que no se hayan incorporado mecanismos legales de carácter administrativo y procesal penal que permitan facilitar la resolución de estos casos de manera oportuna.

El objetivo de la Ley N.º 31178 es incorporar circunstancias agravantes para algunos delitos del Código Penal, en razón a los delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos registrados durante la emergencia sanitaria producida por la pandemia de COVID-19. La agravante introducida en el delito de peculado cuyo tipo base la encontramos en el primer párrafo del art. 387 del

CP es la comisión del delito durante calamidad pública o emergencia sanitaria o cuando la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad y soberanía nacional.

En la primera parte del presente artículo, la atención se fija en analizar si estas incorporaciones legislativas eran necesarias para contrarrestar los nuevos escenarios en los que se presenta el delito de peculado (la emergencia sanitaria, por ejemplo) y así dotar de eficacia a nuestro ordenamiento jurídico para sancionar a los responsables, de tal forma que se evite impunidad.

Lo cierto es que con la asignación de viáticos muchos funcionarios o servidores públicos han incrementado su patrimonio ilícitamente, mediante, por ejemplo, la inflación de gastos (el caso más resaltante fue el del congresista que pagó un monto excesivo, en comparación al precio del mercado, por los pollos a la brasa que consumió, en reiteradas ocasiones); la adulteración de boletas colocando cifras mayores a las consignadas originalmente, con la finalidad de que se aparente que los gastos fueron superiores a los que realmente se realizaron, el agente cree que estas nunca serán corroboradas; la no presentación de comprobantes de pago, porque no se llegó a consumir algún producto, o porque el funcionario o empleado público no concurrió a la actividad a la cual estaba asignado.

CONCLUSIONES DE LA PROPUESTA

La modificación de la norma ha generado una correcta aplicación del principio de ultima ratio y la exigencia de un monto mínimo en el delito de peculado, teniendo en cuenta que las circunstancias agravantes incorporadas obedecen a una realidad que ha venido afrontando nuestra Nación con motivo de la emergencia sanitaria producida por la pandemia de COVID-19, por eso su regulación se justifica.

ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La presente propuesta no genera gasto para el Estado, por otro lado, busca el incremento de pena para las circunstancias agravantes del peculado doloso, de doce a quince años, no es relevante, salvo que en el caso concreto al momento de determinar la pena solo se advierta la presencia de circunstancias agravantes genéricas, ya que al aplicar el principio de ultima ratio y la exigencia de un monto mínimo en los artículos 387 y 388 del Código Penal, entonces se podrá tener un mejor control de la Sobrecriminalización del delito de peculado, pudiendo simplemente aplicar un procedimiento administrativo sancionador, teniendo en cuenta el monto afectado.

IV, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1. CONCLUSIONES

- a. Se ha logrado determinar que si es aplicable el principio de última ratio a través de una correcta exigencia de un monto mínimo ante lo establecido en los artículos 387 y 388 del actual código penal, ya que a través de ello se lograra evitar una sobre criminalización de los actos realizados por funcionarios públicos, teniendo en cuenta una perspectiva frente al delito de peculado doloso y culposo.
- b. Se ha logrado analizar la aplicación del principio de ultima ratio, demostrándose lo beneficioso que será frente al delito de peculado culposo o doloso, ya que se ha logrado evidenciar que a través de estas dos situaciones existe una sobre criminalización de los hechos realizados por funcionarios, es por ello que a través del principio antes mencionado se podrá evitar toda situación que pueda perjudicar o empeorar la situación de la persona que se encuentra investigada o procesada.
- c. Se ha logrado describir doctrinalmente la figura jurídica de los delitos previstos en el artículo 378 y 388 del Código Penal, se logró apreciar lo señalado por Díaz (2017), el cual demuestra que el delito de peculado es considerado un delito especial que se encuentra estipulado formalmente en el Art. 387 del actual Código Penal, el cual sanciona o restringe toda acción de un servidor o funcionario público que puede cumplir con el cargo de percibir o custodiar patrimonios en todos los aspectos que están bajo su cargo, sin embargo no expresa de si deberá existir un monto adecuado para la existencia de dicho delito, para que de esta manera no exista una sobre criminalización.

d. Se ha realizado una propuesta legislativa que modifica el artículo 387 y 388 del código penal para aplicar el principio de última ratio y la exigencia de un monto mínimo, a fin de asegurar una adecuada exigencia de un monto mínimo frente a los delitos que se encuentran estipulados en los artículos 387 y 388 del Código Penal, logrando de esta manera determinar en qué circunstancias deberán ser juzgados por una sanción penal o administrativa, ya que de esta manera se lograra evitar una sobre criminalización frente a los actos cometido por personas que se encuentran bajo un cargo público.

4.2. RECOMENDACIONES

- a) El cogido penal a través de los artículos 387 y 388, deberá determinar en qué circunstancias deberán ser juzgados tanto por una sanción penal o sanción administrativa, para que de esta manera los funcionarios públicos frente a los actos realizados no sean perjudicados por un sobre criminalización.
- b) Los operados de justicia deberán ser capacitados frente a su principio de discrecionalidad, para que de esta manera puedan aplicar coherentemente el derecho, sin que se sobre criminalicen a través de la sanción penal.
- c) El estado peruano deberá tomar en cuenta la exigencia de un monto mínimo para que esta manera se pueda determinar si debe de ser juzgado por una sanción penal o una sanción administrativa.

REFERENCIAS

Abanto, M. (2003). Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano, 2.a ed., Lima: Palestra.

Abanto, M. (2003). Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano, Lima: Palestra.

Abril, O. (2018). Trascendencia de la cuantía en el delito de peculado y su incidencia en el principio de mínima intervención. <http://repositorio.unsa.edu.pe/bitstream/handle/UNSA/8038/DEMliammz2.PDF?sequence=4&isAllowed=y>

Alcócer, E. (2014). La autoría y participación en el delito de peculado. Comentarios a partir del caso Montesinos-Bedoya, en Instituto de Ciencia Procesal Penal, Lima. <https://bit.ly/3jBlwtW>.

Aquino, E. (2018). Reglas de política criminal para combatir la corrupción pública en el Perú. https://tesis.usat.edu.pe/bitstream/20.500.12423/1252/1/TL_AquinoVizaEdward.pdf.pdf

Arismendiz, E. (2018). Manual de delitos contra la administración pública. Cuestiones sustanciales y procesales, Lima: Instituto Pacífico.

Benavente, H. y Leonardo, V. (2012) Delitos de corrupción de funcionarios, Lima: Gaceta Jurídica.

Cáceres, R. (2014). La pericia en los delitos contra la administración pública. Criterios para su valoración”, en Castañeda Otsu, Susana (coord.), Nuevo proceso penal y delitos contra la administración de justicia, Lima: Jurista.

Cajo, C. (2021). La eficacia del tipo penal de peculado para la determinación proporcional de la pena por la participación del extraneus. https://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12893/9571/Cajo_Diaz_Carlos.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Camargo, A. (2017). ¿El Peculado Culposo como Tipo Penal en Colombia Desborda los Límites del Ius Puniendi?. <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/4008/CamargoAna2017.pdf;jsessionid=F97623A13B5E1B95193853D9431B0775?sequence=1>

Caro, J. (2003). Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber”, en Aspectos fundamentales de la parte general del Código Penal peruano. Anuario de derecho penal, Lima: Fondo Editorial PUCP. <https://bit.ly/3oZECuM>.

