



**FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

TESIS

**APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE
FRAGMENTARIEDAD Y ÚLTIMA RATIO EN EL
DELITO DE PECULADO DOLOSO, CHICLAYO
2021**

PARA OPTAR TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

Autor:

Bach. Elmer Orlando Diaz Rivera

(<https://orcid.org/0000-0003-2115-6402>)

Asesor:

Dra. Uchofen Urbina Ángela Katherine

(<https://orcid.org/0000-0002-8072-760X>)

Línea de Investigación:

Ciencias Jurídicas

Pimentel – Perú

2022

Aprobación del jurado

DR. Barrio De Mendoza Vásquez Robinson
Presidente

MG. Cueva Ruesta Wilmer Cesar Enrique

Secretario

MG. Fernández Altamirano Antony Esmil Franco

Vocal

Se lo dedico a Dios todo poderoso, que me ha dado la vida y fortaleza para terminar este proyecto, a mis Padres terrenales, a mi esposa, mis hijos que siempre estuvieron presentes, con sus motivaciones constantes para alcanzar mis anhelos.

Agradecer a mi Padre Celestial todo poderoso por darme la fuerza de voluntad y permitir desarrollarme profesionalmente, gracias a mi Universidad por la oportunidad de convertirme en un profesional que tanto he anhelado, gracias a cada uno de los maestros que formaron parte de este proceso integral de formación y que permitieron que alcanzara mis metas como uno de mis proyectos más importantes de vida.

Resumen

La presente investigación titulada Aplicación del principio de fragmentariedad y ultima ratio en el delito de peculado doloso, Chiclayo 2021, establece como problema principal ¿De qué manera se aplica el principio de fragmentariedad y ultima ratio en el delito de peculado doloso?, para el adecuado desarrollo de la presente, se ha establecido como objetivo general Determinar si se aplica el principio de fragmentariedad y ultima ratio en el delito de peculado doloso, cabe señalar que la metodología utilizada fue de tipo tipología cuantitativa – propositiva, así mismo su diseño fue no experimental, tomando como población a jueces penales, fiscales y abogados especialistas en derecho penal, los cuales a través de su conocimiento se logró establecer la siguiente conclusión Se ha determinado que a través del principio de fragmentariedad y ultima ratio el delito de peculado doloso podrá ser sancionado adecuadamente sin que existe una Sobre criminalización de los actos realizados por algún funcionario que se ha aprovechado su cargo para cualquier apropiación o utilización indebida de los bienes públicos.

Palabras Claves: Principio de fragmentariedad, Ultima ratio, Peculado Doloso

Abstract

The present investigation entitled Application of the principle of fragmentation and ultima ratio in the crime of malicious embezzlement, Chiclayo 2021, establishes as the main problem, how is the principle of fragmentation and ultima ratio applied in the crime of malicious embezzlement?, for the adequate development of the present, it has been established as a general objective to determine if the principle of fragmentation and ultima ratio is applied in the crime of fraudulent embezzlement, it should be noted that the methodology used was of a quantitative typology type - purposeful, likewise its design was non-experimental , taking as a population criminal judges, prosecutors and lawyers specializing in criminal law, who through their knowledge were able to establish the following conclusion It has been determined that through the principle of fragmentation and ultima ratio the crime of fraudulent embezzlement may be punished adequately without there being an overcriminalization of the acts carried out by some func ionary who has taken advantage of his position for any appropriation or improper use of public property.

Keywords: *Principle of fragmentation, Ultima ratio, Malicious embezzlement*

Índice

I. INTRODUCCION	12
1.1. Realidad problemática	13
1.1.1. Internacional.....	13
1.1.2. Nacional	14
1.1.3. Local.....	16
1.2. Antecedentes de estudio	17
1.2.1. Internacionales	17
1.2.2. Nacionales	19
1.2.3. Locales	20
1.3. Teorías relacionadas al tema	21
1.3.1. Análisis a la doctrina	21
1.3.1.1. Regulación administrativa del concepto de funcionario público	21
1.3.1.2. Concepto de funcionario público en los instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción	24
1.3.1.3. El delito de peculado y su estructura jurídica.....	25
1.3.1.3.1. Tipicidad objetiva	26
1.3.1.3.1.1. Sujeto activo	26
1.3.1.3.1.2. Sujeto pasivo	27
1.3.1.3.2. Elementos del tipo objetivo	27
1.3.1.3.3. La apropiación de caudales o efectos	29
1.3.1.3.4. La utilización de los caudales o efectos.....	29
1.3.1.3.5. Bien jurídico tutelado	30
1.3.1.3.6. Tipicidad subjetiva	31
1.3.1.3.6.1. Dolo directo	31
1.3.1.3.6.2. Consumación y tentativa	31

1.3.1.3.7.	Las circunstancias agravantes.....	32
1.3.1.3.7.1.	Organización criminal y la actuación de los agentes, como personas vinculadas.....	32
1.3.1.3.7.2.	Los caudales o efectos están destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social o de desarrollo.....	33
1.3.1.3.7.3.	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	33
1.3.1.3.7.4.	El valor de lo apropiado o utilizado sobrepasa diez unidades impositivas tributarias.....	34
1.3.1.3.8.	El incremento de las penas de privación de la libertad a las circunstancias agravantes nuevas y a las existentes	34
1.3.1.3.9.	¿Las penas limitativas de derechos como la inhabilitación de manera permanente o “perpetua” afectarían el derecho fundamental al trabajo?	38
1.4.	Formulación del problema.....	49
1.5.	Justificación e importancia del estudio.....	49
1.6.	Hipótesis.....	50
1.7.	Objetivos	50
II.	MATERIALES Y METODOS.....	51
2.1.	Tipo y Diseño de Investigación.....	51
	Diseño: No experimental	51
2.2.	Población y muestra.....	51
2.2.1.	Población	51
2.2.2.	Muestra	51
2.3.	Variables y Operacionalización.....	52
2.3.1.	Variable Independiente	52
2.3.2.	Variable Dependiente.....	52

2.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad.	54
2.5. Procedimientos de análisis de datos.	55
2.6. Criterios éticos.	56
2.7. Criterios de Rigor Científicos	57
III. RESULTADOS	59
3.1. Resultados en tablas y figuras.	59
3.2. Discusión de los Resultados	69
3.3. Aporte practico	72
IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.	77
4.1. Conclusiones	77
4.2. Recomendaciones	78
REFERENCIAS	79
ANEXOS	82

Índice de tablas

Tabla 1. Principio de fragmentariedad.....	59
Tabla 2. Principio de ultima ratio.	60
Tabla 3. Aplicabilidad del principio de última ratio y fragmentariedad.	61
Tabla 4. Sanción penal.....	62
Tabla 5. Funcionarios públicos.....	63
Tabla 6. Peculado doloso.	64
Tabla 7. Constante sanciones penales.	65
Tabla 8. Proceso Penal.	66
Tabla 9. Criminalización.	67
Tabla 10. Incongruencia normativa.	68

Índice de figuras

Figura 1. Principio de fragmentariedad.	59
Figura 2. Principio de última ratio.	60
Figura 3. Aplicabilidad del principio de última ratio y fragmentariedad.	61
Figura 4. Sanción penal.	62
Figura 5. Funcionarios públicos.	63
Figura 6. Peculado doloso.	64
Figura 7. Constante sanciones penales.	65
Figura 8. Proceso Penal.	66
Figura 9. Criminalización.	67
Figura 10. Incongruencia normativa.	68

I. INTRODUCCION

La conducta penal tiene que verificar la concurrencia de diversos elementos típicos injustos que parten a través de la conducta desvinculada de un rol social la cual genera un riesgo importante para la protección del bien jurídico desencadenando un resultado lesivo muestras este examen a partir de la ley vigente diversos operadores jurídicos no se encuentran limitados para poder valorar instrucciones normativas de acuerdo a los parámetros legales establecidos es decir que genera una incompatibilidad constitucional de la misma.

Ante ello se cabe mencionar que a nivel mundial tanto los delitos de corrupción de funcionarios que conllevan a un delito de peculado son ocasionados dentro de un escenario jurídico pues a la vista se ha observado diversas deficiencias normativas que no ponen reparo a través de las reformas legislativas ya que vulneran el derecho de la administración pública de diversos aspectos problemáticos y acontecimientos ilegales.

Pues esto conlleva delimitar de que hay una estrecha vinculación entre el derecho penal y el derecho constitucional ya que versan ambos en principio prerrogativas y límites los cuales son necesarios para que puedan influir dentro del sistema jurídico asimismo se interpreta de manera positiva normas que contienen legislación penal las cuales son necesarias para brindar un mejor parámetro en el estado de derecho.

En función a lo mencionado siga concretar que el delito de peculado actúa como una malversación del dinero propio del estado es decir de aquellos fondos públicos pues esta actuación y conlleva un promedio de 10 a 13 años lo cual delimita que son delitos contra la eficiencia de la administración pública ya que muchas veces actúan los administrativos en beneficio propio o de terceros abusando y apropiándose de bienes que no le corresponden que son netamente del estado así como también bienes dinerarios públicos o privados razón por la cual deben ser sancionados con una pena privativa de libertad y tomando en cuenta el enriquecimiento indebido que sea efectuado ante el funcionario público.

1.1. Realidad problemática

1.1.1. Internacional

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 funcionario o no, a pesar de tener una vinculación funcional con dichos caudales o efectos.

Se advierte entonces que la expresión fragmentada del derecho penal indica que sólo una parte del grupo de conductas punibles acarrea una sanción penal. Según este principio, no toda conducta que vulnere bienes jurídicos merecedores de tutela penal debe ser sancionada como delito: dentro de estas conductas lesivas, las más graves deben ser objeto de ejecución penal, pues es evidente que sería manifiestamente desproporcionado imponer una prohibición tan estricta. Sanciones por actuaciones menores o que no afecten significativamente al interés objeto de tutela.

En este sentido, la causal de intervención penal tendría en parte dos consecuencias. En primer lugar, las conductas que, aunque afecten un bien jurídico tutelado, no merecen ser castigadas con sanción penal, pueden ser excluidas del ámbito del delito punible, y en segundo lugar, las conductas objeto del delito se ordenan según su grado, es por ello que la razonabilidad de la pena, es necesaria para tomar una decisión final sobre la comisión de un delito o para aplicar los requisitos del principio de proporcionalidad de las sanciones.

Además, se adiciona que el principio de última ratio o de intervención mínima del derecho penal es definido de la siguiente manera:

Esta es una de las manifestaciones del principio de la necesidad de la intervención del derecho penal. En esencia, establece que el derecho penal debe ser la última herramienta que la sociedad utilice para proteger determinados bienes jurídicos, salvo que existan otras formas de control formales e informales menos lesivas. Si el mismo efecto disuasorio se logra por otros medios considerados menos gravoso, la sociedad debe abstenerse de recurrir a su último recurso.

Ante esta mala aplicación normativa por parte del delito que cometen los funcionarios públicos frente a la apropiación ilícita de los bienes muebles inmuebles dinerarios públicos o privados esta investigación requiere que se aplique el principio de fragmentariedad en donde se pueda visualizar la punibilidad de las conductas que merecen una pena que se encuentra prescrita en la norma asimismo también requiere que se aplique el principio de última ratio como una intervención mínima penal del derecho buscando la necesidad de intervención del sujeto el derecho penal y el estado con el fin de llegar a proteger los bienes jurídicos y los controles menos lesivos de las formas.

Tomando en cuenta lo actuado dentro de este delito se considera de qué el bien jurídico protegido ante este artículo es el carácter funcional de la administración pública basándose en la norma en el delito de peculado tomando en cuenta características de prohibición de utilización de caudales y efectos por parte del estado en beneficio propio o de un tercero pues necesariamente este delito se ve y ligado a funciones públicas que demarca las prestaciones públicas ilícitas que ejecuta un administrativo en perjuicio del estado

1.1.2. Nacional

Se evidencia que actualmente a nivel nacional se presentan diversas conductas catalogadas frente al código penal por parte del sistema jurídico actual sin embargo no se encuentra de manera necesaria una trascendencia para el reproche penal, es así que se comprende que el delito de peculado es considerado como un delito pluriofensivo ya que por

un lado versa ante es los intereses patrimoniales y por otro la administración pública como deber funcional pues cabe anotar de que el peculado al proteger los intereses patrimoniales se enfrenta directamente con bienes y valores que tienen una capacidad cuantificable es decir protegen los intereses de los demás razón por las cuales diversos autores han mencionado criticar la codificación de los valores de los bienes o caudales o efectos.

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.

Para poder determinar cuánto es la cantidad de que se actúa este delito de peculado se debe acudir a posibles agentes que logren posibilidad de salvaguardar los caudales y los efectos del cierto valor pues cuando se enfrenta un perjuicio patrimonial sí aludo de que se tenga una mejor administración de trascendencia al activar el ius pudiente del estado así como también el principio de mínima intervención las cuales son conductas que afirman y posibilitan mejoras ante el mecanismo alternativo de configuración del proceso penal.

Esto conlleva a delimitar que, 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.

Con base en ello, se ha determinado que el buen funcionamiento del gobierno estatal significa el derecho común o el derecho intermedio en el delito de peculado previsto en el artículo 387 del Código Penal y previsto en todos los demás tipos de delitos del servidor público. Este derecho consuetudinario debe estar determinado por un derecho estatutario específico o un derecho estatutario inmediato que constituya el objeto real de protección del acto delictivo. El buen funcionamiento del Estado no constituye un criterio para determinar el hastío de un resultado delictivo injusto, ni contribuye al cumplimiento de la función hermenéutica de la forma delictiva, sino que es sólo una ley o político-delictiva que tiene como motivo de enjuiciamiento penal por determinados delitos.

El Tribunal Supremo de la República a través del Acuerdo Plenario No. 04-2005-CJ-116, ha establecido algunos criterios comunes para fundamentar la alegación de perjuicio y negligencia. Sin embargo, estos criterios aún no son suficientes para abordar el problema general de los delitos contra la propiedad. La soberanía y el magisterio del Estado son los encargados de desarrollar importantes aportes a la base dogmática de este delito.

1.1.3. Local

Dentro de Lambayeque se han podido establecer diferentes medios en donde ex funcionarios pertenecientes a la municipalidad se han apropiado de dinero del mismo municipio, así como también de bienes que le pertenecen al propio Estado, pues los especialistas hacen mención que estos delitos en Lambayeque se han ejecutado por un delito doloso, como es el caso del año 2021 en donde el ex funcionario de José Leonardo Ortiz, se apropiado con un promedio de 25 mil soles pertenecientes a la municipalidad.

Así mismo, también se llega a evidenciar que a partir del año 2020 y dentro de la ciudad de Chiclayo y la fiscalía anticorrupción de Lambayeque abre investigación por el delito de peculado a Marcos Gasco Arrobas, así como también al regidor Junior Vásquez Torres, por el presunto acto ilegal de apropiación de fondo del Estado, pues esto se

presenta debido a las irregularidades que se han generado frente al programa de Qali Warma de acuerdo a las disposiciones que se han presentado en La República.

Estos hechos se basan de acuerdo a lo que manifiesta la municipalidad de Chiclayo, en donde el programa de alimentos Qali Warma actuó ante las zonas más vulnerables para la repartición de los productos, pues aquí se logró visualizar una situación de irregularidad que asume deficiencias para poder elaborar un padrón de beneficios, esta situación que conlleva responsabilidad permite la salida irregular de los alimentos y de lo que el Estado adquirido, es por ello que la denuncia que se ha presentado va en relación a la irregularidad de las cargos que toma el alcalde ante la apropiación de los alimentos de los más vulnerables.