Chanjan, R. (2014). La administración desleal de patrimonio público como modalidad delictiva especial del delito de peculado doloso, tesis para optar el grado académico de licenciado en Derecho, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Creus, C. (1998). Derecho penal. Parte especial, t. ii, 6.a ed., Buenos Aires: Astrea.

Del castillo, F. (2019). Parámetros mínimos de cuantificación del perjuicio como elemento objetivo del tipo penal de peculado en el Perú. http://repositorio.unasam.edu.pe/bitstream/handle/UNASAM/4378/T033_70787837_T.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Díaz, A. (2017). La imputación en el delito de peculado, tesis para optar el grado académico de magíster con mención en Derecho Penal y Procesal, Piura: Universidad de Piura.

Díaz, A. (2017). La imputación en el delito peculado. https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/3282/MAE_DER_056.pdf

Donna, E. (2000). Derecho penal. Parte especial, t. iii, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Frisancho, M. (2011). Delitos contra la administración pública, 4.a ed., Lima: Fecat.

Herna, V. y Vasquez, J. (2020). Nivel de Influencia del Principio de Probidad Contra el Delito de Peculado Doloso y Culposo. https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/60047/Herna_CVW-Vasquez_OJL-SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Huaynarupay, A. y Landeo, L. (2020). La aplicación del principio de mínima intervención en el delito de peculado de uso de ínfima cuantía en los juzgados y fiscalías penales de Huancayo, 2015-2016.

<https://repositorio.upla.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12848/2047/TESIS%20%20LANDEO%20y%20%20HAUYNARUPAY.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Hugo, J. y Huarcaya, B. (2018) Delitos contra la administración pública, análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios, Lima: Gaceta Jurídica.

Jiménez, L. y Varillas, H. (2018). principio de oportunidad para los funcionarios públicos en el delito de peculado culposo.

[https://repositorio.uss.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12802/5146/Jim%
c3%a9nez%20Coagui
la%20%26%20Varillas%20Figuerola.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.uss.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12802/5146/Jim%c3%a9nez%20Coagui%20la%20%26%20Varillas%20Figuerola.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Mir, C. (2016). Comentarios a los delitos contra la administración pública, Lima: Instituto Pacífico.

Nolasco, J. y Ayala, E. (2013). Delitos contra la administración pública, Lima: Ara.Pareces, C.

(2019). El delito de peculado en el Ecuador.

[https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/699/1/T755-MDP-Paredes-](https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/699/1/T755-MDP-Paredes-El%20delito%20de%20peculado.pdf)

[El%20delito%20de%20peculado.pdf](https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/699/1/T755-MDP-Paredes-El%20delito%20de%20peculado.pdf)

Reátegui, J. (2014) Delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la administración pública, Lima: Juristas Editores.

Reátegui, J. (2014). Delitos cometidos por funcionarios en contra de la administración pública, Lima: Jurista.

Reátegui, J. (2017). Delitos contra la administración pública en el Código Penal, 2.a ed., Lima: Jurista Editores.

Rojas, F. (2007) Delitos contra la administración pública, Lima: Grijley.

Rojas, F. (2007). Delitos contra la administración pública, 4.a ed., Lima: Grijley.

Rojas, F. (2016). Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos, 3.a ed., Lima: Grijley.

RPP. (2011). Condenan a cinco años de prisión a excongresista José Anaya”, en RPP, Lima: 11 de febrero del 2011. <https://bit.ly/2sP2Noo>.

Salinas, R. (2014). Delitos contra la administración pública, 3.a ed., Lima: Grijley.

Salinas, R. (2019). Delitos contra la administración pública, 5.a ed., Lima: Iustitia.

Santamaría, D. (2019). El poder punitivo del estado y la proporcionalidad de la pena para el delito de peculado. <https://repositorio.uta.edu.ec/bitstream/123456789/30723/1/FJCS-DE-1126.pdf>

Santillán, R. (2021). ¿Colusión simple agravada? ¿Colusión agravada agravada? ¿De 6 a 20 años de pena?”, en LP. Pasión por el Derecho, Lima. <https://bit.ly/3s2fqqh>.

ANEXOS

Anexo 1



APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE ULTIMA RATIO Y LA EXIGENCIA DE UN MONTO MÍNIMO EN LOS ARTÍCULOS 387 Y 388 DEL CÓDIGO PENAL

Estimado (a): Se le solicita su valiosa colaboración para que marque con un aspa el casillero que crea conveniente de acuerdo a su criterio y experiencia profesional, puesto que, mediante esta técnica de recolección de datos, se podrá obtener la información que posteriormente será analizada e incorporada a la investigación con el título descrito líneas arriba.

NOTA: Para cada pregunta se considera la escala de 1 a 5 donde:

1	2	3	4	5
TOTALMEN TE EN DESACUERDO	EN DESACUERD O	N O OPINA	DE ACUERD O	TOTALMEN TE DE ACUERDO

ITEM	TD	D	NO	A	TA
------	----	---	----	---	----

<p>1. ¿Cree usted se deba aplicar el principio de ultima ratio frente al delito de peculado?</p>					
<p>2. ¿Considera usted que lo estipulado para el delito de peculado se encuentra mal aplicado ?</p>					
<p>3. ¿Cree usted que se deba establecer un monto mínimo para la correcta aplicación del art. 387 y 388 del código penal?</p>					
<p>4. ¿Considera usted que lo normado por el art. 387 y 388 del código penal no está siendo aplicado de forma adecuada frente a los hechos</p>					

realizados por funcionarios?					
5. ¿Cree usted que la sanción penal no deba ser considerado como el único mecanismo jurídico para sancionar un acto realizado por un funcionario público en contra del estado?					
6. ¿Considera usted que el delito de peculado no siempre debe ser sancionado por acción penal sino que también deba tomarse en cuenta una sanción administrativa?					
7. ¿Cree usted que al aplicar siempre una sanción penal frente al delito de peculado se estaría					

vulnerando el principio de ultima ratio?					
8. ¿Considera usted que los jueces deberán tomar en cuenta el monto o la cuantía por el cual se encuentra investigado el servidor público?					
9. ¿Cree usted es necesario un análisis adecuado a la norma que regula el delito de peculado?					
10. ¿Considera usted se deba determinar en que circunstancias es adecuado una sanción penal o una sanción administrativa?					

ANEXO 02: FICHA DE VALIDACION DE CUESTIONARIO

1. NOMBRE DEL JUEZ		HADDAD JUSEFF CHANAMÉ VÁSQUEZ
2.	PROFESIÓN	ABOGADO
	ESPECIALIDAD	DERECHO PENAL
	GRADO ACADÉMICO	MAGISTER
	EXPERIENCIA PROFESIONAL (AÑOS)	6
	CARGO	ABOGADO
APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE ULTIMA RATIO Y LA EXIGENCIA DE UN MONTO MÍNIMO EN LOS ARTÍCULOS 387 Y 388 DEL CÓDIGO PENAL		
3. DATOS DEL TESISISTA		
.1	NOMBRES Y APELLIDOS	
	ESCUELA PROFESIONAL	DERECHO
.2		
4. INSTRUMENTO EVALUADO		1. Entrevista () 2. Cuestionario (X) 3. Lista de Cotejo () 4. Diario de campo ()
5. OBJETIVOS DEL INSTRUMENTO		<p align="center"><u>GENERAL:</u></p> Determinar si se debe aplicar el principio de ultima ratio y la exigencia de un monto mínimo en los artículos 387 y 388 del Código Penal.
		a. Analizar la aplicación del principio de ultima ratio en el delito de peculado b. Describir doctrinalmente la figura jurídica de los delitos previstos en el artículo 378 y 388 del Código Penal.

		c. Proponer la exigencia de un monto mínimo en los artículos 387 y 388 del Código Penal.
A continuación, se le presentan los indicadores en forma de preguntas o propuestas para que usted los evalúe marcando con un aspa (x) en “A” si está de ACUERDO o en “D” si está en DESACUERDO, SI ESTÁ EN DESACUERDO POR FAVOR ESPECIFIQUE SUS SUGERENCIAS		
o	6. DETALLE DE LOS ITEMS DEL INSTRUMENTO	ALTERNATIVAS
1	<p>¿Cree usted se deba aplicar el principio de ultima ratio frente al delito de peculado?</p> <p>1- Totalmente en desacuerdo</p> <p>2- En desacuerdo</p> <p>3- Ni de acuerdo, ni en desacuerdo</p> <p>4- De acuerdo</p> <p>5- Totalmente de acuerdo</p>	<p>A (X) D ()</p> <p>SUGERENCIAS:</p> <p>NINGUNA</p>
2	<p>¿Considera usted que lo estipulado para el delito de peculado se encuentra mal aplicado?</p> <p>1- Totalmente en desacuerdo</p> <p>2- En desacuerdo</p> <p>3- Ni de acuerdo, ni en desacuerdo</p> <p>4- De acuerdo</p> <p>5- Totalmente de acuerdo</p>	<p>A (X) D ()</p> <p>SUGERENCIAS:</p> <p>NINGUNA</p>
3	<p>¿Cree usted que se deba establecer un monto mínimo para la correcta aplicación del art. 387 y 388 del código penal?</p> <p>1- Totalmente en desacuerdo</p> <p>2- En desacuerdo</p> <p>3- Ni de acuerdo, ni en desacuerdo</p> <p>4- De acuerdo</p>	<p>A (X) D ()</p> <p>SUGERENCIAS:</p> <p>NINGUNA</p>

	5- Totalmente de acuerdo	
4	<p>¿Considera usted que lo normado por el art. 387 y 388 del código penal no está siendo aplicado de forma adecuada frente a los hechos realizados por funcionarios?</p> <p>1- Totalmente en desacuerdo 2- En desacuerdo 3- Ni de acuerdo, ni en desacuerdo 4- De acuerdo 5- Totalmente de acuerdo</p>	<p>A (X) D ()</p> <p>SUGERENCIAS: NINGUNA</p>
5	<p>¿Cree usted que la sanción penal no deba ser considerado como el único mecanismo jurídico para sancionar un acto realizado por un funcionario público en contra del estado?</p> <p>1- Totalmente en desacuerdo 2- En desacuerdo 3- Ni de acuerdo, ni en desacuerdo 4- De acuerdo 5- Totalmente de acuerdo</p>	<p>A (X) D ()</p> <p>SUGERENCIAS: NINGUNA</p>
6	<p>¿Considera usted que el delito de peculado no siempre debe ser sancionado por acción penal, sino que también deba tomarse en cuenta una sanción administrativa?</p> <p>1- Totalmente en desacuerdo 2- En desacuerdo 3- Ni de acuerdo, ni en desacuerdo 4- De acuerdo</p>	<p>A (X) D ()</p> <p>SUGERENCIAS: NINGUNA</p>

	5- Totalmente de acuerdo	
7	<p>¿Cree usted que al aplicar siempre una sanción penal frente al delito de peculado se estaría vulnerando el principio de ultima ratio?</p> <p>1- Totalmente en desacuerdo 2- En desacuerdo 3- Ni de acuerdo, ni en desacuerdo 4- De acuerdo 5- Totalmente de acuerdo</p>	<p>A (X) D ()</p> <p>SUGERENCIAS: NINGUNA</p>
8	<p>¿Considera usted que los jueces deberán tomar en cuenta el monto o la cuantía por el cual se encuentra investigado el servidor público?</p> <p>1- Totalmente en desacuerdo 2- En desacuerdo 3- Ni de acuerdo, ni en desacuerdo 4- De acuerdo 5- Totalmente de acuerdo</p>	<p>A (X) D ()</p> <p>SUGERENCIAS: NINGUNA</p>
9	<p>¿Cree usted es necesario un análisis adecuado a la norma que regula el delito de peculado?</p> <p>1- Totalmente en desacuerdo 2- En desacuerdo 3- Ni de acuerdo, ni en desacuerdo 4- De acuerdo 5- Totalmente de acuerdo</p>	<p>A (X) D ()</p> <p>SUGERENCIAS: NINGUNA</p>
0	<p>¿Considera usted se deba determinar en que circunstancias es</p>	

<p>adecuado una sanción penal o una sanción administrativa?</p> <p>1- Totalmente en desacuerdo</p> <p>2- En desacuerdo</p> <p>3- Ni de acuerdo, ni en desacuerdo</p> <p>4- De acuerdo</p> <p>5- Totalmente de acuerdo</p>	<p>A (X) D ()</p> <p>SUGERENCIAS:</p> <p>NINGUNA</p>
---	---

<p>PROMEDIO OBTENIDO:</p>	<p>A (X) D ()</p>
<p>7.COMENTARIOS GENERALES</p> <p>CONFORME, PUEDE APLICAR INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS</p>	
<p>8. OBSERVACIONES:</p> <p>NINGUNA</p>	



Hadiald Joseff Chamamé Vasquez
ABOGADO
 Reg. ICAL N° 6648

Juez Experto

ANEXOS 03.- MATRIZ DE CONSISTENCIA

Titulo	Hipótesis	Variable	Objetivo General	Objetivo Especifico
APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE ULTIMA RATIO Y LA EXIGENCIA DE UN MONTO MÍNIMO EN LOS ARTÍCULOS 387 Y 388 DEL CÓDIGO PENAL	Si se aplica el principio de ultima ratio y la exigencia de un monto mínimo en los artículos 387 y 388 del Código Penal, entonces se podrá tener un mejor control de la	VI: Principio de ultima ratio VD: El delito de peculado (Art. 387	Determinar si se debe aplicar el principio de ultima ratio y la exigencia de un monto mínimo en los artículos 387 y 388 del Código Penal.	a. Analizar la aplicación del principio de ultima ratio en el delito de peculado b. Describir doctrinalmente la figura jurídica de los delitos previstos en el