Estos casos nos corroboran que con el paso del tiempo el delito no se encuentra penalizados drásticamente por el hecho de que esta investigación requiere que sea aplicable el principio de fragmentariedad y el de ultima ratio, en donde se actúa buscando la seguridad del bien jurídico y del propio Estado nacional y municipal.

1.2. Antecedentes de estudio

1.2.1. Internacionales

Paredes (2019), en su investigación titulada, El delito de peculado en el Ecuador, la cual fue presentada para obtener el grado de Maestro en derecho Penal en la Universidad Andina Simón Bolívar, el cual establece como objetivo principal, la determinación del delito de peculado frente a la legislación peruana, para ello ha aplicado una metodología de tipo explicativa, que permitió concluir que El delito de apropiación indebida (PECULADO) de bienes del Estado es un atentado a la esencia del Estado, la apropiación indebida de fondos destinados a proteger al individuo y a la sociedad en su conjunto, la reducción de dinero público es un atentado a la salud, la educación y el desarrollo de todos los valores que defiende la dignidad humana.

Cevallo (2020), en su tesis titulada, La intervención de los sujetos privados en el delito de peculado: ¿Coautores?, la cual fue presentada para obtener el grado de Maestro en la Universidad San Francisco de Quito, el cual señala que el objetivo principal de la investigación es determinar de qué manera los coautores interviene el delito de peculado, la cual fue desarrollada con una metodología de tipo explicativa, permitió concluir que, también son muy acertados los argumentos utilizados por diversos juzgados y tribunales para la transparencia de la situación. Sí, tiene sentido que una persona rinda cuentas por sus acciones delictivas si se sabe que la persona con la que está colaborando es un funcionario por la intervención de un funcionario no calificado.

Santamaría (2019), en su tesis establecida, El poder punitivo del estado y la proporcionalidad de la pena para el delito de peculado, fue presentada en obtener el grado de maestro en la Universidad, Técnica de Abanto, el cual establece como objetivo general el analizar el poder punitivo del delito de peculado frente al estado ecuatoriano, así mismo fue desarrollado con una metodología de tipo explicativa, que permitió concluir que mucha gente sabe lo que es el poder punitivo del estado, pero no están de acuerdo en que todavía se use, porque siempre se hace en interés del poder gobernante, que hace las leyes. tanto para su defensa personal como para la de sus compañeros.

Pinos (2020), en su investigación titulada, La proporcionalidad de la pena en el delito de peculado y los principios de igualdad y seguridad jurídica, la cual fue presentada para obtener el grado de maestro en derecho penal, en la Universidad Regional Autónoma de los Andes, el cual desarrollada como objetivo general el análisis de la proporcionalidad de la pena frente al delito de peculado, el cual fue desarrollado con una metodología de tipo explicativa, que permitió concluir que es importante lograr el justo equilibrio entre pena y delito, pena y condena en todo caso, ya que el pleno desarrollo del derecho penal y la pena ha sido una lucha constante. Humanización del castigo en aras de la justicia; Por ello, es importante que el juez se adhiera a este principio en la administración de

justicia a fin de evitar penas severas por la comisión de delitos menores que conduzcan a graves injusticias en el ámbito penal.

1.2.2. Nacionales

Díaz (2017), en su investigación determinada como, La imputación en el delito peculado, la cual fue presentada en la Universidad de Piura para obtener el grado de Maestro en el Derecho Penal, cabe resaltar que la presente investigación establece como objetivo general analizar si la imputación del delito es la correcta frente al peculado, para ello se desarrolló una metodología de tipo explicativa, que permitió concluir que la administración pública, como organismo público primario, existe con el servicio que prestan sus autoridades para satisfacer las expectativas del pueblo. Con tantas responsabilidades y expectativas, existe un vínculo institucional entre la administración pública y los servidores públicos.

Guerrero (2019), en su investigación logro concluir que esto incluye un sobreseimiento preliminar de peculado antes del despido en relación con las diligencias de investigación de abogados en el Distrito Fiscal de Cajamarca por parte de abogados de la Fiscalía Especial Corporativa en relación con delitos de corrupción en un año determinado. , Por ejemplo: competencia de denuncia, recopilación de todos los elementos de convicción para la estructura del hecho delictivo de peculado, personalización del grado de involucramiento de los investigadores; Y de igual forma, decidirán las estrategias de investigación de acuerdo a la situación específica.

Molina (2018), en su investigación establece como objetivo general determinar la correcta responsabilidad penal frente a los delitos de peculado, teniendo en cuenta que ha sido desarrollada con una metodología de tipo descriptiva, que permitió concluir que cuando un abogado no cumple con sus deberes de manera responsable debido a su cargo y viola su deber oficial, se define como un incumplimiento del deber del gobierno. Por tanto, los deberes se dan en los tipos de delitos en los que el autor se reduce a los responsables de una determinada situación.

En el caso del desfalco, estamos hablando del mismo oficial al que se le entregó el auto para uso personal.

Chavez (2020), en su investigación concluye que el análisis de los recursos de destitución revela que si un funcionario o servidor público no lleva registros y no cumple con los requisitos para la prestación de servicios, es un delito de malversación de gastos de viaje por su carácter público. Dinero con fines de dirección o administración especial y reglamentada (flujo público) Para realizar actividades especiales asignadas para el cumplimiento de los objetivos institucionales. Este comportamiento suele ser criticado porque suprime no sólo el decomiso de dinero (con fines lucrativos) sino también la obligación de ejecutar correctamente la función pública (administración adecuada).

1.2.3. Locales

Aquino (2018), en su tesis se concluye que el uso de la política penal es necesario no solo para reducir el delito de enjuiciamiento, sino también para el proceso judicial, que en última instancia puede utilizar las garantías necesarias para controlar el daño causado por la malversación.

Rosillo (2018), en su tesis establece como objetivo general, determinar el delito de peculado frente a los funcionarios públicos de cutervo, desarrollándola con una metodología de tipo explicativa, el cual permitió concluir que el peculado es un delito especial porque el artículo 387 del Código Penal limita oficialmente el ámbito de autoridad al autor o funcionario que administre, reciba o proteja el dinero o sus consecuencias, pero es un delito penal. El riesgo general no se basa en el dominio del infractor, sino en la vulneración de la responsabilidad institucionalmente tutelada.

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 estudio concluye que si bien la teoría del azar es uno de los factores influyentes que se pueden aplicar a la actuación de un funcionario público en el delito

de peculado, aunque la pena es de 2 años de prisión, la figura es diferente.

Velasquez (2018), en su tesis titulada, La imprescriptibilidad en los delitos de corrupción, la cual fue presentada para optar el título profesional de Abogado en la Universidad Particular de Chiclayo, el cual determina como objetivo genera analizar la imprescriptibilidad del delito de peculado frente a los actos de corrupción, la cual fue desarrollada con una metodología de tipo explicativa, el cual permitió concluir que dentro de la administración pública, los funcionarios públicos son empleados de cargos políticos o de credibilidad, empleados de empresas estatales o empresas de economía mixta, que desempeñan un papel en el desempeño de funciones relevantes en el marco de la ley y el orden constitucional dentro de la administración pública. Sin embargo, existen funcionarios públicos que se oponen a la gestión pública, y no son los únicos que dañan o amenazan profundamente los derechos individuales. Atentan inmediatamente contra su buen funcionamiento y solo ponen en peligro su credibilidad, el acceso a los servicios públicos o el ejercicio de determinados derechos fundamentales como intermediarios.

1.3. Teorías relacionadas al tema

1.3.1. Análisis a la doctrina

1.3.1.1. Regulación administrativa del concepto de funcionario público

El derecho administrativo regula muchas definiciones de servidor público o servidor público. Actualmente, no existe una definición única de funcionario público en el sentido administrativo, ya que el alcance de estos términos depende de la ley administrativa que lo ordene.

Así, por un lado, el D. Leg. N.º 276, "Ley de bases de la carrera administrativa y de remuneraciones del sector público", establece lo siguiente:

D. Leg. N.º 276 - Artículo 2	
No están comprendidos en la Carrera Administrativa los servidores públicos contratados ni los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza, pero sí en las disposiciones de la presente Ley en lo que les sea aplicable	No están comprendidos en la Carrera Administrativa ni en norma alguna de la presente Ley los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales, ni los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta, cualquiera sea su forma jurídica.

Esta regulación administrativa del concepto de funcionario público concuerda con lo señalado en el art. 40 de la Const. Pol., la cual hace mención en su artículo 40, es la normatividad que se encargada de regular el ingreso a la carrera administrativa, como la de sus derechos y deberes de los conocidos servidores públicos.

Como se puede apreciar, esta definición excluye de la consideración de funcionarios públicos a las personas en cargos de confianza o de carácter puramente político (ministros de gobierno, congresistas, etc.). Tampoco, de acuerdo con las disposiciones legales, serían servidores públicos, empleados bajo sistemas específicos de trabajo administrativo como los Contratos por Servicios Administrativos (CAS) o funcionarios de empresas estatales como Petroperú o el Banco de la Nación, por ejemplo.

Del mismo modo, el Reglamento del D. Leg. N.º 276 (D. S. N.º 005-90-PCM) distingue los conceptos de funcionario y servidor público en los siguientes términos:

D. Leg. N.º 276	
Artículo 3.- Para efectos de la Ley, entiéndase por servidor público al ciudadano en ejercicio que presta servicio en entidades de la Administración Pública con nombramiento o contrato de autoridad competente, con las formalidades de ley, en jornada legal y sujeto a retribución remunerativa permanente en períodos regulares.	Artículo 4.- Considerase funcionario al ciudadano que es elegido o designado por autoridad competente, conforme al ordenamiento legal, para desempeñar cargos del más alto nivel en los poderes públicos y los organismos con autonomía. Los cargos políticos y de confianza son los determinados por la ley.

Con respecto al concepto de servidor público, cabe señalar que no se incluyen los funcionarios que prestan servicios ad honorem, por ejemplo. Asimismo, se destituiría a los funcionarios que aún no hubieran desempeñado sus funciones o tuvieran alguna falta de formalidades al momento de su nombramiento o empleo inicial. Por tanto, quedan excluidos como funcionarios de facto o de facto. Por otra parte, en lo que se refiere al concepto de funcionario público, el citado Reglamento excluye a las personas que desempeñen funciones públicas a nivel central o subadministrativo. Esto, por supuesto, reduce en gran medida el alcance del concepto.

Ley N.º 28175	Ley N.º 30057
Artículo 4. 1.-El que desarrolla funciones de preeminencia política, reconocida por norma expresa, que representan al Estado o a un sector de la población, desarrollan políticas de Estado y/o dirigen organismos o entidades públicas	Artículo 3.a. - funcionario público. Es un representante político o cargo público representativo, que ejerce funciones de gobierno en la organización del Estado. Dirige o interviene en la conducción de la entidad, así como aprueba políticas y normas

Dado que estas disposiciones legales se limitan a las funciones de representación pública o civil políticamente dominantes, también representan una intención restrictiva de los funcionarios públicos. No todo servidor público será servidor público, dado que los servidores públicos a nivel administrativo no suelen desempeñar funciones políticas o representativas, ni desarrollan políticas públicas.

Por último, en el ámbito administrativo, se encuentra otra definición de funcionario público en la novena disposición final de la Ley N.º 27785, "Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República":

Servidor o funcionario público: A los efectos de esta Ley, toda persona que tenga algún empleo, contrato o relación con cualquier

institución, o tenga algún empleo, y sea empleado de dichas instituciones.

De una lectura de la disposición, se puede ver una clara diferencia en cuanto al alcance de la definición de funcionario público, ya que es más integral. En este sentido, un funcionario público es cualquiera que desempeñe funciones públicas para una entidad, independientemente de su condición, sistema de deberes o naturaleza del servicio. Como veremos, esta definición es muy cercana a la definición de funcionario público del derecho penal sustantivo.

1.3.1.2. Concepto de funcionario público en los instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción

La importancia de definir el concepto de funcionario público también se aborda en los instrumentos internacionales sobre prevención de la corrupción. Estos organismos internacionales reconocieron que establecer un concepto razonable de funcionario público representa la mejor medida político-criminal de los gobiernos para prevenir y frenar los delitos de corrupción, para lo cual intentan establecer una definición lo suficientemente amplia y un cuerpo sancionador adecuado pero no lo son. En primer lugar, mencionaremos el concepto de funcionario público que suscribe la Convención Interamericana contra la Corrupción.

Esta definición de funcionario se distingue de la definición restrictiva y formal de la mayoría de las normas administrativas peruanas, en la medida en que, desde un enfoque material, "funcionario público" depende de la base funcional de la naturaleza pública el funcionario entró en asuntos de administración o estado, ya sea no es necesario evaluar si el funcionario desempeñó funciones representativas o políticas, las formalidades de sus funciones, o si era un empleado asalariado y amplias opiniones de los funcionarios del gobierno.

Asimismo, la definición de funcionario público del art. 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción: a) "Funcionario público" significa: i) Toda persona que desempeñe una función legislativa,

ejecutiva, administrativa o judicial en un Estado Contratante, designada o elegida, permanente o temporal, remunerada u honoraria, independientemente de la experiencia laboral de la persona; (ii) cualquier otra persona, incluido un organismo público o una institución pública, que realice una función pública o preste un servicio público, tal como se define en la legislación nacional del Estado signatario y se aplica en el ordenamiento jurídico territorial correspondiente de ese Estado miembro; iii) cualquier otra persona definida por la legislación interna de un Estado miembro como "funcionario público"..

1.3.1.3. El delito de peculado y su estructura jurídica

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:

El servidor o funcionario público que en virtud de su cargo se apropie o utilice en cualquier forma para sí o para cualquier otra persona la liquidez o utilidades a cuyo cuidado, manejo o custodia se encomiende el cuidado, manejo o custodia, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos o ocho 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:

Ley N.º 29703		
El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza en cualquier forma o consciente que un tercero se apropie o utilice caudales o efectos [...] será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.	Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años.	Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no mayor de ocho ni mayor de doce años.

La última 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 servidor o funcionario público que en cualquier forma se apropie o utilice para sí o para otra persona, líquidos o cosas que se le encomienden en virtud de su cargo de guarda, dirección o custodia, sancionado con pena privativa de libertad no menor de cuatro a mayor de ocho años; Las exenciones de los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años y la pena de ochocientos a trescientos sesenta y cinco días. La sanción será de prisión de un mínimo de ocho años y no mayor de quince años; la inhabilitación de los puntos 1, 2 y 8 del artículo 36, tiene carácter permanente, y tiene pena de trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días, cuando concurra alguno de los siguientes supuestos:

1. El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella.
2. Los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social o de desarrollo.
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.
4. El valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias.

1.3.1.3.1. Tipicidad objetiva

1.3.1.3.1.1. 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.

1.3.1.3.1.2. 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.

1.3.1.3.2. Elementos del tipo objetivo

Un servidor o funcionario público que de cualquier manera se apropia o utiliza para sí o para otra persona dinero o cosas que se le han confiado en razón de su cargo.

Tenemos varios elementos constitutivos del tipo penal que la propia Corte Suprema ha explicado en el AP N° 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 “hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolos de la esfera de la función de la administración pública y colocándose en situación de disponer de los mismos”.

“Utilizar”, por su parte, se refiere a “aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero”.

En cuanto a la recaudación, administración y conservación, la primera es "el acto de apoderarse o recibir líquidos o ganancias de diversa procedencia, pero siempre lícitos". Este último incluye “funciones de conducción de movilidad y conducción”. El tercero importa "bienes consuetudinarios que describen la protección, preservación y control de fondos públicos y ganancias adeudadas a un funcionario o servidor".

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 esta otra funcionaria o no, a pesar de tener una vinculación funcional con dichos caudales o efectos.

El anterior acuerdo plenario también se refiere a esta cuestión en los siguientes términos: "Se entiende por relación de trabajo la confianza en el poder de mando y control de las cosas sólo como una entidad

separada, a saber, la autoridad posicional, basada en el cargo y monitoreando, prestando atención al poder de los flujos o resultados”

1.3.1.3.3. 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 (2017) señala:

El componente de apropiación, característica distintiva del delito de despojo, representa un ciclo que sigue un supuesto racional, pues implica que el funcionario o funcionario público dispone de las cosas como si fueran de su propiedad (las usa o las vende, es decir, por ejemplo), en este sentido, cesión significa la enajenación de un funcionario público o funcionario de bienes públicos como su legítimo propietario.

1.3.1.3.4. 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 (2007), sostiene:

Por aprovecharse se entiende el consumo de lo que el bien permite (descarga o efecto), sin tomar para el fin último propio o de tercero. Aquí no hay espíritu de superioridad, sólo buen uso. La entidad relacionada no quiere incluir el objeto en su dominio o actuar como su propietario, su interés se dirige únicamente al hecho de utilizar el

objeto. Con respecto al uso de artículos intercambiables que no son en efectivo, esta forma de soborno también se organiza a menos que el artículo no esté disponible con frecuencia o no pueda devolverse o reembolsarse porque se destruye como único o se puede quitar muy escaso.

1.3.1.3.5. Bien jurídico tutelado

De acuerdo a lo señalado por Rojas (2007), resalta el carácter pluriofensivo del delito de peculado:

Siendo la corrupción un delito múltiple, la protección del derecho penal tiene por objeto asegurar la protección del patrimonio a través de una administración técnica, profesional y adecuada, así como garantizar el deber constitucional de lealtad de los funcionarios o del público. También busca que la conducta de los funcionarios que administren, reciban o posean fondos o utilidades, no implique abuso de poder. Dada su relación funcional con los poderes públicos patrimoniales.

Por su parte, Salinas (2019), 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. Asimismo, en el AP N.º 4-2005, la Corte Suprema de Justicia también ha establecido que el peculado es un delito pluriofensivo.

1.3.1.3.6. Tipicidad subjetiva

1.3.1.3.6.1. 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 (2019), señala que

“La apropiación indebida o peculado en su forma dolosa requiere que un funcionario o servidor público actúe con conocimiento de que tiene el deber de no dañar los bienes del Estado, por lo tanto, un deber de lealtad y probabilidad de apropiarse, administrar o proteger adecuadamente los bienes públicos asignado a él. Sin embargo, actúa voluntariamente, es decir, viola y lesiona voluntariamente el deber de no lesionar establecido”.

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.

1.3.1.3.6.2. 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 el caso de la apropiación de efectos o caudales.

Se comete un delito cuando el sujeto activo del delito se apropia del bien objeto del delito, apropiación que ciertamente no requiere hurto. La apropiación indebida, sin embargo, será refrenada en la medida en que el

sujeto activo del delito, al decomisar los bienes que le ha confiado el Estado, se comporta como su legítimo propietario y dispone de los bienes como tales, como si fueran parte de su patrimonio personal, propiedad o privado, es decir, la presunción es válida cuando el servidor o empleado público utiliza los bienes que le ha confiado el Estado como si fueran propios.

En el caso de la utilización.

La validación de esta presunción requiere que los bienes en poder del sujeto activo del delito hayan sido primero separados del ámbito público de almacenamiento y luego dados a uso privado, es decir, sacados de su destino para que se vuelvan públicos y puedan hacer su trabajo (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.

1.3.1.3.7. Las circunstancias agravantes

1.3.1.3.7.1. Organización criminal y la actuación de los agentes, como personas vinculadas

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.

1.3.1.3.7.2. 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.

1.3.1.3.7.3. 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.

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 utilidades 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.

1.3.1.3.7.4. 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.

1.3.1.3.8. 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 mínimamente con dos a ocho años de pena privativa de libertad, y las conductas agravantes con cuatro a diez años. Luego de ocho años 2011, cuando se hizo una modificatoria, se incrementó la pena para el peculado simple de cuatro a ocho años de pena privativa de libertad y para la agravante a de ocho a doce 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 cuatro a ocho años, y las agravantes son de ocho a quince 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 ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa. En el caso del peculado con circunstancias agravantes, la pena de multa va de trescientos sesenta y cinco días a setecientos treinta 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 trescientos sesenta y cinco 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:

- a. 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.

- b. 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 garantizará, en el caso de una investigación penal nacional establecida de conformidad con este Acuerdo, mecanismos adecuados en su ordenamiento jurídico interno para superar los obstáculos que puedan surgir como resultado de la aplicación de la ley bancaria.
- c. 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 la corrupción de manera efectiva, cada Estado signatario deberá, en la medida en que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno y sujeto a las condiciones prescritas por sus leyes internas, tomar las medidas necesarias, dentro de su capacidad, para: permitir, a través de las autoridades competentes en su jurisdicción, la prestación controlada y, en su caso, otras técnicas especializadas de investigación tales como la vigilancia electrónica u otras operaciones encubiertas, y las pruebas obtenidas por tales medios de los tribunales

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, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, elaborará e implementará o mantendrá políticas anticorrupción coherentes y eficaces que promuevan la participación pública y reflejen los principios del estado de derecho, los asuntos públicos, la buena administración y los bienes públicos, integridad, transparencia y responsabilidad.
2. Cada estado-nación se esfuerza por establecer y promover métodos efectivos para prevenir la corrupción.
3. Cada Estado Parte se esforzará por revisar periódicamente los instrumentos legales y las medidas administrativas pertinentes para determinar si son adecuados para combatir la corrupción.
4. Las Partes en el Convenio, según corresponda y de conformidad con los principios fundamentales de sus ordenamientos jurídicos, cooperarán entre sí y con las organizaciones internacionales y regionales pertinentes en la promoción y formulación de las medidas a que se refiere este artículo. Esta cooperación puede incluir la

participación en programas y proyectos internacionales destinados a prevenir la corrupción.

1.3.1.3.9. ¿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°1243, de 22 de octubre del 2016, Para los casos en que el agente actúe como miembro, asociado o actuando en nombre de una organización criminal o la conducta se inscriba en programas de bienestar, apoyo o inclusión o desarrollo social, siempre que el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias de que se trate exceda de quince unidades tributarias.

Posteriormente, mediante el D. Leg. N.° 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.° 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:

Incs.1: Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular	Incs.2: Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público.	Incs.8: Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el 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 Annan (2017), refirió:

Este escenario negativo ocurre en todos los países, grandes y pequeños, ricos y pobres, pero sus efectos son especialmente devastadores en los países en desarrollo. La corrupción afecta de manera desproporcionada a los pobres porque desvía fondos para el desarrollo, socava los servicios básicos de los gobiernos, alimenta la desigualdad y la injusticia y bloquea la ayuda y la inversión extranjeras. La corrupción es una de las principales causas de la baja productividad y un gran obstáculo para el alivio de la pobreza y el crecimiento.

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 inhabilitación definitiva para obtener autorización para conducir (establecida en el art. 398-B) priva y vulnera 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 puedan ser reclutados nuevamente pese a haber defraudado al Estado.

1.3.2. Análisis a la legislación

1.3.2.1. Ley N° 31178 incorpora circunstancias agravantes al artículo 387 del Código Penal (Delito de peculado agravado)

El 28 de abril del 2021 se promulgó la Ley N.º 31178, dicha ley modifica los artículos respecto a la circunstancia agravante que son derivadas de

la comisión de algún delito en el estado de emergencia sanitaria. 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.

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.

El delito castiga o sanciona así al funcionario competente que se apropie o utilice de cualquier manera, para sí o para otro, fondos o cosas que se le encomienden para su recaudación, administración o custodia. Debe existir una relación activa entre la entidad activa y el legado. Esta relación debe entenderse como "el poder de vigilancia y control sobre la cosa sólo como un componente general, es decir, la capacidad de posición". Debe quedar claro aquí que "una conexión activa es un elemento esencial o un elemento esencial de incluir la conducta en los datos de apropiación para que el marco del cargo no se amplíe arbitrariamente por la 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 "Aprobar los flujos o efectos pertenecientes al Estado, los sustrae del ámbito de la administración pública y se pone en condiciones de disponer de ellos. Asimismo, establece que para usar el verbo rector "disfruta de los beneficios que el

bien le posibilita (flujo o efecto) sin que tenga por objeto último obtener 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. 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 (Salinas, 2014).

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 “Requiere conocimiento por parte del agente de la naturaleza de los bienes y la relación de trabajo con ellos, y una voluntad de separarlos de la gestión” (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 Puig, 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.

1.3.2.2. Ley N.º 31178, el cual modificar al 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. Quedó redactado de la siguiente manera:

Art. 387.- Peculado doloso y culposo
El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación a que se refieren los incs. 1, 2 y 8 del art. 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 incs. 1, 2 y 8 del art. 36, de naturaleza perpetua, y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos: 1. El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella. 2. Los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social o de desarrollo. 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. 4. El valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas 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. Relativo a la condición de agente, es decir, cuando el funcionario actúa en nombre o representación de una organización criminal como miembro de la misma y el segundo sobre el contexto de la comisión del delito, a saber. Cuando el agente se aproveche de una calamidad pública, emergencia de salud pública o cuando la comisión de un delito comprometa la defensa, la seguridad o la soberanía nacional.

1.3.3. Análisis a la jurisprudencia

1.3.3.1. Configuración del delito de peculado R. N. N.º 2291-2013

Los recursos de nulidad interpuestos por la defensa técnica de la sentenciada Elvira Magda Limache Quesada y por la representante del Ministerio Público, contra la sentencia de fojas dos mil ciento cincuenta y siete, del veintidós de abril y de dos mil trece.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo José Antonio Neyra flores.

PRIMERO. Que la defensa técnica de la sentenciada Elvira Magda Limache Quesada, en su recurso formalizado de fojas dos mil ciento ochenta y dos, indica que:

- i) No existe medio de prueba que acredite la comisión del delito,
- ii) El informe número cero dos-noventa y nueve-EVP advierte la existencia de irregularidades, pero no la responsabilidad de la sentenciada.
- iii) El informe número cero cero uno-dos mil-GRAI/CTAR-JUNÍN, prueba la falta de supervisión del órgano gubernamental del anejo de recursos, así como que existe adulteración en papeletas de depósito y un faltante de cuarenta y cinco mil cincuenta nuevos soles, pero no acredita que la procesada sea la responsable de ello,
- iv) La pericia determina que existe adulteración, mas no a quién corresponde el puño gráfico de la adulteración, por lo que no se puede vincular a la procesada,
- v) Como los otros procesados, fueron excluidos de responsabilidad, la Sala Penal considera que la procesada es la culpable, por lo que la sentencia no responde a pruebas, sino al razonamiento de, que alguien tiene que responder necesariamente por estos hechos.

SEGUNDO. Que la representante del Ministerio Público, en su recurso formalizado de fojas dos mil ciento setenta y siete, indica que: i) El delito es grave, y se debe tener en cuenta que se acreditó la realidad del delito, ii) A la procesada también se le condenó por delito de falsificación de documentos, iii) Su conducta constituyó un perjuicio efectivo para los intereses patrimoniales de la institución, iv) Se apartó intencionalmente del procedimiento.

TERCERO. La acusación fiscal de fojas mil treinta y ocho imputa a la encausada Elvira Magda Limache Quesada que, en su condición de servidora de la Dirección Regional Agraria de Junín, y encargada de depositar en el Banco de la Nación los recursos directamente captados (ingresos propios) de la entidad agraviada, se apoderó de la suma de cuarenta y cinco mil cincuenta nuevos soles, durante los años mil novecientos noventa y ocho y mil novecientos noventa y nueve, para lograr ello adulteró las cantidades en cincuenta y tres boletas de depósito de la cuenta corriente número cero trescientos ochenta y uno-cero diecisiete mil novecientos quince, y en dos papeletas de la cuenta cinco nueve nueve ocho ocho siete dos y seis uno seis ocho dos cuatro ocho, detectándose diferencias entre lo que realmente fue depositado al Banco y las papeletas de depósito adulteradas.

CUARTO. Toda acusación debe basarse en un examen minucioso de los testimonios de juicio de la acusación y de la defensa, obtenidos y reunidos con todas las garantías del proceso judicial, pues sólo da credibilidad al juez y la responsabilidad del imputado y también la pérdida de la presunción de inocencia que daría lugar a tal juicio.

Quinto. La materialidad del delito imputado, es decir, la apropiación de caudales del Estado, se encuentra acreditada con:

- i) El dictamen pericial contable de fojas mil trescientos diecinueve, que concluye que no se depositó en la cuenta bancaria número cero trescientos ochenta y uno-cero diecisiete mil novecientos quince, por concepto de recursos propios captados en forma directa, cuarenta y cinco mil cincuenta nuevos soles, por parte de la inculpada Elvira

Magda Limache Quesada. Así como que las boletas (y sus importes no depositados) fueron legítimas, y que existieron en el extracto bancario el monto real depositado, por ende, existe el faltante citado anteriormente,

ii) El informe especial legal número cero cero uno-dos mil-GRAL-CTAR-JUNÍN (presuntas alteraciones de importes en las papeletas de depósitos de la cuenta corriente ingresos propios, durante el periodo económico mil novecientos noventa y ocho, Y mil novecientos noventa y nueve, por la suma de cuarenta y cinco mil cincuenta nuevos soles) de fojas doscientos sesenta y uno, en el que señala que de la revisión a las papeletas de depósitos, referente a la captación de recursos directamente recaudados (ingresos propios), por diferentes conceptos, se observa que durante los años económicos mil novecientos noventa y ocho y mil novecientos noventa y nueve, no existe coherencia del importe registrado a manuscrito con el registro de la máquina del Banco de la Nación. Asimismo, verificados los abonos efectuados según papeletas de depósito en el extracto bancario de la cuenta corriente número cero trescientos ochenta y uno-cero diecisiete (A mil novecientos quince que emite el Banco de la Nación, no existe relación con el importe del registro auxiliar de caja, determinándose una presunta alteración de los importes en las papeletas de depósitos, que conlleva a un faltante de cuarenta y cinco mil cincuenta nuevos soles, en perjuicio económico de la Dirección Regional de Agricultura y por ende al Estado. Informe ratificado a fojas novecientos cuarenta y tres y novecientos cuarenta y uno.

iii) Estos exámenes se confirman con el acta de inspección fiscal de fojas dieciséis, que señala que de la comparación e la boleta de depósito número seis uno seis ocho dos cuatro ocho del veinticuatro de agosto de mil novecientos noventa y ocho (copia recibida del Ministerio de Agricultura) y la boleta de ingreso número seis uno seis ocho dos cuatro ocho del veinticuatro de agosto de mil novecientos noventa y ocho (original que se encuentra en el Banco de la Nación),

se aprecia que la boleta de ingreso (copia) tiene el monto diferente (seis mil ochocientos nuevos soles), a la que se encuentra en el documento original que obra en el Banco de la Nación (seis mil trescientos nuevos soles), haciendo una diferencia de quinientos nuevos soles, lo que se corrobora con las copias certificadas de boletas de depósito número seis uno seis ocho dos cuatro ocho del veinticuatro de agosto de mil novecientos noventa y ocho, de fojas diecisiete; y el informe legal número cero cuatrocientos ochenta y dos-dos mil-DRA- OAJ/J (investigación sobre faltantes de fondos en la Dirección Regional Agraria Junín), de fojas cincuenta y cuatro, que señala que en las operaciones de captación de los periodos mil novecientos noventa y o y mil novecientos noventa y nueve, existe una diferencia de cuarenta y cinco mil cincuenta nuevos soles, pendientes de depósito en la cuenta corriente número cero trescientos ochenta y uno-cero-diecisiete mil novecientos quince, recursos directamente recaudados.