<p>Pregunta de investigación</p> <p>¿Se debe aplicar el principio de ultima ratio y la exigencia de un monto mínimo en los artículos 387 y 388 del Código Penal?</p>	<p>sobrecriminalización del delito de peculado, pudiendo simplemente aplicar un procedimiento administrativo sancionador, teniendo en cuenta el monto afectado.</p>	<p>y 388 del Código Penal)</p>		<p>artículo 378 y 388 del Código Penal.</p> <p>c. Proponer la exigencia de un monto mínimo en los artículos 387 y 388 del Código Penal.</p>
---	---	--------------------------------	--	---

ANEXOS 04.-JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE CAS. N.º 1527-2018

TACNA

—SENTENCIA DE CASACIÓN—

Lima, cinco de marzo del dos mil veinte

VISTOS: en audiencia pública, el recurso de casación para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, por vulneración de garantía constitucional y errónea interpretación del precepto penal material, formulado por: i) Milber Emiliano Oroche Gutiérrez, ii) Fausto Foraquita Mendoza, iii) Ángel Jesús Ayca Ale y iv) Sheillah María Milagros Miñano Bautista contra la sentencia de vista, emitida el nueve de agosto del dos mil dieciocho por los jueces de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Tacna, que confirmó la decisión de primera instancia, pronunciada el veintisiete de febrero del dos mil diecisiete por el juez del Tercer Juzgado Penal Unipersonal Supraprovincial de Tacna, que condenó a Fausto Foraquita Mendoza como autor del delito de peculado, en agravio de la Municipalidad Distrital de Pocollay, a tres años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por dos años bajo reglas de conducta y como cómplices primarios del citado delito a Milber Emiliano Oroche Gutiérrez, Ángel Jesús Ayca Ale y Sheillah María Milagros Miñano Bautista, a quienes les impuso dos años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por un año bajo reglas de conducta; asimismo, inhabilitó para ejercer función o servicio público por el plazo de tres años al autor y por dos años a los partícipes, y fijó en S/ 80 000 (ochenta mil soles) el monto de pago por concepto de reparación civil a favor de la Municipalidad Distrital de Pocollay. Intervino como ponente el señor juez supremo Sequeiros Vargas.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero. Fundamentos de la impugnación

El auto de calificación emitido el veintidós de marzo del dos mil diecinueve —folios 125 a 135— declaró de interés casacional las siguientes materias:

a) Determinar la naturaleza de la vinculación funcional del cargo del funcionario público con el patrimonio indebidamente apropiado, exigida como elemento objetivo del delito de peculado. Esto debido a que, en la sentencia de vista, a los recurrentes se les atribuyó la condición de coautores sin distinción del cargo que desempeñaban, sobre la base de una presunta vulneración a los deberes generales de su función [*sic*].

b) Determinar si la autorización indebida del aumento de remuneraciones y la utilización irregular de determinados fondos para ello configura un supuesto del delito de peculado o de malversación de fondos; y si el quebrantamiento de una norma administrativa es suficiente para evidenciar el dolo en la conducta del agente [*sic*].

Los motivos por los que se admitió la casación son los previstos en los incs. 1 y 3 del art. 429 del nuevo Código Procesal Penal —en lo sucesivo, nuevo CPP—, y los argumentaron en los siguientes términos:

1.1. Sobre la casación constitucional —art. 429.1 del nuevo CPP—

a) Afirman que fueron condenados en primera instancia como cómplices primarios y en la sentencia de vista como coautores, variación que vulnera el principio de congruencia procesal, ya que no existe correlación entre la calificación jurídica de la acusación fiscal y la sentencia de vista. Más aún si los jueces no se desvincularon de la acusación en el momento procesal oportuno, y la reforma sin consulta generó una reforma en su perjuicio.

b) Se vulneró el debido proceso porque el auditor que elaboró el informe que dio lugar a que se les instaurara el proceso penal en su contra se hallaba destituido e inhabilitado al momento de emitirlo, lo cual remite a un tema de legalidad de la prueba que afectaría la garantía de la presunción de inocencia y, por ende, el debido proceso.

1.2. Sobre la casación por errónea interpretación de precepto penal material —art. 429.3 del nuevo CPP—

Denuncian una errónea interpretación del art. 387 del CP, puesto que el aumento de las remuneraciones que no estaba previsto en el presupuesto anual institucional y con fondos no autorizados destinados a otros fines no constituye un supuesto de peculado. Por ello, reclaman que se evalúe su proceder conforme a los presupuestos típicos tanto objetivos como subjetivos que este delito prevé legal y jurisprudencialmente.

Segundo. Imputación fáctica

Se imputó a Fausto Foraquita Mendoza que, en su condición de alcalde de la Municipalidad Distrital de Pocollay, emitió la Resolución de Alcaldía N.º 2312007-A-MDP-T, del veintidós de junio del dos mil siete, en la que autorizó incrementos remunerativos no contemplados en el presupuesto institucional de apertura (PIA) del año dos mil siete, gestionados además a través de una negociación colectiva extemporánea, con lo cual contravino las normas expresas de austeridad que le fueron debidamente comunicadas. Para ello, utilizó como fuentes de financiamiento: a) recursos directamente recaudados —ingresos propios—, b) el fondo de compensación municipal —Foncomún—, c) las fuentes de canon y sobrecanon, y d) rentas de aduana —estas dos últimas fuentes no estaban autorizadas para el pago de remuneraciones—.

Con dicho proceder, el citado burgomaestre permitió la apropiación de estos recursos por parte de terceros y también para beneficio propio, ya que, al tener la calidad de técnico registral con licencia para asumir el cargo de alcalde, le iban a corresponder los incrementos una vez que cesara en el cargo —esto es, un beneficio en proyección—.

Con ese incremento de remuneraciones causó perjuicio económico al Estado, que se materializa en la pérdida de S/ 81 373.19 (ochenta y un mil trescientos setenta y tres soles con diecinueve céntimos).

A los funcionarios que lo acompañaron en su gestión y que intervinieron en la tramitación del incremento de remuneraciones se les imputaron las siguientes conductas:

— A Milber Emiliano Oroche Gutiérrez —exgerente de planeamiento de presupuesto y racionalización—, haber emitido opinión favorable al incremento de remuneraciones con las referidas fuentes de financiamiento a través de los Informes N.º 147-2007- GPPR/MDP-T y N.º 173-2007-GPPR/MDP-T.

— A Sheillah María Milagros Miñano Bautista —exgerente de asesoría jurídica—, haber emitido opinión favorable al incremento de remuneraciones con las referidas fuentes de financiamiento a través de los Informes Legales Circulares N.º 004-2007-GAJMDP-T y N.º 05-2007-GAJ-MDT.

— A Ángel Jesús Ayca Ale —gerente municipal—, que, junto con los ya mencionados Oroche Gutiérrez y Miñano Bautista, visaron la Resolución de Alcaldía N.º 231-2007-AMDP-T, que autorizó los incrementos remunerativos.

Tercero. Itinerario del proceso

3.1. El diecinueve de noviembre del dos mil trece el señor fiscal del Tercer Despacho de Investigación de la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Tacna formuló acusación penal(1) contra Fausto Foraquita Mendoza (como autor), Ángel Jesús Ayca Ale, Milber Emiliano Oroche Gutiérrez y Sheillah María Milagros Miñano Bautista (como cómplices primarios) por el delito de peculado.

3.2. Ejecutado el control de acusación, el juez del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Tacna, mediante la resolución del veintinueve de diciembre del dos mil catorce, declaró sobreesido el proceso(2) . Dicha resolución fue apelada por el señor fiscal del Tercer Despacho de Investigación de la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Tacna y por la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios.

3.3. La Sala Superior Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tacna se avocó al conocimiento de la causa. Luego de efectuada la vista de la causa, dicho Colegiado emitió el auto de vista del nueve de junio del dos mil quince(3), que revocó el auto de sobreseimiento de primera instancia y, reformándolo, ordenó la continuación del proceso conforme a su estado.

3.4. Se señaló fecha para la audiencia preliminar de control de acusación para el doce de agosto del dos mil quince, en que se declaró válida la relación jurídica procesal y saneado el proceso, por lo que se dictó el auto de enjuiciamiento contra los procesados. Superada la etapa intermedia, y luego del juicio oral de primera instancia, el juez del Tercer Juzgado Unipersonal de Tacna, el veintisiete de febrero del dos mil diecisiete, emitió sentencia en la que se condenó a Fausto Foraquita Mendoza como autor del delito contra la administración pública cometido por funcionario público en la modalidad de peculado doloso, en agravio de la Municipalidad Distrital de Pocollay, a tres años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por dos años, lo inhabilitó para ejercer cargo público alguno y se dispuso su incapacidad para obtener cargo o mandato público por el plazo de tres años computados una vez consentida o ejecutoriada la sentencia; también se condenó a Ángel Jesús Ayca Ale, Milber Emiliano Oroche Gutiérrez y Sheillah María Milagros

Uno de los bienes jurídicos que protege el tipo penal de peculado es el ejercicio correcto de la función pública, que implica: i) el cumplimiento del principio de legalidad administrativa y ii) obrar con ética, lealtad y transparencia en la función que se desempeña.

Miñano Bautista como cómplices primarios del delito contra la administración pública cometido por funcionario público en la modalidad de peculado doloso, en agravio de la Municipalidad Distrital de Pocollay, y se le impuso a cada uno la pena privativa de libertad de dos años suspendida en su ejecución por el término de un año e inhabilitación para ejercer cargo público alguno y se dispuso su incapacidad para obtener cargo o mandato público por el plazo de dos años computados una vez consentida o ejecutoriada la sentencia; y, finalmente, fijó como reparación civil la suma de S/ 80 000 (ochenta mil soles) que deberán pagar los sentenciados en forma solidaria a favor de la Municipalidad Distrital de Pocollay.

3.5. Contra tal decisión los sentenciados y el Ministerio Público interpusieron sendos recursos de apelación que determinaron que la Sala Superior Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tacna se avocase al conocimiento del proceso. Luego de efectuada la vista de la causa, dicho Colegiado emitió sentencia el nueve de agosto del dos mil dieciocho, en la que confirmó la sentencia apelada y declaró a Fausto Foraquita Mendoza, Ángel Jesús Ayca Ale, Milber Emiliano Oroche Gutiérrez y Sheillah María Milagros Miñano Bautista autores y responsables del delito contra la administración pública en la modalidad de peculado doloso, en agravio de la Municipalidad Distrital de Pocollay, y estableció las siguientes condenas: i) a Fausto Foraquita Mendoza, a tres años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por dos años bajo reglas de conducta, y ii) a Milber Emiliano Oroche Gutiérrez, Ángel Jesús Ayca Ale y Sheillah María Milagros Miñano Bautista a dos años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por un año bajo reglas de conducta; asimismo, inhabilitó a todos los mencionados para ejercer cargo público, y fijó la reparación civil de S/ 80 000 (ochenta mil soles) que los sentenciados deberán abonar a favor de la Municipalidad Distrital de Pocollay.

3.6. Disconformes con la sentencia, los procesados interpusieron recursos de casación excepcional, los cuales fueron admitidos por la

resolución del cuatro de septiembre de dos mil dieciocho(4) ; y, elevados los autos a la Corte Suprema, esta Sala se avocó al conocimiento de la causa y se emitió el auto de calificación del veintidós de marzo del dos mil diecinueve.

3.7. En cumplimiento de lo establecido en el inc. 1 del art. 431 del nuevo CPP, se señaló fecha para la audiencia de casación el diecinueve de febrero del año en curso, la cual se llevó a cabo con la intervención de los abogados de los procesados Foraquita Mendoza, Miñano Bautista y Ayca Ale, y se dejó constancia de que no concurrió Oroche Gutiérrez ni su abogado defensor; momento en el que se declaró inadmisibles sus pretensiones por incomparecencia a la audiencia, conforme al inc. 2 del art. 431 del nuevo CPP. Culminada esta, de inmediato se produjo la deliberación de la causa en sesión privada, en virtud de la cual, tras la votación respectiva y al obtener el número de votos necesarios, corresponde pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura se dará en audiencia pública en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Respecto a las materias de interés casacional

1.1. Respecto a la naturaleza de la vinculación funcional del cargo del funcionario público con el patrimonio indebidamente apropiado, exigida como elemento objetivo del delito de peculado

El Estado es una entelequia y requiere de personas para poder ejecutar sus fines a través de una eficiente administración de sus recursos. Por ello, uno de los bienes jurídicos que protege el tipo penal de peculado es el ejercicio correcto de la función pública, que implica: i) el cumplimiento del principio de legalidad administrativa y ii) obrar con ética, lealtad y transparencia en la función que se desempeña.

La naturaleza de la vinculación funcional determina el cumplimiento del servicio público marcado por el principio de eficiencia en la asignación de recursos y el cumplimiento de los fines de la institución pública en la que se labora.

De ahí que el fundamento de punición del delito de peculado es el quiebre de los deberes de garante(5) de los caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón del ejercicio de su función, en sus diversos grados y niveles, ejercicio que debe estar marcado por el cumplimiento y el respeto al dicho deber de garante.

Tal vinculación funcional del sujeto con los bienes del Estado se expresa normativamente en el ámbito penal en el término “por razón de su cargo”, esto es, que tiene contacto y capacidad de disposición jurídica en virtud de las normas administrativas que guían la entidad pública para poder disponer de bienes estatales.

Desde luego, los bienes públicos no son de libre disponibilidad ni para el beneficio personalísimo propio o de un tercero, de modo que la ley penal sancionará aquellos comportamientos en los que el funcionario o servidor público privilegie su satisfacción personal o la obtención de cualquier beneficio a costa del patrimonio del Estado.

En consonancia con el AP N.º 4-2005, del treinta de septiembre del dos mil cinco, emitido por las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, debe entenderse por relación funcional al poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, la competencia del cargo, la confianza en el funcionario en virtud del cargo y el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos, es decir, que los bienes públicos se hallen en posesión del sujeto activo en virtud de los deberes o atribuciones de su cargo.

Asimismo, al definir la disponibilidad jurídica, el citado acuerdo estableció que:

[E]s aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener por tanto competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la administración pública.