Sexto. La fiscalía, que también planteó el recurso, sostiene que el delito es grave, su conducta implica el delito de falsificación de documentos, constituyó un perjuicio efectivo para los intereses patrimoniales de la institución y que se apartó intencionalmente del procesamiento.

Séptimo. En cuanto a las circunstancias que rodean el hecho, se debe tener en cuenta que la procesada es agente primaria, como se ve de su certificado de antecedentes penales de fojas dos mil ciento cuarenta y tres, pero también que usó un medio fraudulento como es el alterar la boleta de depósito del Banco de la Nación, así como que la cantidad de lo apoderado es importante (cuarenta y cinco mil cincuenta nuevos soles), de ahí que la pena debe ser mayor.

DECISIÓN

De conformidad en parte con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal, declararon: I. NO HABER NULIDAD en sentencia de fojas dos mil ciento cincuenta y siete, del veintidós de abril de dos mil trece, que condenó a Elvira Magda Limache Quesada, como autora del delito contra

la Administración Pública –peculado, en agravio del Estado– Dirección Regional de Agricultura de Junín. II. HABER NULIDAD en el extremo de la misma que impuso dos años de pena privativa de libertad efectiva, reformándola IMPUSIERON cuatro años de pena privativa de libertad efectiva, la misma que con el descuento de carcelería sufrida vencerá el diez de marzo de dos mil diecisiete. III. NO HABER NULIDAD en lo demás que contiene; y los devolvieron.

1.3.3.2. CAS. N° 1500-2017 Huancavelica

Los hechos atribuidos son los siguientes: Alvar Capcha Ortiz, como Gerente Municipal de la Municipalidad Provincial de Angaraes, Departamento de Huancavelica, facilito en el año 2012 a Milton Monge Doniers, Gerente de Servicios y Administración Tributaria de dicha municipalidad, miles de soles de los fondos de la cuerpo municipal. En ese sentido, realizó los siguientes actos:

1. La primer resolución general N° 183-2012-ACO-GM, del día 05/09/2012, en el cual fue aprobado el plan de trabajo del Lic. Milton Monges D. el cual abarcaba el mantenimiento de los parques y otros aspectos del mercado Tambo Anqara, por un monto presupuestado por 200.000 nuevos soles, en el cual es importante resaltar que todo monto otorgado no debió exceder las 10 UIT, de acuerdo a lo establecido por la R.D. N° 30-6-2010-EF
2. Cabe señalar que a través del Memorándum N° 707-2012-GM-MPAL, de fecha 05/09/2012, el imputado Alvar Capcha O. que a sabiendas de la prohibió de índole normativa, ordeno que Gutierrez, Wilfredo (Contador Público), el cual es el jefe del área de tesorería de la municipalidad, ordeno quien se le facilitara fondos económicos al Lic. Milton Monge D. por la suma de un total de 100.000 nuevos soles, el cual es corroborado por el número de Boucher N°4056 del 10/09/2012.

Que el Fiscal Superior, en el recurso de casación de fecha 26 de septiembre de 2017, a folio setecientos dieciséis, ha citado los motivos de

casación: incumplimiento de una norma constitucional y violación de un principio fundamental (art. 429, incs. 1 y 3, del nuevo CPP).

Específicamente argumentó que el caso fue sobreseído porque no es posible el título de injerencia penal en delitos contra la administración pública, a pesar de que la doctrina judicial ha sido decidida positivamente (Sentencia de Casación No. 12-2 Mil Dieciséis/Lima); Que no hay una motivación adecuada.

El delito de hurto es un incumplimiento del deber (más exactamente un delito de deber especial). Se compone de obligaciones hacia determinados individuos que tienen el deber de mantener un determinado estatus social por su vinculación institucional con determinados bienes jurídicos. Lo que se castiga es la infracción de leyes muy concretas que constituyen un delito, que exigen la existencia de un deber específico.

Para un juicio penal, se debe demostrar que (i) el representante público autorizado actuó o incumplió un deber positivo y (ii) por lo tanto, cometió materialmente la conducta necesaria para el tipo de delito. En los casos habituales, cuando se añadan varios temas especiales, comunes en estructuras jerárquicas organizadas, cada uno será autor de autoría esencialmente paralela; Cuando uno u otro hace una historia típica, la otra intranet puede ser un participante más, según el resultado y el comportamiento del partícipe.

1.4. Formulación del problema.

¿De qué manera se aplica el principio de fragmentariedad y ultima ratio en el delito de peculado doloso?

1.5. Justificación e importancia del estudio.

La investigación se ha generado debido a las deficiencias normativas que se presentan al aplicar un delito de peculado, pues se puede delimitar que ponen en riesgo las reformas legislativas y el derecho a la administración pública, generando así problemas y acontecimiento ilegales, pues muchas veces los administrados actúan en beneficio propio generando un enriquecimiento indebido ante el funcionario.

Ante este problema la investigación requiere que cuando se efectuó un delito de peculado doloso, el legislador aplique el principio de fragmentariedad y ultima ratio, con el fin de que se delimite el hecho punible de la conducta fragmentada, la cual merece de protección penal dentro de las conductas lesivas, las cuales deben de ser sometidas a represión penal.

Los otros lados, los operadores de justicias aplicaran este principio valiéndose del derecho y accediendo a una mejor penalidad del delito peculado en donde legalmente se sancione conforme a norma y se busque la necesidad de intervención penal del sujeto y así legalmente proteger los bienes jurídicos y los controles menos lesivos de las formas.

1.6. Hipótesis.

Si se aplica el principio de fragmentariedad y ultima ratio en el delito de peculado doloso, entonces se delimita el hecho punible, la intervención del sujeto y la protección legal los bienes jurídicos

1.7. Objetivos

General

Determinar si se aplica el principio de fragmentariedad y ultima ratio en el delito de peculado doloso

Específico

- a. Analizar los principios de fragmentariedad y ultima ratio en la normativa penal peruana.
- b. Describir doctrinal, legislativa y jurisprudencialmente el delito de peculado doloso en la legislación peruana.
- c. Proponer la aplicación del principio de fragmentariedad y ultima ratio en el delito de peculado doloso

II. MATERIALES Y METODOS

2.1. Tipo y Diseño de Investigación.

Tipo: Cuantitativa y Propositiva

La investigación ha sido realizada con una tipología cuantitativa - propositiva, ya que, a través de este tipo de investigación, se puede recolectar toda la información considerada importante para el desarrollo de la investigación, de igual forma el tipo descriptivo permitirá describir el problema que se viene suscitando en la sociedad frente a la aplicación del principio de fragmentariedad y ultima ratio en el delito de peculado doloso, Chiclayo 2021 (Hernández, 2018, p. 10).

Diseño: No experimental

En el presente estudio no hubo manipulación de variables, por lo que se puede afirmar que el diseño desarrollado es no experimental. Teniendo en cuenta que la presente investigación tiene como propósito solucionar la problemática frente la aplicación del principio de fragmentariedad y ultima ratio en el delito de peculado doloso, Chiclayo 2021 (Hernández, 2018, p. 174)

2.2. Población y muestra.

2.2.1. Población

Considerando o citado por Hernández (2018), la población es conformada por un grupo de personas o sujetos ubicados en un lugar determinado, cabe señalar que se requieren conocimientos previos para la investigación de la aplicación del principio de fragmentariedad y ultima ratio en el delito de peculado doloso, Chiclayo 2021 (Hernández, 2018, p.235).

2.2.2. Muestra

Tal como lo plantea Hernández (2018), al determinar que una muestra es un subgrupo de personas extraída de una determinada población, cabe señalar que este subgrupo debe contener la información necesaria sobre principio de fragmentariedad y ultima ratio en el delito de peculado doloso, Chiclayo 2021, cabe señalar que la muestra estará conformada por una

totalidad de 50 personas que estarán divididos por jueces penales, fiscales y abogados especialistas en derecho penal (Hernández, 2018, p.235).

Comunidad jurídica penal

Descripción	Cantidad	%
Jueces Penales	4	8%
Fiscales	5	10%
Abogados especialistas en Derecho Penal	41	92%
Total, de informantes (N)	50	100%

Fuente: propia de la Investigación.

2.3. Variables y Operacionalización.

2.3.1. Variable Independiente

Principio de fragmentariedad y ultima ratio: El presente principio protege a la persona que se encuentra procesada por alguno delito, es decir que impide que el legislador tipifique todos los actos como un delito igual, es decir el legislador deberá escoger las graves (Pasión por el derecho, 2019).

2.3.2. Variable Dependiente

Delito de peculado doloso: Es toda acción que es realizada por funcionarios públicos, es decir es la supervisión de todos los actos donde el funcionario público se apropia o utiliza indebidamente los bienes públicos que han sido encomendando a su persona (Diario Gestión, 2019).

Operacionalización de variables

Variables	Dimensiones	Indicadores	Ítem / Instrumento
V. Independiente Principio de fragmentariedad y ultima ratio	Naturaleza fragmentaria o accesoria	Política social del Estado	Escale de Likert - Cuestionario
	Protección penal	Totalidad de bienes jurídicos	
	Derecho penal	Control menos lesivas	
V. Dependiente Delito de peculado doloso	Bienes públicos	Se apropia o utiliza indebidamente	Escale de Likert - Cuestionario
	Código Penal	Artículo 387	
	Funcionario o servidor público	Cargo que ejercía	

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

2.4.1. Técnica

Observación: El propósito de esta técnica es observar y detectar cualquier problema que surja en la sociedad, ya que de esta manera será posible identificar las causas del problema, frente a la aplicación del principio de fragmentariedad y ultima ratio en el delito de peculado doloso, Chiclayo 2021 (Hernández, 2018, p. 445).

La encuesta: Es la aplicación de una serie de preguntas previamente desarrolladas, el propósito de esta encuesta es obtener información que se considera importante para el desarrollo de la aplicación del principio de fragmentariedad y ultima ratio en el delito de peculado doloso, Chiclayo 2021 (Hernández, 2018. p. 180).

Fichaje: Esta técnica ayuda a identificar todo lo relacionado con el problema, permite recopilar toda la información que se considera importante para la investigación, sobre la aplicación del principio de fragmentariedad y ultima ratio en el delito de peculado doloso, Chiclayo 2021 (Hernández, 2018, p. 86).

Análisis Documental: El objetivo principal de esta técnica es analizar todos los documentos o información relevante para el desarrollo de la investigación, dado que esta técnica permite la difusión y separación de toda la información relacionada con el problema de la aplicación del principio de fragmentariedad y ultima ratio en el delito de peculado doloso, Chiclayo 2021 (Hernández, 2018, p. 85).

Técnica de Gabinete: La técnica consiste en un grupo de personas, cuyo propósito es criticar si la investigación es práctica para la sociedad, para tener en cuenta que son conscientes del problema sobre la aplicación del principio de fragmentariedad y ultima ratio en el delito de peculado doloso, Chiclayo 2021 (Hernández, 2018, p. 86).

2.4.2. Instrumentos

Cuestionario: Es un conjunto de preguntas dirigidas a una población específica, cuyo objetivo principal es obtener información importante para el desarrollo del problema sobre la aplicación del principio de fragmentariedad y ultima ratio en el delito de peculado doloso, Chiclayo 2021, cabe señalar que está conformada por 10 interrogantes (Hernández, 2018, p. 250).

Ficha textual: Le permite recopilar toda la información en términos de teoría y jurisprudencia que ayudará a resolver el problema, sobre la aplicación del principio de fragmentariedad y ultima ratio en el delito de peculado doloso, Chiclayo 2021 (Hernández, 2018, p. 86).

Ficha bibliográfica: Se refiere a toda la información obtenida y se cita en consecuencia, es decir, se encarga de registrar toda la información que forma parte de la investigación (Hernández, 2018, p. 87).

Ficha hemerográfica: Este es un registro de toda la información obtenida en periódicos o revistas que forman parte de la investigación (Hernández, 2018, p. 87).

Ficha de resumen: Es una herramienta que permite almacenar toda la información de acuerdo con la información obtenida o extraída para el desarrollo de la investigación (Hernández, 2018, p. 88)

Ficha paráfrasis: Es el proceso donde el investigador realiza apuntes con sus propias palabras sobre la aplicación del principio de fragmentariedad y ultima ratio en el delito de peculado doloso, Chiclayo 2021 (Hernández, 2018, p. 88)

2.5. Procedimientos de análisis de datos.

Toda la información obtenida por los distintos medios identificados durante la investigación será objeto de análisis, cabe señalar que toda la información obtenida sustenta la hipótesis establecida, y los datos serán objeto de proceso. La presión hará que se divida en gráficos estadísticos,

que se tabularán de manera similar con Excel y eventualmente se convertirán a SPSS.

2.6. Criterios éticos.

Estos son los criterios que permiten evaluar éticamente el estudio, dado que busca una posible solución al problema de la aplicación del principio de fragmentariedad y ultima ratio en el delito de peculado doloso, Chiclayo 2021.

a. Consentimiento informado

Es considerada como la manifestación de voluntad de las personas que formaran parte de la investigación, el cual brindara su conocimiento sobre la aplicación del principio de fragmentariedad y ultima ratio en el delito de peculado doloso, Chiclayo 2021.

b. Información

Es la recopilación de toda información que se ha venido obteniendo mediante el desarrollo de la investigación, teniendo en cuenta que esta información deberá estar relacionada a la aplicación del principio de fragmentariedad y ultima ratio en el delito de peculado doloso, Chiclayo 2021.

c. Voluntariedad

Es la intención de las personas que han formado parte de la investigación e querer buscar una posible solución frente al problema de la aplicación del principio de fragmentariedad y ultima ratio en el delito de peculado doloso, Chiclayo 2021.

d. Beneficencia:

Toda investigación siempre deberá ser beneficiosa para la sociedad, teniendo en cuenta que puede ser mediante una posible solución o brindar adecuados conocimientos para los posibles estudios sobre la aplicación del principio de fragmentariedad y ultima ratio en el delito de peculado doloso, Chiclayo 2021.

e. Justicia:

Toda investigación que se realice dentro de un estado democrático deberá ser justa para la sociedad, ya que buscara una posible solución frente a la aplicación del principio de fragmentariedad y ultima ratio en el delito de peculado doloso, Chiclayo 2021.

f. Dignidad Humana

Al cumplir los criterios establecidos por Belmont, se puede señalar que la aplicación del principio de fragmentariedad y ultima ratio en el delito de peculado doloso, Chiclayo 2021, será confiable para la sociedad.