Así, en todo juzgamiento por delitos de infracción del deber, tanto el Ministerio Público como los jueces de instancia tendrán que diferenciar los deberes generales de los específicos que tiene cada funcionario o servidor público; y, a partir de ello, efectuar una evaluación del quebrantamiento del rol de garante.

La naturaleza de la vinculación funcional determina el cumplimiento del servicio público marcado por el principio de eficiencia en la asignación de recursos y el cumplimiento de los fines de la institución pública en la que se labora.

1.2. Respecto a si la autorización indebida del aumento de remuneraciones y la utilización irregular de determinados fondos configura un supuesto del delito de peculado o de malversación de fondos, y si el quebrantamiento de una norma administrativa es suficiente para evidenciar el dolo en la conducta del agente

Los delitos contra la administración pública generalmente se estructuran sobre la base de infracciones o inobservancias administrativas.

El solo quebrantamiento de una norma administrativa, tal como se postula en los recursos de casación materia de la presente, no constituiría un delito si se analizase de manera aislada o por sí sola la infracción administrativa.

La relevancia de las normas administrativas es la de guiar el funcionamiento de una institución y determinar los deberes y derechos de quienes laboran en ella.

La diferencia entre un injusto penal y uno administrativo radica en que en el primero, además del quebrantamiento de la norma administrativa, se toma en cuenta: i) el elemento subjetivo con la que obra el agente y ii) la lesión de un bien jurídico protegido por el Estado.

A partir de ello, tanto la fiscalía como la judicatura deben efectuar un análisis integrado de la teoría del delito con base en la actividad probatoria realizada, la que, finalmente, en aplicación del principio de *ultima ratio*, definirá si una conducta es delito o si posee menor relevancia.

Superada la primera parte, corresponde evaluar si el ordenar un incremento de remuneraciones en cuya ejecución se utilizaron, además, fondos no destinados para tal fin constituye un supuesto de peculado. Para ello, se evaluará lo siguiente:

— El tipo penal de peculado, previsto en el art. 387 del CP, sanciona a quien se apropia o utiliza bienes públicos para su beneficio o el de un tercero.

— La conducta que se prohíbe es que algún funcionario o servidor extraiga de la esfera de la administración pública bienes o dinero para luego ingresarlos a su dominio privado y disponer de ellos como si fuesen bienes propios —esto último es un hecho post delictivo—.

— El análisis estructurado del tipo penal de peculado, a partir de sus verbos rectores y sus elementos descriptivos y normativos, permite aseverar que disponer el pago de remuneraciones o su incremento a trabajadores con vínculo laboral con la entidad agraviada y que prestaron de manera efectiva el servicio, incluyendo a todos y no solo a algunos, y que, además, se produjo en el marco de una negociación colectiva en que hubo tratativas, no se subsume en ninguno de los verbos rectores que contempla el delito de peculado —apropiación o uso—.

— Se debe considerar que la remuneración o su incremento es la contraprestación a un servicio que proporciona el trabajador a la entidad, y ello se encuentra dentro de la esfera de la administración pública.

— Quebrar las reglas presupuestarias de prohibición es una falta muy grave y, aunada a otros elementos de prueba que evidencien dolo en la conducta de los imputados, puede ser subsumible en otros tipos penales

que es preciso determinar; pero dicha conducta, en sí misma, por las razones expresadas, no constituye una apropiación.

— Distinto será el supuesto de aquel funcionario o servidor público que disponga el pago de la remuneración de una persona que no laboró o lo hizo parcialmente; en este caso, sí constituiría peculado. Nótese que esta conducta dista mucho de la ahora juzgada, por lo que este supuesto no se condice en lo mínimo con el que ahora es materia de juzgamiento.

— Resulta necesario precisar que la configuración del delito de peculado no depende del empleo de dinero de una fuente no autorizada o proscrita por la norma administrativa; pues, independientemente del origen, se sanciona la apropiación o el uso de los bienes o caudales públicos.

— En cuanto al planteamiento de la subsunción típica de la conducta juzgada en el delito de malversación de fondos, se debe evaluar que este último sanciona a quien asigna al dinero o los bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a la que están destinados, con lo que se afecta el servicio o la función encomendada. Jurisprudencialmente se han establecidos diversos requisitos para su configuración, entre los que se hallan: i) la afectación al servicio público y ii) la disposición definitiva de bienes en fines diferentes. Estos últimos no han sido postulados como supuesto de hecho en la acusación fiscal ni han sido materia de juzgamiento.

— Resulta necesario precisar que entre peculado y malversación de fondos se producen las siguientes diferencias:

N.º	Peculado	Malversación de fondos
1	No exige que el bien o efecto apropiado tenga un fin específico.	El bien o dinero empleado tiene una finalidad específica y distinta.
2	El caudal o efecto sale de la esfera pública e ingresa a dominio privado.	El dinero o los bienes se mantienen en la esfera de la administración pública.
3	Sus verbos rectores son apropiarse o utilizar.	Su verbo rector se expresa en asignar una aplicación definitiva diferente.
4	Los bienes jurídicos, además del patrimonio, son el correcto desarrollo de la función pública y el ejercicio debido del funcionario o servidor público.	Asignación eficiente de fondos públicos.
5	No aplican los bienes a favor de la administración pública.	Sí aplica los bienes a favor de la administración pública, pero para fines distintos.
6	El perjuicio patrimonial que genere la apropiación o uso de los bienes es intrascendente a efectos de su configuración; será una agravante.	Si la aplicación definitiva diferente del dinero no afecta el servicio o la función encomendada, no se configuraría el delito.

— Si una de las irregularidades imputadas, además del aumento indebido de las remuneraciones y de la conflagración de los partícipes para aparentar formalidad de acuerdo a ley

En todo juzgamiento por delitos de infracción del deber, tanto el Ministerio Público como los jueces de instancia tendrán que diferenciar los deberes generales de los específicos que tiene cada funcionario o servidor público; y, a partir de ello, efectuar una evaluación del quebrantamiento del rol de garante.

invocando hechos ambiguos —simular la existencia de fondos a partir de proyecciones que pueden darse o no en el futuro y realizar interpretaciones de la ley omitiendo pronunciarse de manera deliberada sobre la ley especial aplicable—, es la utilización de fondos no asignados para ello, eventualmente podría configurarse un concurso delictivo con el tipo penal de malversación de fondos —si se cumpliesen los otros elementos configurativos de dicho delito—; empero, de ninguna manera puede considerarse que aquella solamente se subsume en el delito de malversación.

Segundo. Análisis de la configuración de los motivos casacionales

2.1. Respecto a la errónea interpretación de precepto penal material

A partir de lo expresado en el apartado precedente, resulta necesario evaluar la interpretación del delito de peculado que formularon los órganos jurisdiccionales de origen. Así:

— El Tercer Juzgado Unipersonal Supraprovincial de Tacna condenó a Fausto Foraquita Mendoza como autor y a los demás acusados como cómplices primarios, tras establecer:

a) Que el perito Luis Enrique Fernández Sosa, autor del Informe Especial N.º 001-2009-02-2637 explicó que se trató de un irregular aumento de remuneraciones en el ejercicio dos mil siete, con negociación colectiva extemporánea y sin garantizar su financiamiento con la previsión y disponibilidad presupuestal. Los pagos se efectuaron y los suscribieron.

b) Que en el PIA de la Municipalidad Distrital de Pocollay para el ejercicio dos mil siete, aprobado en la Resolución N.º 530, no estaba previsto el incremento de remuneraciones para dicho ejercicio, y que este presupuesto no contemplaba la disponibilidad de recursos económicos para el incremento de las remuneraciones.

c) Que esta irregularidad administrativa es trascendente para verificar el dolo; al no estar previsto, los acusados se vieron en la necesidad de habilitar mayores recursos económicos en las específicas de gastos, por lo que se recurrió a otras fuentes para modificarlas a fin de atender este incremento (fuentes que estaban prohibidas).

d) Que condenó a Foraquita Mendoza por haber firmado la Resolución de Alcaldía N.º 231-2007-A-MDP-T, con la cual contravino normas expresas de austeridad que le fueron debidamente comunicadas.

e) Que los incrementos remunerativos estaban gestionados a través de una negociación colectiva extemporánea que él mismo autorizó y firmó,

y estos incrementos beneficiaron a los trabajadores de la Municipalidad Distrital de Pocollay.

f) Que Milber Emiliano Oroche Gutiérrez (exgerente de Planeamiento de Presupuesto y Racionalización) visó la resolución de alcaldía y emitió los Informes N.º 147-2007-GPPR/MDP-T y N.º 173-2007GPPR/MDP-T favorables al incremento de remuneraciones.

g) Que Sheillah María Milagros Miñano Bautista (gerente de Asesoría Jurídica) visó la resolución de alcaldía y emitió el Informe Legal N.º 004-2007-GAJMDP-T, del quince de mayo del dos mil siete, y el Informe Legal Circular N.º 05-2007-GAJ-MDP-T, del primero de junio del dos mil siete, favorables al incremento de la remuneración.

h) Que Ángel Jesús Ayca Ale (gerente municipal) también participó, porque su labor era gestionar la administración de la municipalidad de manera eficiente (art. 27 de la Ley Orgánica de Municipalidades —Ley N.º 27972—), y sin su autorización y visto bueno no sería eficaz la resolución de alcaldía.

— Por su parte la Sala Superior Penal de Apelaciones declaró como autores y responsables del delito contra la administración pública en la modalidad de peculado doloso a todos los implicados, argumentando:

a) Que Foraquita Mendoza, como alcalde, tenía el deber de custodiar los caudales públicos de la Municipalidad Distrital de Pocollay. Al suscribir la Resolución de Alcaldía N.º 231-2007-A-MDP-T, permitió que se otorgara el incremento de remuneraciones en forma mensual y permanente, y con efecto retroactivo al mes de marzo de ese año. Dichos incrementos remunerativos no estaban contemplados en el PIA del año dos mil siete, y fueron realizados con base en un irregular proceso de negociación colectiva extemporánea. Que los gastos deben estar previamente presupuestados con partidas legalmente autorizadas por ley o norma expresa.

b) Este acusado, además, en audiencia de apelación, declaró que era trabajador de planta de la municipalidad e, incluso, ha sido dirigente

sindical de ella. Desde el periodo anterior a que asumiera el cargo de alcalde, conocía que existían restricciones al aumento de remuneraciones que permanecieron en el dos mil siete, por lo que no puede escudarse en las “opiniones favorables”; además, existía una serie de documentos que le daban cuenta de la prohibición: el Oficio Circular N.º 013-2007-EF, del treinta de enero del dos mil siete, y el Oficio N.º 003- 2007-OCI/MDP.T, del ocho de enero del mismo año.

c) Que los demás coacusados eran funcionarios con poder de decisión (gerente municipal, gerente de Planeamiento de Presupuesto y Racionalización, y gerente de Asesoría Jurídica), por lo que también estaban en la obligación de cautelar los recursos; asimismo, fueron funcionarios públicos de confianza designados por el alcalde, además de miembros de la Comisión Paritaria, que participaron no solo en la emisión de los informes y la visación de la resolución de alcaldía cuestionada, sino también en el análisis de las propuestas y su debate en el interior de dicha comisión.

d) Que el procesado Oroche Gutiérrez no precisó en el Informe N.º 147-2007- GPPR/MDP-T con qué clase de “impuestos municipales” era posible ejecutar el incremento remunerativo, y se obtuvo como resultado final que se pagaran con el Foncomún, y con el canon y sobre canon, pese a que el Concejo Municipal no autorizó que los recursos del Foncomún fueran empleados para gastos corrientes; además, estaba la prohibición expresa de incremento de remuneraciones.

e) Que, de acuerdo con el Manual de Organización y Funciones de la Municipalidad Distrital de Pocollay, la Gerencia de Asesoría Jurídica se encarga de absolver consultas e interpretar las normas legales; sin embargo, la acusada Miñano Bautista —gerente de Asesoría Jurídica—, en sus informes, se remitió a la opinión de su coacusado Oroche Gutiérrez —gerente de Planeamiento de Presupuesto y Racionalización—, en lugar de cautelar los recursos de la entidad, sin mencionar la prohibición establecida por la Ley N.º 28927 —Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año

Fiscal 2007—. No puede efectuarse una interpretación aislada de las normas permisivas sin tener en cuenta las prohibitivas que establecían limitaciones a la disposición del patrimonio dinerario de la entidad municipal.

f) Que el peculado admite la coautoría siempre que concurra: i) la presencia de un acuerdo común para lesionar los bienes del Estado, ii) la división de funciones y iii) el aporte eficaz de cada uno de los agentes delictivos públicos para extraer los caudales del Estado fuera de la esfera de la administración.

g) Que no es malversación de fondos porque ese tipo penal exige un cambio de destino del patrimonio estatal y que este sea definitivo, y se exige que se afecte un servicio o función encomendado debidamente especificado para el cual estaba destinado el bien o dinero, situación que no ocurre en el presente caso, porque el dinero que se utilizó para el pago de remuneraciones no tenía una finalidad específica determinada. La sanción penal es independiente a la sanción administrativa.

h) Sobre la nulidad de la pericia por la inhabilitación del perito, se señaló que, según el nuevo CPP, el cuestionamiento a un perito tiene una estación procesal y en la revisión o análisis de la sentencia impugnada no se advierte que la pericia en sí constituya el núcleo central de la decisión, ya que según el ordenamiento jurídico los fondos de canon y sobrecanon, y el Foncomún no podían ser empleados para el incremento de remuneraciones.

Como se aprecia en los fundamentos descritos, tanto el juzgado de primera instancia como la Sala Superior concibieron erróneamente la aplicación del tipo penal de peculado, debido a que no hubo una evaluación adecuada del verbo rector apropiar.

En primera instancia, basaron la ilicitud penal del hecho en la infracción a la norma administrativa y en la prohibición de empleo de los fondos que se utilizaron —Foncomún, canon y sobrecanon—. Mientras que los jueces de segunda instancia, si bien evidenciaron irregularidades en el

proceder de los partícipes que daban cuenta de su intencionalidad y concierto para disponer indebidamente el pago de aumento de las remuneraciones con fondos no autorizados, a partir de ello consideraron configurado el delito de peculado, con lo cual incurrieron en un error de interpretación ontológica del verbo rector apropiación, conforme se expuso al desarrollar las materias de interés casacional en el apartado 1.2 de los “Fundamentos de derecho” de la presente sentencia.