2.7. Criterios de Rigor Científicos

a. Aplicabilidad

Cualquier investigación debe ser imparcial y pública, porque si se realiza una investigación, su objetivo principal es resolver el problema de la aplicación del principio de fragmentariedad y ultima ratio en el delito de peculado doloso, Chiclayo 2021.

b. Consistencia

Esto refleja el grado de confiabilidad determinado por las fuerzas que se puede determinar mediante el uso del programa SPSS y la inclusión de tablas y gráficos relacionados con el problema propuesto.

c. Neutralidad

Cualquier información o investigación obtenida debe ser imparcial para no perjudicar a ninguna de las partes.

d. Originalidad

Como todo proyecto de investigación, debe ser original para que no haya plagio y nadie resulte perjudicado.

e. Novedad

El estudio actual será novedoso ya que busca abordar el problema en la sociedad, frente a la aplicación del principio de fragmentariedad y ultima ratio en el delito de peculado doloso, Chiclayo 2021.

f. Generalización

Esta es una parte fundamental del pensamiento y razonamiento, a partir de una idea general del problema, teniendo en cuenta todas las disciplinas aplicadas al problema a nivel internacional y nacional.

III. RESULTADOS

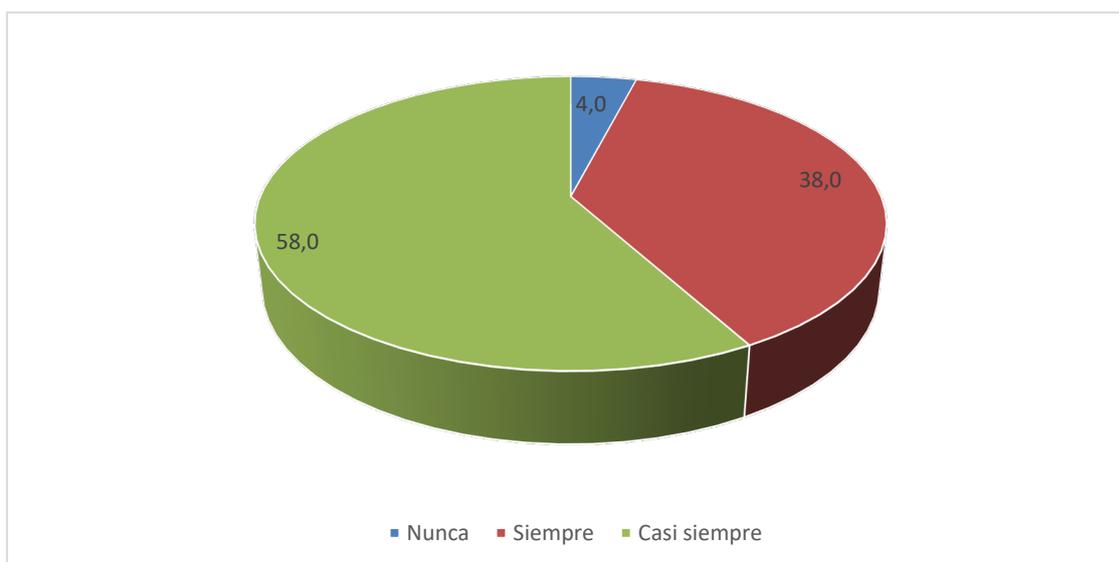
3.1. Resultados en tablas y figuras

Tabla 1. Principio de fragmentariedad.

ITEMS	N°	%
Nunca	2	4.0
Siempre	19	38.0
Casi siempre	29	58.0
Total	50	100.0

Nota: Encuesta aplicada a los Jueces Penales, Fiscales y Abogados especialistas en derecho Penal.

Figura 1. Principio de fragmentariedad.



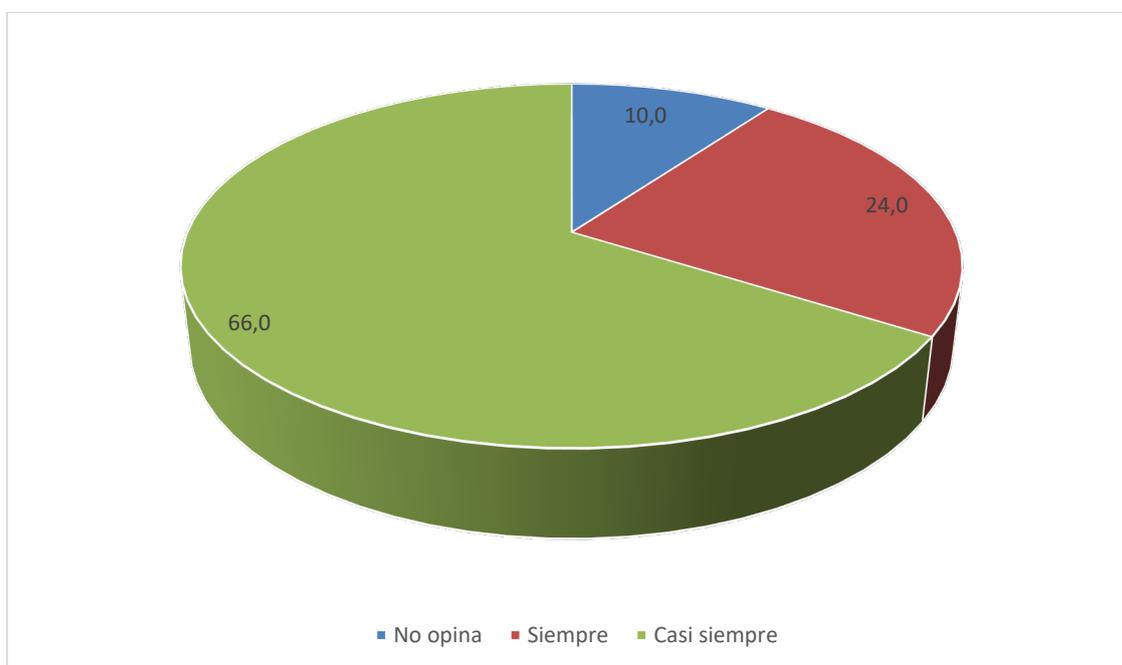
Nota: Tomando en cuenta lo expuesto por el 58% de los encuestados se puede demostrar que están casi siempre a favor en que se deba aplicar el principio de fragmentariedad en los delitos de peculado doloso, así mismo otro resultado favorable para la investigación en lo señalado por el 38% de los especialistas que expresan estar siempre a favor en que es necesario la correcta aplicación del principio de fragmentariedad frente a los delitos de peculado culposo.

Tabla 2. Principio de ultima ratio.

ITEMS	N°	%
No opina	5	10.0
Siempre	12	24.0
Casi siempre	33	66.0
Total	50	100.0

Nota: Encuesta aplicada a los Jueces Penales, Fiscales y Abogados especialistas en derecho Penal.

Figura 2. Principio de última ratio.



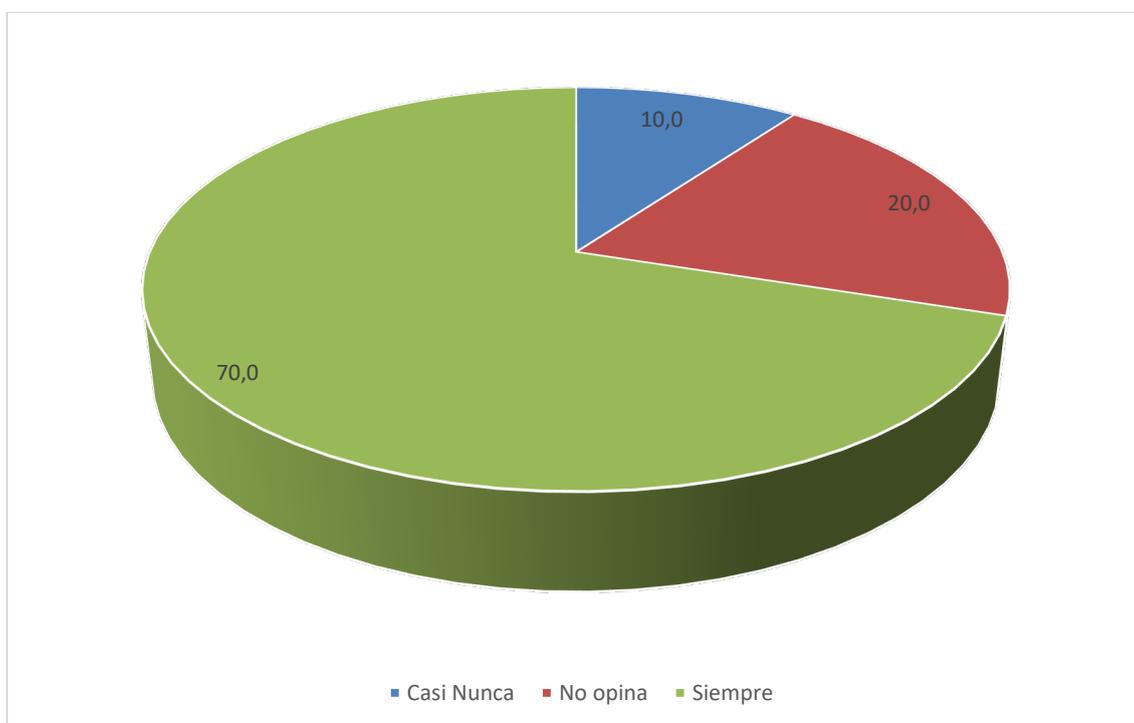
Nota: Tomando en cuenta las respuestas de las personas encuestadas se puede evidenciar que el 66% de los expertos señalan estar casi siempre a favor en que se deba aplicar el principio de ultima ratio en los delitos de peculado doloso, de igual manera otro resultado favorable para la investigación es lo señalado por el 24% de los especialistas, que demuestran estar siempre a favor en que es necesario que se aplique el principio de ultima ratio frente al delito de peculado doloso.

Tabla 3. Aplicabilidad del principio de última ratio y fragmentariedad.

ITEMS	N°	%
Casi Nunca	5	10.0
No opina	10	20.0
Siempre	35	70.0
Total	50	100.0

Nota: Encuesta aplicada a los Jueces Penales, Fiscales y Abogados especialistas en derecho Penal.

Figura 3. Aplicabilidad del principio de última ratio y fragmentariedad.



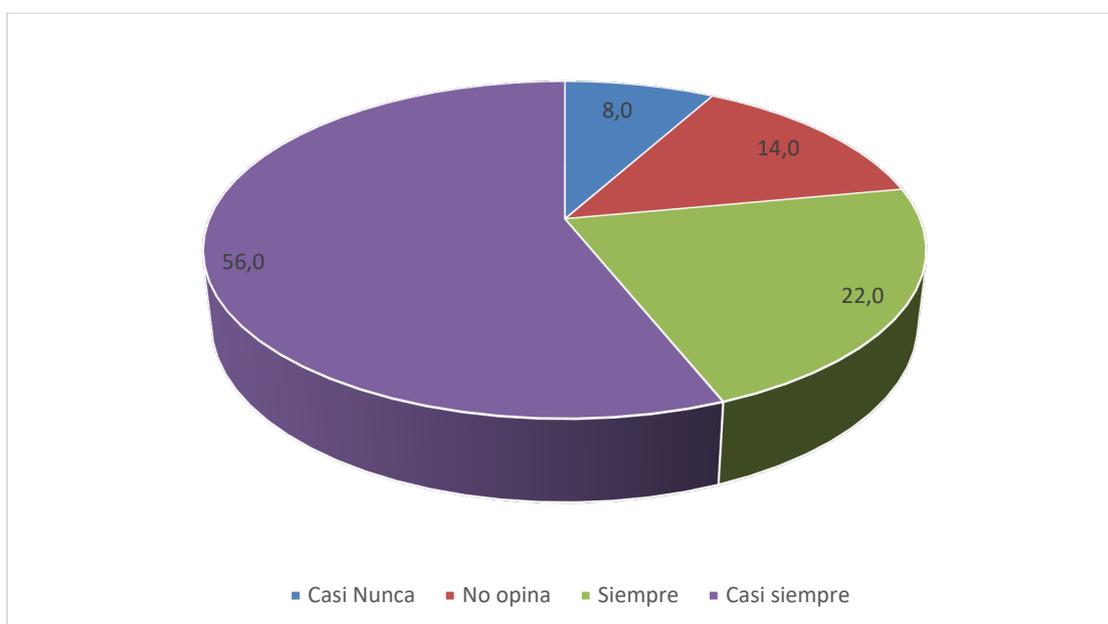
Nota: Tomando en cuenta las respuestas de las personas encuestadas se puede evidenciar que el 70% de los expertos demuestran estar siempre a favor en que se deba identificar en qué circunstancias puede ser aplicable el principio de última ratio y fragmentariedad, sin embargo, existe un 20% de la mayoría de los especialistas que prefieren no expresar su comentario sobre la pregunta aplicada a su persona.

Tabla 4. Sanción penal.

ITEMS	N°	%
Casi Nunca	4	8.0
No opina	7	14.0
Siempre	11	22.0
Casi siempre	28	56.0
Total	50	100.0

Nota: Encuesta aplicada a los Jueces Penales, Fiscales y Abogados especialistas en derecho Penal.

Figura 4. Sanción penal.



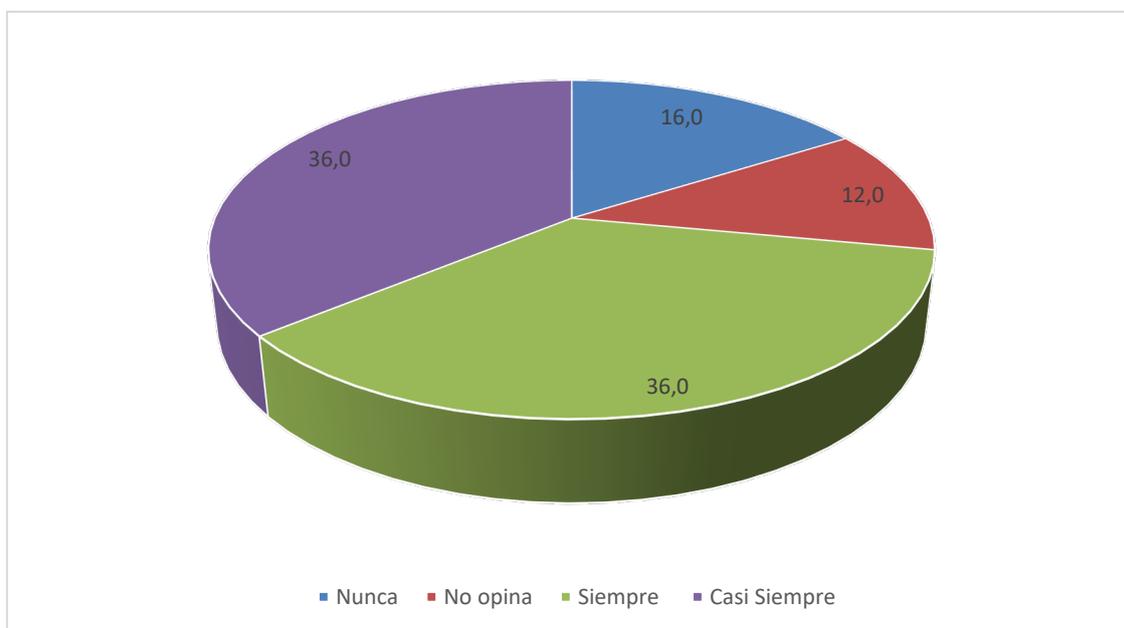
Nota: Tomando en cuenta las respuestas de las personas encuestadas se puede evidenciar que el 56% de los expertos señalan estar casi siempre a favor en que los legisladores no deben tomar como único mecanismo la sanción penal frente a actos delictuosos de funcionarios públicos, de igual forma se ha obtenido otro resultado favorable, el cual señala estar siempre a favor con el 22%, en que no deba considerarse como único mecanismo la sanción penal ante el delito de peculado culposo.

Tabla 5. Funcionarios públicos.

ITEMS	N°	%
Nunca	8	16.0
No opina	6	12.0
Siempre	18	36.0
Casi Siempre	18	36.0
Total	50	100.0

Nota: Encuesta aplicada a los Jueces Penales, Fiscales y Abogados especialistas en derecho Penal.

Figura 5. Funcionarios públicos.



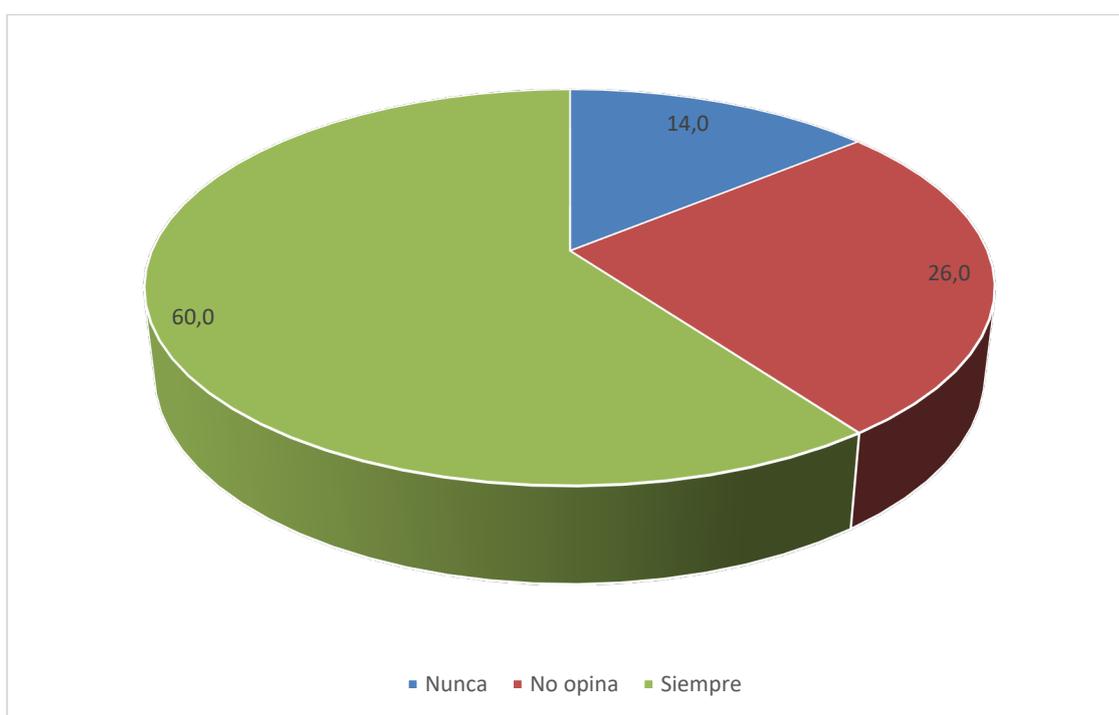
Nota: Tomando en cuenta las respuestas de las personas encuestadas se puede evidenciar que el 36% de los expertos señalan estar casi siempre a favor en que al aplicar el principio de fragmentariedad y de ultima ratio, se evitara criminalizar todos los actos realizados por funcionarios públicos, de igual manera otro resultado a favor es lo señalado por el 36% de los especialistas, que de igual forma expresan estar siempre a favor en que a través de estos dos principios se evitara criminalizar el delito de peculado doloso.

Tabla 6. Peculado doloso.

ITEMS	N°	%
Nunca	7	14.0
No opina	13	26.0
Siempre	30	60.0
Total	50	100.0

Nota: Encuesta aplicada a los Jueces Penales, Fiscales y Abogados especialistas en derecho Penal.

Figura 6. Peculado doloso.



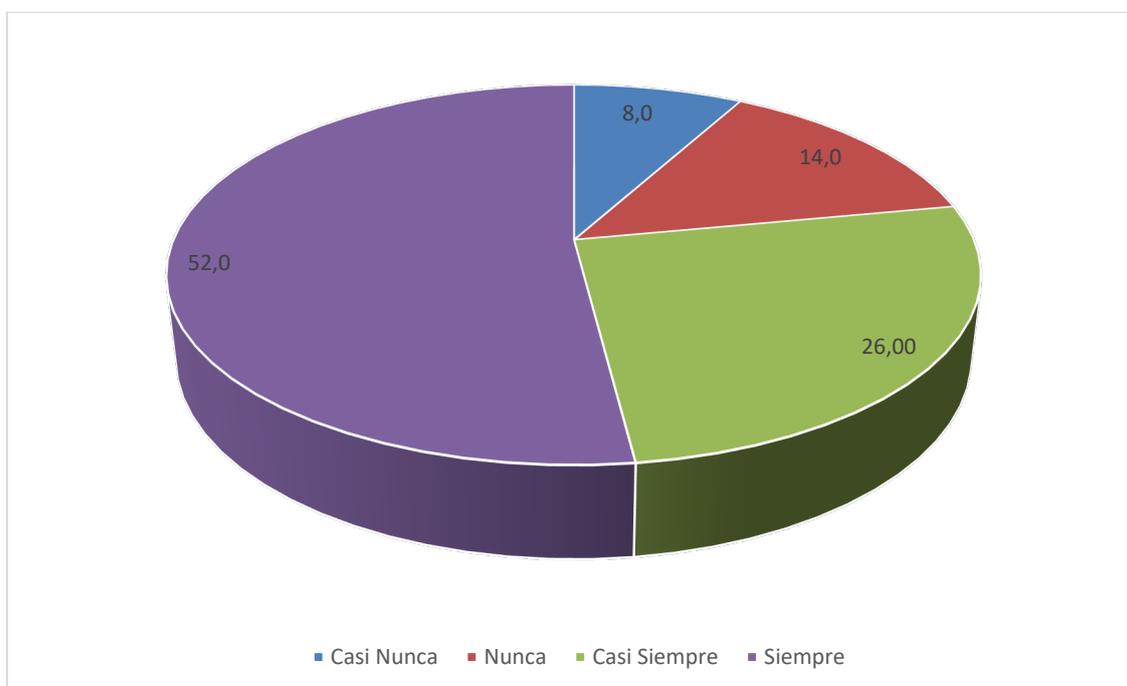
Nota: Tomando en cuenta las respuestas de las personas encuestadas se puede evidenciar que el 60% de los expertos, demuestran estar siempre a favor en que una sanción administrativa deba ser considerado frente a los actos del delito de peculado doloso, sin embargo, por otra parte, existe un 26% de los especialistas que prefieren mantenerse al margen de la pregunta aplicada a su persona y no expresar su opinión.

Tabla 7. Constante sanciones penales.

ITEMS	N°	%
Casi Nunca	4	8.0
Nunca	7	14.0
Casi Siempre	13	26.00
Siempre	26	52.0
Total	50	100.0

Nota: Encuesta aplicada a los Jueces Penales, Fiscales y Abogados especialistas en derecho Penal.

Figura 7. Constante sanciones penales.



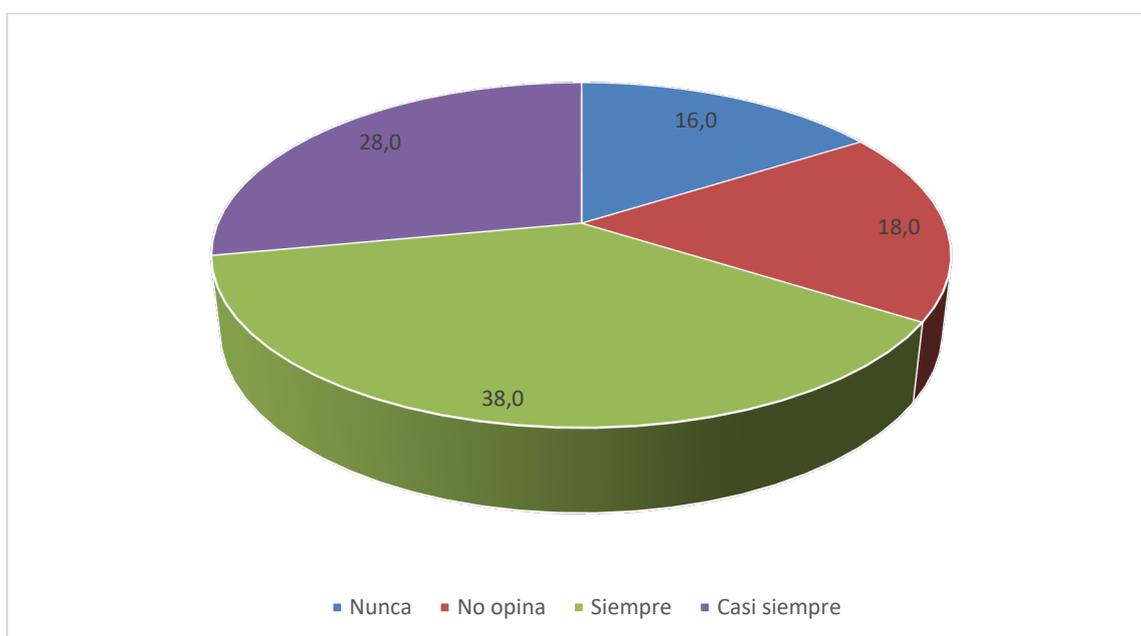
Nota: Tomando en cuenta las respuestas de las personas encuestadas se puede evidenciar que el 52% de los expertos, demuestran estar siempre a favor en que el principio de ultima ratio se ha visto vulnerado frente a la constante sanciones penales aplicadas en el delito de peculado, sin embargo, por otra parte, existe un 26% de los especialistas que señalan estar casi siempre a favor en que existe una vulneración del principio de ultima ratio frente al delito de peculado.

Tabla 8. Proceso Penal.

ITEMS	N°	%
Nunca	8	16.0
No opina	9	18.0
Siempre	19	38.0
Casi siempre	14	28.0
Total	50	100.0

Nota: Encuesta aplicada a los Jueces Penales, Fiscales y Abogados especialistas en derecho Penal.

Figura 8. Proceso Penal.



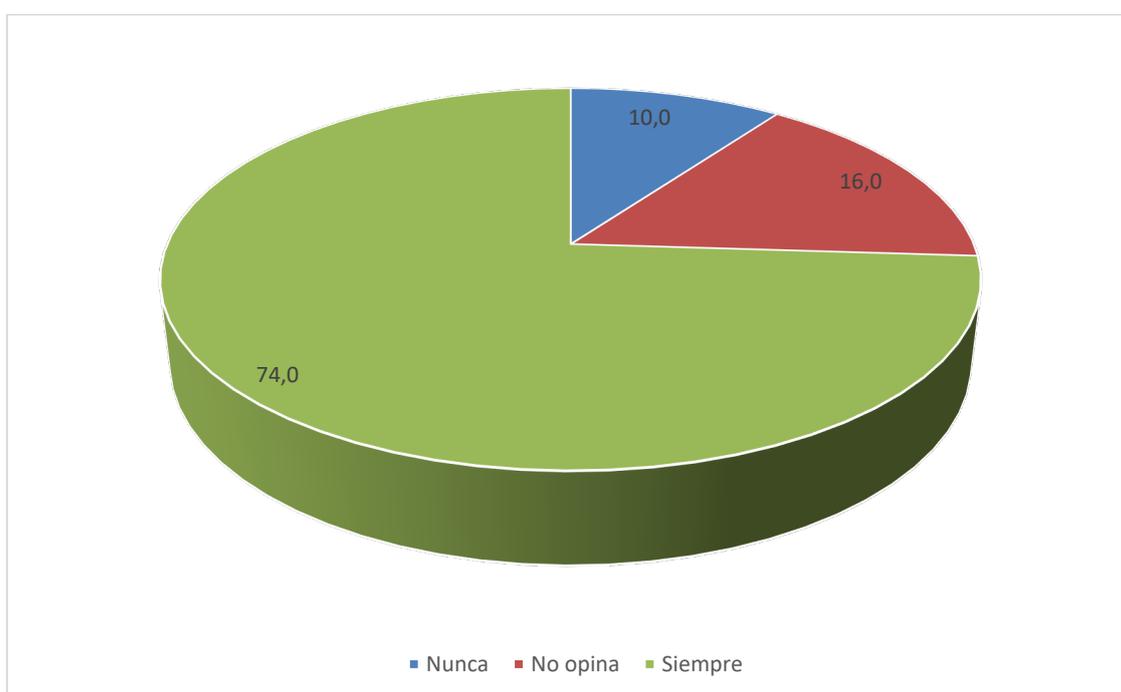
Nota: Tomando en cuenta las respuestas de las personas encuestadas se puede evidenciar que el 38% de los expertos señalan estar siempre a favor en que, al sancionar a un servidor público, los jueces deberán toma en cuenta cual es la cuantía por el cual se le está procesando, de igual manera otro resultado favorable para la investigación es lo señalado por el 28% de los especialistas que señalan estar casi siempre a favor en que es necesario que los jueces tomen en cuenta la cuantía del proceso.

Tabla 9. Criminalización.

ITEMS	N°	%
Nunca	5	10.0
No opina	8	16.0
Siempre	37	74.0
Total	50	100.0

Nota: Encuesta aplicada a los Jueces Penales, Fiscales y Abogados especialistas en derecho Penal.

Figura 9. Criminalización.