La consideración de que existen irregularidades que evidencian el actuar doloso de los imputados sobre conductas objetivas que dan cuenta del empleo de fondos públicos para realizar, como consecuencia de una negociación colectiva irregular, pagos que no estaban amparados en la ley presupuestal, simulando legalidad en el procedimiento a través de informes que por inexactos resultaban engañosos, podría constituir el supuesto fáctico para el encausamiento por otro tipo penal que el Ministerio Público debe calificar. Adicionalmente, conforme al art. vii del título preliminar del CP, corresponde efectuar un análisis a la intencionalidad de los ahora procesados durante su desempeño funcional respecto a las razones que los determinaron a efectuar pagos empleando fondos no autorizados.

En el caso juzgado, el pliego petitorio de la negociación colectiva del Sindicato de Trabajadores Municipales de Pocollay fue presentado a fines del año dos mil seis; y, mediante el oficio de ocho de enero del dos mil siete, el sindicato solicitó al alcalde Fausto Foraquita Mendoza la conformación de la Comisión Paritaria para la negociación colectiva, en virtud de lo cual se llegó al acuerdo del incremento de las remuneraciones, entre otros aspectos, el dieciséis de mayo del dos mil siete, con efecto retroactivo al mes de marzo de dicho año. Con esta descripción se puede colegir que el alcalde, al autorizar el incremento de remuneraciones, pretendió dar respuesta a un pedido sindical.

De ello se desprende que el fin no fue apropiarse, sino realizar pagos a sus trabajadores, independientemente de la legalidad o no de estos,

elemento subjetivo que no se condice con el exigido para la configuración del delito de peculado.

2.2. Respecto a la configuración de la casación constitucional

Los casacionistas denunciaron que en segunda instancia, en su perjuicio, se modificó el título de intervención que inicialmente les atribuyó el representante del Ministerio Público.

Aquel proceder, en efecto, poseería relevancia conforme a los términos descritos en la Sentencia de Casación N.º 173-2018 Puno, referida al momento procesal oportuno para efectuar la desvinculación procesal y la forma de su ejecución. Sin embargo, toda vez que se está declarando que el hecho imputado no se subsume en el injusto penal de peculado, y con ello la absolución de los recurrentes, este agravio no resulta subsistente y no corresponde efectuar una evaluación sustancial adicional.

Del mismo modo, queda insubsistente el agravio referido a la situación del perito que elaboró el informe que dio lugar a que se les instaurara el proceso penal, dado que esta cuestión probatoria incidiría en el fondo, el cual previamente ha sido resuelto.

Tercero. Consideración final

Conforme se dio cuenta en la audiencia de casación programada para el diecinueve de febrero del año en curso, se declaró inadmisibles la casación propuesta por Milber Emiliano Oroche Gutiérrez por inconcurrencia de su defensa técnica.

Sin embargo, toda vez que en la presente sentencia se está definiendo una situación de derecho en la que este se halla implicado y cuyos efectos lo benefician, corresponde aplicar la extensión del recurso, conforme al inc. 1 del art. 408 del nuevo CPP.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los jueces integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

I. DECLARARON FUNDADO EL RECURSO DE CASACIÓN, por errónea interpretación del art. 387 del CP, interpuesto

por Fausto Foraquita Mendoza, Ángel Jesús Ayca Ale, Sheillah María Milagros Miñano Bautista y Milber Emiliano Oroche Gutiérrez, y en consecuencia **CASARON** la sentencia de vista, emitida el nueve de agosto del dos mil dieciocho por los jueces de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Tacna, que confirmando la sentencia de primera instancia les impuso las siguientes penas: i) a Fausto Foraquita Mendoza, tres años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución; ii) a Milber Emiliano Oroche Gutiérrez, Ángel Jesús Ayca Ale y Sheillah María Milagros Miñano Bautista, dos años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución; iii) los inhabilitó para ejercer función o servicio público, y iv) fijó en S/ 80 000 (ochenta mil soles) el monto de pago por concepto de reparación civil a favor de la Municipalidad Distrital de Pocollay. **Y, SIN REENVÍO, ACTUANDO COMO SEDE DE INSTANCIA**, revocaron la sentencia emitida en primera instancia; y, **REFORMÁNDOLA**, absolviéron a Fausto Foraquita Mendoza, Milber Emiliano Oroche Gutiérrez, Ángel Jesús Ayca Ale y Sheillah María Milagros Miñano Bautista de la imputación por el delito contra la administración pública — peculado, en agravio de la Municipalidad Distrital de Pocollay materia de acusación, **ORDENARON** la anulación de los antecedentes policiales y judiciales generados con motivo de este proceso.

II. DISPUSIERON que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública; y, acto seguido, se notifique a todas las partes personadas en esta sede suprema.

III. MANDARON que, cumplidos estos trámites, se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen y se archive el cuadernillo de casación en la Corte Suprema.

Intervinieron los señores jueces supremos Castañeda Espinoza y Guerrero López por periodo vacacional de los señores jueces supremos Coaguila Chávez y Figueroa Navarro, respectivamente.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO / PRÍNCIPE TRUJILLO /
CASTAÑEDA ESPINOZA / **SEQUEIROS VARGAS** / GUERRERO
LÓPEZ

(1) Folios 2 a 12.

(2) Folios 209 a 218.

(3) Folios 383 a 386.

(4) Folios 1048 a 1049.

(5) Los deberes de garante surgen de determinadas normas que establecen las funciones específicas del funcionario o servidor público.

ANEXOS 05.-CARTA DE ACEPTACIÓN

AUTORIZACIÓN PARA EL RECOJO DE INFORMACIÓN

Chiclayo, junio del 2020

Quien suscribe:

MG. HADDAD JUSEFF CHANAMÉ VÁSQUEZ

Abogado Particular en estudio jurídico

AUTORIZA: Permiso para recojo de información pertinente en función del proyecto de investigación, denominado: APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE ULTIMA RATIO Y LA EXIGENCIA DE UN MONTO MÍNIMO EN LOS ARTÍCULOS 387 Y 388 DEL CÓDIGO PENAL.

Por el presente, el que suscribe HADDAD JUSEFF CHANAMÉ VÁSQUEZ, Abogado Particular en estudio jurídico, AUTORIZO al alumno: Pool Gálvez Gonzales, estudiante de la Escuela Profesional de DERECHO y autor del trabajo de investigación denominado: APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE ULTIMA RATIO Y LA EXIGENCIA DE UN MONTO MÍNIMO EN LOS ARTÍCULOS 387 Y 388 DEL CÓDIGO PENAL, al uso de dicha información para efectos exclusivamente académicos de la elaboración de tesis de pre – grado enunciada líneas arriba. De quien solicita.

Se garantiza la absoluta confidencialidad de la información solicitada.

Atentamente.



Haddad Juseff Chamamé Vasquez
ABOGADO
Reg. ICAL N° 6648