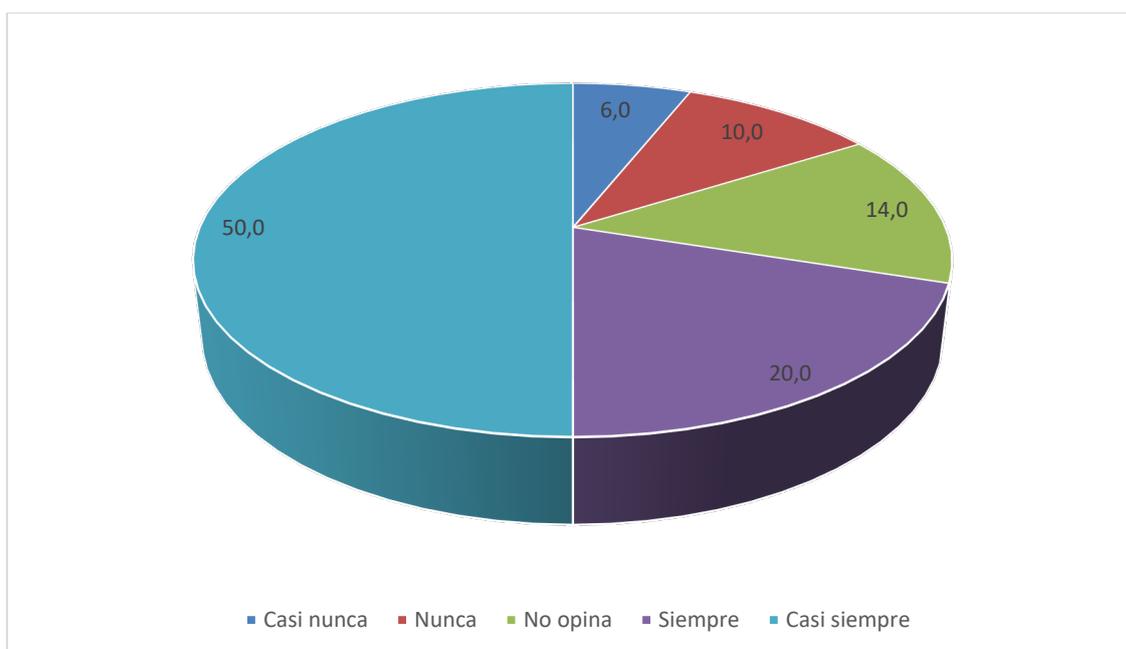
Nota: Tomando en cuenta las respuestas de las personas encuestadas se puede evidenciar que el 74% de los especialistas, señalan estar siempre a favor en que la normatividad que regula el delito de peculado deba ser analizada, para que de esta manera se evite la criminalización de los delitos de peculado, sin embargo, por otra parte, existe un 16% de los expertos que prefieren no expresar su opinión sobre la pregunta elaborada.

Tabla 10. Incongruencia normativa.

ITEMS	N°	%
Casi nunca	3	6.0
Nunca	5	10.0
No opina	7	14.0
Siempre	10	20.0
Casi siempre	25	50.0
Total	50	100.0

Nota: Encuesta aplicada a los Jueces Penales, Fiscales y Abogados especialistas en derecho Penal.

Figura 10. Incongruencia normativa.



Nota: Tomando en cuenta las respuestas de las personas encuestadas se puede evidenciar que el 50% de especialistas, señalan estar casi siempre a favor en que existe una incongruencia normativa entre principio de fragmentariedad y de ultima ratio, frente al delito de peculado doloso, de igual manera otro resultado a favor de la investigación es lo señalado por el 20% de los expertos que señalan estar siempre a favor de la pregunta realizada.

3.2. Discusión de los Resultados

Teniendo en cuenta el objetivo general de la investigación, el cual busca determinar si es aplicable el principio de fragmentariedad y ultima ratio en el delito de peculado doloso, para ello se tendrá como base lo obtenido en la figura N.º 3, el cual señala que tomando en cuenta las respuestas de las personas encuestadas se puede evidenciar que el 70% de los expertos demuestran estar siempre a favor en que se deba identificar en qué circunstancias puede ser aplicable el principio de ultima ratio y fragmentariedad, sin embargo, existe un 20% de la mayoría de los especialistas que prefieren no expresar su comentario sobre la pregunta aplicada a su persona. Es preciso señalar que, mediante los resultados obtenidos por la encuesta aplicada, se puede evidenciar que dentro de la legislación peruana los juzgadores de justicia toman como único mecanismo de sanción a la privación de libertad, sin que se tome en cuenta uno de los principales principios en el derecho penal el cual es el de fragmentariedad y ultima ratio, ya que a través de ello se evitara criminalizar los actos que se han realizado mediante el delito de peculado doloso, es por ello que al compararlo con lo sustentado por Paredes (2019), en su investigación titulada, El delito de peculado en el Ecuador, la cual fue presentada para obtener el grado de Maestro en derecho Penal en la Universidad Andina Simón Bolívar, el cual establece como objetivo principal, la determinación del delito de peculado frente a la legislación peruana, para ello ha aplicado una metodología de tipo explicativa, que permitió concluir que El delito de apropiación indebida (PECULADO) de bienes del Estado es un atentado a la esencia del Estado, la apropiación indebida de fondos destinados a proteger al individuo y a la sociedad en su conjunto, la reducción de dinero público es un atentado a la salud, la educación y el desarrollo de todos los valores que defiende la dignidad humana. Es evidente que el delito de peculado es un problema que se viene suscitando desde un nivel nacional hasta internacional, sin embargo, estos actos se han venido criminalizando con sanciones penales, sin que tomen en cuenta los derechos de las personas.

Continuando con la interpretación del primer objetivo específico el cual busca realizar un análisis frente al principios de fragmentariedad y ultima ratio en la normativa penal peruana, para ello se tendrá como base lo obtenido en la figura N.º 5, el cual expresa que tomando en cuenta las respuestas de las personas encuestadas se puede evidenciar que el 36% de los expertos señalan estar casi siempre a favor en que al aplicar el principio de fragmentariedad y de ultima ratio, se evitara criminalizar todos los actos realizados por funcionarios públicos, de igual manera otro resultado a favor es lo señalado por el 36% de los especialistas, que de igual forma expresan estar siempre a favor en que a través de estos dos principios se evitara criminalizar el delito de peculado doloso. Se puede evidenciar que dentro de la legislación peruana los actos ilícitos realizados por funcionarios públicos se han venido criminalizando sin que exista alternativas favorables para las partes involucradas, es por ello que al compararlo con lo sustentado por Pinos (2020), en su investigación titulada, La proporcionalidad de la pena en el delito de peculado y los principios de igualdad y seguridad jurídica, la cual fue presentada para obtener el grado de maestro en derecho penal, en la Universidad Regional Autónoma de los Andes, el cual desarrollada como objetivo general el análisis de la proporcionalidad de la pena frente al delito de peculado, el cual fue desarrollado con una metodología de tipo explicativa, que permitió concluir que es importante lograr el justo equilibrio entre pena y delito, pena y condena en todo caso, ya que el pleno desarrollo del derecho penal y la pena ha sido una lucha constante. Humanización del castigo en aras de la justicia; Por ello, es importante que el juez se adhiera a este principio en la administración de justicia a fin de evitar penas severas por la comisión de delitos menores que conduzcan a graves injusticias en el ámbito penal. Es importante resaltar que dentro de la legislación peruana deben de tomar en cuenta la proporcionalidad del daño causado, para que de esta manera el principio de fragmentariedad y de ultima ratio pueda ser aplicable correctamente.

Prosiguiendo con el segundo objetivo específico, el cual busca describir mediante doctrina, legislación y jurisprudencialmente el delito de peculado

doloso en la legislación peruana, para ello se tendrá en cuenta lo obtenido en la figura N.º 7, el cual señala que tomando en cuenta las respuestas de las personas encuestadas se puede evidenciar que el 52% de los expertos, demuestran estar siempre a favor en que el principio de ultima ratio se ha visto vulnerado frente a la constante sanciones penales aplicadas en el delito de peculado, sin embargo, por otra parte, existe un 26% de los especialistas que señalan estar casi siempre a favor en que existe una vulneración del principio de ultima ratio frente al delito de peculado. Es importante señalar que existe una vulneración del principio de fragmentariedad y de ultima ratio frente a los actos realizados por los funcionarios públicos, así mismo es importante resaltar que se viene vulnerando sus derechos al no aplicar estos principios es por ello que al compararlo con lo sustentado por Díaz (2017), en su investigación determinada como, La imputación en el delito peculado, la cual fue presentada en la Universidad de Piura para obtener el grado de Maestro en el Derecho Penal, cabe resaltar que la presente investigación establece como objetivo general analizar si la imputación del delito es la correcta frente al peculado, para ello se desarrolló una metodología de tipo explicativa, que permitió concluir que la administración pública, como organismo público primario, existe con el servicio que prestan sus autoridades para satisfacer las expectativas del pueblo. Con tantas responsabilidades y expectativas, existe un vínculo institucional entre la administración pública y los servidores públicos. Es importante definir que dentro de la legislación peruana para que pueda ser aplicable cualquier principio deberá ser primero analizado e identificar de qué manera puede aplicarse estos principios sin que exista una vulneración de los derechos.

Para finalizar tendremos en cuenta el último objetivo específico, el cual busca proponer la aplicación del principio de fragmentariedad y ultima ratio en el delito de peculado doloso, el cual tendrá como base lo obtenido en la figura N.º10, el cual señala que tomando en cuenta las respuestas de las personas encuestadas se puede evidenciar que el 50% de especialistas, señalan estar casi siempre a favor en que existe una incongruencia normativa entre principio de fragmentariedad y de ultima

ratio, frente al delito de peculado doloso, de igual manera otro resultado a favor de la investigación es lo señalado por el 20% de los expertos que señalan estar siempre a favor de la pregunta realizada. Es preciso señalar que dentro de la legislación peruana, si existe normar o principios que permiten mejorar la estabilidad del imputado dentro de un proceso, y la parte juzgadora no permite aplicarlo entonces estaríamos hablando de una incongruencia normativa, es por ello que al compararlo con lo sustentado por Rosillo (2018), en su tesis titulada, El delito de peculado de uso por servidores y funcionarios de la municipalidad provincial de cutervo en el periodo 2015- 2016, la cual fue presentada para optar el título profesional de Abogado en la Universidad Particular de Chiclayo, la cual establece como objetivo general, determinar el delito de peculado frente a los funcionarios públicos de cutervo, desarrollándola con una metodología de tipo explicativa, el cual permitió concluir que el peculado es un delito especial porque el artículo 387 del Código Penal limita oficialmente el ámbito de autoridad al autor o funcionario que administre, reciba o proteja el dinero o sus consecuencias, pero es un delito penal. El riesgo general no se basa en el dominio del infractor, sino en la vulneración de la responsabilidad institucionalmente tutelada. Para finalizar con la interpretación de los objetivos, es evidente que dentro de la legislación peruana es necesario que exista una adecuada aplicación del principio de fragmentariedad y ultima ratio, para que de esta manera no incurra en los actos de sobre criminalizar los actos de los delitos de peculado doloso.

3.3. Aporte practico

Proyecto de Ley N°

**PROPUESTA LEGISLATIVA QUE
MODIFICA EL ARTICULO 387 DEL
CÓDIGO PENAL PARA APLICAR EL
PRINCIPIO DE FRAGMENTARIEDAD Y
ULTIMA RATIO**

El estudiante de la carrera de Derecho de la Universidad Señor de Sipán, 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 República, presenta la siguiente propuesta legislativa.

FORMULA LEGAL

LEY QUE MODIFICA EL ARTICULO 387 DEL CÓDIGO PENAL PARA APLICAR EL PRINCIPIO DE FRAGMENTARIEDAD Y ULTIMA RATIO.

Artículo 1.- Objeto

Modificación del artículo 387 del código penal para aplicar el principio de fragmentariedad y última ratio, en los términos siguientes:

Artículo 387. Peculado doloso y culposo

El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena [...] cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos:

1. El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o [...].

Ante los supuestos mencionado dentro del delito se aplicará el principio de fragmentariedad y ultima ratio como medios de limitación del hecho punible, la intervención del sujeto y la protección legal de los bienes jurídicos.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La conducta penal tiene que verificar la concurrencia de diversos elementos típicos injustos que parten a través de la conducta desvinculada de un rol social la cual genera un riesgo importante para la

protección del bien jurídico desencadenando un resultado lesivo muestras este examen a partir de la ley vigente diversos operadores jurídicos no se encuentran limitados para poder valorar instrucciones normativas de acuerdo a los parámetros legales establecidos es decir que genera una incompatibilidad constitucional de la misma.

Ante ello se cae mencionar que a nivel mundial tanto los delitos de corrupción de funcionarios que conllevan a un delito de peculado son ocasionados dentro de un escenario jurídico pues a la vista se ha observado diversas deficiencias normativas que no ponen reparo a través de las reformas legislativas ya que vulneran el derecho de la administración pública de diversos aspectos problemáticos y acontecimientos ilegales.

En función a lo mencionado siga concretar que el delito de peculado actúa como una malversación del dinero propio del estado es decir de aquellos fondos públicos pues esta actuación y conlleva un promedio de 10 a 13 años lo cual delimita que son delitos contra la eficiencia de la administración pública ya que muchas veces actúan los administrativos en beneficio propio o de terceros abusando y apropiándose de bienes que no le corresponden que son netamente del estado así como también bienes dinerarios públicos o privados razón por la cual deben ser sancionados con una pena privativa de libertad y tomando en cuenta el enriquecimiento indebido que sea efectuado ante el funcionario público.

Tomando en cuenta lo actuado dentro de este delito se considera de qué el bien jurídico protegido ante este artículo es el carácter funcional de la administración pública basándose en la norma en el delito de peculado tomando en cuenta características de prohibición de utilización de caudales y efectos por parte del estado en beneficio propio o de un tercero pues necesariamente este delito se ve y ligado a funciones públicas que demarca las prestaciones públicas ilícitas que ejecuta un administrativo en perjuicio del estado

Para poder determinar cuánto es la cantidad de que se actúa este delito de peculado se debe acudir a posibles agentes que logren

posibilidad de salvaguardar los caudales y los efectos del cierto valor pues cuando se enfrenta un perjuicio patrimonial sí aludo de que se tenga una mejor administración de trascendencia al activar el ius pudiente del estado así como también el principio de mínima intervención las cuales son conductas que afirman y posibilitan mejoras ante el mecanismo alternativo de configuración del proceso penal.

Para combatir la corrupción de manera efectiva, cada Estado signatario deberá, en la medida en que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno y sujeto a las condiciones prescritas por sus leyes internas, tomar las medidas necesarias, dentro de su capacidad, para: permitir, a través de las autoridades competentes en su jurisdicción, la prestación controlada y, en su caso, otras técnicas especializadas de investigación tales como la vigilancia electrónica u otras operaciones encubiertas, y las pruebas obtenidas por tales medios de los tribunales

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

CONCLUSIONES DE LA PROPUESTA

La técnica legislativa a través de modificación requiere aplicar el principio de fragmentariedad y ultima ratio en el delito de peculado, debido a que delimita el hecho punible de la conducta fragmentada, la cual merece de protección penal dentro de las conductas lesivas, las cuales deben de ser sometidas a represión penal.

ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

Esta propuesta no genera costos para el Estado, sino por el contrario, busca acceder a una mejor penalidad del delito peculado en donde legalmente se sancione conforme a norma y se busque la necesidad de intervención penal del sujeto y así legalmente proteger los bienes jurídicos y los controles menos lesivos de las formas.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1. Conclusiones

- a. Se ha determinado que a través del principio de fragmentariedad y ultima ratio el delito de peculado doloso podrá ser sancionado adecuadamente sin que existe una Sobrecriminalización de los actos realizados por algún funcionario que se ha aprovechado su cargo para cualquier apropiación o utilización indebida de los bienes públicos.
- b. A través de los análisis realizados se puede confirmar que el principio de fragmentariedad y ultima ratio, es aplicable frente a la normatividad peruana, teniendo en cuenta que a través de estos principios las partes involucradas podrán ejercer el derecho sin que exista una desigualdad de oportunidades, teniendo en cuenta que ambos principios tienen el objetivo de ejercer una justicia sin que exista una sobre criminalización.
- c. A través de las descripciones doctrinales, legislativa y jurisprudenciales, se ha logrado confirmar que el delito de peculado doloso en la legislación peruana se viene criminalizando, es por ello que al tomar en cuenta Ley N° 31178, señala que 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.
- d. A través de la propuesta que ha modificado el artículo 387 del Código Penal para aplicar el principio de fragmentariedad y ultima ratio, se ha logrado proponer la correcta aplicación del principio de fragmentariedad y ultima ratio frente al delito de peculado doloso, teniendo en cuenta que a través de la correcta aplicación se podrá evitar una Sobre criminalización de los actos cometidos por funcionarios públicos.

4.2. Recomendaciones

- a. El estado peruano deberá incorporar directamente el principio de fragmentariedad y ultima ratio frente al delito de peculado doloso, para que de esta manera evitar que exista un sobre criminalización de los actos cometidos por funcionarios públicos.
- b. Los juzgadores de justicia deberán ser capacitados de forma adecuada para que puedan aplicar correctamente el principio de fragmentariedad y última ratio frente al delito de peculado doloso.
- c. Los jueces deberán calificar de forma adecuada los actos ilícitos cometidos por los funcionarios públicos, para que de esta manera evitar que exista una sobrecriminalización de los actos.

REFERENCIAS

- Alcócer, E (2014). “La autoría y participación en el delito de peculado. Comentarios a partir del caso Montesinos-Bedoya”, Lima, Instituto de Ciencia Procesal Penal, Lima.
- Annan, Kofi A. (2017). “Prefacio” a la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.
- 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
- Cevallos, J. (2020). La intervención de los sujetos privados en el delito de peculado: ¿Coautores?. <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/lawreview/article/view/2192/2397>
- Chavez, F. (2020). Configuración del delito de peculado ante la no rendición de viáticos por incumplimiento de la comisión de servicios asignada, en el código penal peruano. http://repositorio.upagu.edu.pe/bitstream/handle/UPAGU/1412/INFO_RME%20FINAL%20DE%20TESIS.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Creus, C. (1998). Derecho penal. Parte especial, t. II, 6.a ed., Buenos Aires, Astrea.
- Diario Gestión (2019). Diez claves para reconocer el delito de peculado. <https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/10-claves-para-reconocer-el-delito-de-peculado/>
- 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.

Guerrero, E. (2019). Factores que generan el sobreseimiento del delito de peculado en la fiscalía provincial corporativa especializada en delitos de corrupción de funcionarios de cajamarca. <https://repositorio.upn.edu.pe/bitstream/handle/11537/21805/Guerrero%20Ocas%20de%20Portal%20Elizabeth%20Milagros.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

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%20Coaguila%20%26%20Varillas%20Figueroa.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

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

Molina, W. (2018). La responsabilidad penal de los funcionarios y/o servidores públicos que por razón de su cargo cometen el delito de peculado de uso. http://repositorio.unfv.edu.pe/bitstream/handle/UNFV/3513/UNFV_MOLINA_LOPEZ_WALTER_ENRIQUE_MAESTRIA_2019.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Paredes, C. (2019). El delito de peculado en el ecuador. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/699/1/T755-MDP-Paredes-El%20delito%20de%20peculado.pdf>

Pasión por el derecho (2019). Insignificancia e intervención mínima en delitos contra la administración pública. <https://lpderecho.pe/insignificancia-intervencion-minima-delitos-contra-administracion-publica/#:~:text=Dicho%20de%20otra%20manera%2C%20el,revista n%20mayor%20entidad%2C%20para%20criminalizarlas.>

- Pinos, C. (2020). La proporcionalidad de la pena en el delito de peculado y los principios de igualdad y seguridad jurídica. <https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/11137/1/PIUAA-B009-2020.pdf>
- Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia (2005). Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116, Lima: 30 de septiembre del 2005.
- Reátegui, J. (2014). Delitos cometidos por funcionarios públicos 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, 4.a ed., Lima, Grijley.
- Rosill, C. (2018). El delito de peculado de uso por servidores y funcionarios de la municipalidad provincial de cutervo en el periodo 2015- 2016. http://repositorio.udch.edu.pe/bitstream/UDCH/259/1/T044_44177512B.pdf
- 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>
- Velasquez, B. (2018). La imprescriptibilidad en los delitos de corrupcion. http://repositorio.udch.edu.pe/bitstream/UDCH/111/1/T044_71200051B.pdf

ANEXOS

Anexo 01: Instrumento



APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FRAGMENTARIEDAD Y ÚLTIMA RATIO EN EL DELITO DE PECULADO DOLOSO, CHICLAYO 2021

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
TOTALMENTE EN DESACUERDO	EN DESACUERDO	NO OPINA	DE ACUERDO	TOTALMENTE DE ACUERDO

ITEM	TD	D	NO	A	TA
1. ¿Considera usted que se deba aplicar el principio de fragmentariedad en los delitos de peculado doloso?					
2. ¿Cree usted que se deba aplicar el principio de última ratio en los delitos de peculado doloso?					
3. ¿Considera usted se deba identificar en qué circunstancias puede ser aplicable el principio de ultima ratio y fragmentariedad?					
4. ¿Cree usted que los legisladores no deben tomar como único mecanismo la sanción penal frente a actos delictuosos de funcionarios públicos?					
5. ¿Considera usted que al aplicar el principio de fragmentariedad y de ultima ratio, se evitara criminalizar todos los actos realizados por					

funcionarios públicos?					
6. ¿Considera usted que una sanción administrativa deba ser considerado frente a los actos del delito de peculado doloso?					
7. ¿Cree usted que el principio de última ratio se ha visto vulnerado frente a la constante sanciones penales aplicadas en el delito de peculado?					
8. ¿Considera usted que al sancionar a un servidor público, los jueces deberán toma en cuenta cual es la cuantía por el cual se le está procesando?					
9. ¿Cree usted que la normatividad que regula el delito de peculado deba ser analizada, para que de esta manera se evite la criminalización de los delitos de peculado?					
10. ¿Considera usted que existe una incongruencia normativa entre principio de fragmentariedad y de ultima ratio, frente al delito de peculado doloso?					

ANEXO 02: Ficha de Validación de instrumento

FICHA DE VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO POR JUICIO DE EXPERTOS

1. NOMBRE DEL EXPERTO		HADDAD JUSEFF CHANAME VASQUEZ
2.	PROFESIÓN	ABOGADO
	ESPECIALIDAD	DERECHO CIVIL – PENAL Y LABORAL
	GRADO ACADÉMICO	MAGISTER
	EXPERIENCIA PROFESIONAL (AÑOS)	7
	CARGO	ESTUDIO JURIDICO CHANAME & ASOCIADOS
TÍTULO DE LA INVESTIGACIÓN:		
APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FRAGMENTARIEDAD Y ULTIMA RATIO EN EL DELITO DE PECULADO DOLOSO, CHICLAYO 2021		
3. DATOS DEL TESISISTA		
3.1	NOMBRES Y APELLIDOS	ELMER ORLANDO DIAZ RIVERA
3.2	ESCUELA PROFESIONAL	DERECHO
4. INSTRUMENTO EVALUADO		1. Entrevista () 2. Cuestionario (X) 3. Lista de Cotejo () 4. Diario de campo ()
5. OBJETIVOS DEL INSTRUMENTO		<u>GENERAL:</u> Determinar si se aplica el principio de fragmentariedad y ultima ratio en el delito de peculado doloso

	<p><u>ESPECÍFICOS:</u></p> <p>a. Analizar los principios de fragmentariedad y ultima ratio en la normativa penal peruana.</p> <p>b. Describir doctrinal, legislativa y jurisprudencialmente el delito de peculado doloso en la legislación peruana.</p> <p>c. Proponer la aplicación del principio de fragmentariedad y última ratio en el delito de peculado doloso.</p>
--	---

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

N°	6. DETALLE DE LOS ITEMS DEL INSTRUMENTO	ALTERNATIVAS
01	<p>¿Considera usted que se deba aplicar el principio de fragmentariedad en los delitos de peculado doloso?</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>
02	<p>¿Cree usted que se deba aplicar el principio de ultima ratio en los delitos de peculado doloso?</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>

03	<p>¿Considera usted se deba identificar en que circunstancias puede ser aplicable el principio de ultima ratio y fragmentariedad?</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>
04	<p>¿Cree usted que los legisladores no deben tomar como único mecanismo la sanción penal frente a actos delictuosos de funcionarios públicos?</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>
05	<p>¿Considera usted que al aplicar el principio de fragmentariedad y de última ratio, se evitara criminalizar todos los actos realizados por funcionarios públicos?</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>
06	<p>¿Considera usted que una sanción administrativa deba ser considerado frente a los actos del delito de peculado doloso?</p>	<p>A (X) D ()</p> <p>SUGERENCIAS:</p> <p>NINGUNA</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>	
07	<p>¿Cree usted que el principio de ultima ratio se ha visto vulnerado frente a la constante sanciones penales aplicadas en el 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>
08	<p>¿Considera usted que al sancionar a un servidor público, los jueces deberán toma en cuenta cual es la cuantía por el cual se le está procesando?</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>
09	<p>¿Cree usted que la normatividad que regula el delito de peculado deba ser analizada, para que de esta manera se evite la criminalización de los delitos 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>

10	<p>¿Considera usted que existe una incongruencia normativa entre principio de fragmentariedad y de ultima ratio, frente al delito de peculado doloso?</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>
----	---	---

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



Haidar Juseff Chamamé Vasquez
ABOGADO
Reg. ICAL N° 6648
Juez Experto

ANEXO 03: Matriz de consistencia

TÍTULO: APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FRAGMENTARIEDAD Y ULTIMA RATIO EN EL DELITO DE PECULADO DOLOSO, CHICLAYO 2021

VARIABLES	PROBLEMA	HIPÓTESIS	OBJETIVOS
<p>INDEPENDIENTE:</p> <p>Principio de fragmentariedad y ultima ratio</p>	<p>¿Ante los supuestos mencionados dentro del delito se aplicará el principio de fragmentariedad y ultima ratio como sujetos?</p>	<p>Si se aplica el principio de fragmentariedad y ultima ratio en el delito de peculado doloso, entonces se delimita el hecho punible, la intervención del sujeto y la protección legal los bienes jurídicos</p>	<p>GENERAL: Determinar si se aplica el principio de fragmentariedad y ultima ratio en el delito de peculado doloso</p> <p>ESPECÍFICOS:</p> <p>a. Analizar los principios de fragmentariedad y ultima ratio en la normativa penal peruana.</p> <p>b. Describir doctrinal, legislativa y jurisprudencialmente el delito de peculado doloso en la legislación peruana.</p> <p>c. Proponer la aplicación del principio de fragmentariedad y ultima ratio en el delito de peculado doloso.</p>
<p>DEPENDIENTE:</p> <p>Delito de peculado doloso</p>			

Anexos 04: Jurisprudencia



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.º 1500-2017/HUANCAVELICA
PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO

Delito de peculado. Intervención delictiva

Sumilla. 1. El delito de peculado por apropiación requiere: (i) que el sujeto activo sea un funcionario o servidor público –no cabe duda de tal condición en el presente caso respecto de gerentes municipales en actividad–; (ii) que la conducta del agente público importe una apropiación –disponga de los bienes públicos como si fueran parte de su patrimonio o, mejor dicho, aparte los bienes públicos del ámbito de custodia de la Administración Pública–; y, (iii) que el agente público tenga la disponibilidad del bien dentro de la órbita funcional –que es lo que se denomina disponibilidad o custodia jurídica–, a título de percepción, administración o custodia. 2. El delito de peculado es uno de infracción de deber (más específicamente, un delito especial de deber). Se construye sobre la base de deberes que se imponen a determinadas personas que, por su vinculación institucional con ciertos bienes jurídicos, tienen una obligación específica de mantener una situación social determinada. 3. A los efectos del juicio de imputación se necesita comprobar (i) que el agente público competente cumplió o no con su deber positivo, y (ii) que, además, materialmente llevó a cabo la realización de la conducta exigida por el tipo delictivo. 4. Lo que determina el objeto penal del proceso penal es esencialmente el hecho punible cometido por un sujeto determinado: el imputado (identidad objetiva: hecho punible y homogeneidad de bien jurídico; identidad subjetiva: la persona del imputado). Además, entre título acusatorio y título condenatorio solo ha de existir, no una coincidencia absoluta, sino solo la identidad u homogeneidad del bien jurídico tutelado entre los tipos delictivos enunciados en la acusación y los precisados en la sentencia –el proceso considera el hecho desde todos los puntos de vista jurídicos posible–. 5. No porque la Fiscalía califique el título de intervención delictiva de una determinada manera, el órgano jurisdiccional obtendrá las consecuencias jurídicas necesarias sin realizar su propia evaluación jurídica, tanto más si el título de intervención delictiva, incluso el título acusatorio (delito acusado), es un elemento no esencial del objeto procesal.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, quince de mayo de dos mil diecinueve

VISTOS; el recurso de casación por infracción de precepto material interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DE HUANCAVELICA contra el auto de vista de fojas seiscientos ochenta y tres, de veintinueve de agosto de dos mil diecisiete, en cuanto confirmando el auto de primera instancia de fojas doscientos ochenta y uno, de cinco de enero de dos mil diecisiete, sobreseyó la causa a favor del encausado Alvar Capcha Ortiz respecto de la acusación fiscal formulada en su contra como cómplice primario por delito de peculado doloso por apropiación agravado (artículo 387, segundo



párrafo, del Código Penal, según la Ley número 29758, de veintiuno de julio de dos mil once) en agravio del Estado – Municipalidad Provincial de Angaraes; con lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Huancavelica, culminada la etapa de investigación preparatoria, a fojas una formuló acusación contra Alvar Capcha Ortiz, entre otros (Milton Monges Donaires, Edverina Ana Suárez Loardo, Wilfredo Gutiérrez Altez y Paul Armando Laime Ancalle, todos funcionarios municipales), por la comisión del delito de peculado doloso por apropiación agravado en agravio del Estado – Municipalidad Provincial de Angaraes.

∞ Los hechos atribuidos son los siguientes: Alvar Capcha Ortiz, en su condición de gerente municipal de la Municipalidad Provincial de Angaraes, departamento de Huancavelica, en dos mil doce prestó auxilio al licenciado Milton Monge Donaires, gerente de servicios y administración tributaria de la referida municipalidad, a fin que se apropie de diez mil soles de los caudales de entidad edil. En ese sentido, realizó los siguientes actos:

1. Emitió la Resolución Gerencial número ciento ochenta y tres guion dos mil doce guion ACO guion GM oblicua MPAL, de cinco de setiembre de dos mil doce, por la cual aprobó el plan de trabajo del licenciado Milton Monges Donaires “Mantenimiento General de Parques, Jardines, Parque de la Identidad, Estadio Alberto Vargas, Losas y Complejos Deportivos de Lircay, Mercado Qatum Tambo Anqara”, por un monto de doscientos mil soles, pese a que el monto máximo a ser otorgado en cada encargo no debía exceder de diez unidades impositivas tributarias, de acuerdo a la Resolución Directoral número treinta y seis guion dos mil diez guion EF oblicua setenta y siete punto quince y la Directiva de Tesorería número cero cero uno guion dos mil siete guion EF oblicua setenta y siete punto quince.
2. Asimismo, mediante Memorándum número setecientos siete guion dos mil doce guion GM guion MPAL oblicua ACO, de cinco de setiembre de dos mil doce, el imputado Alvar Capcha Ortiz, pese a la prohibición normativa antes mencionada, ordenó al contador público colegiado Wilfredo Gutiérrez Altez, jefe de tesorería de la municipalidad, habilitar fondos a nombre del licenciado Milton Monge Donaires por la suma de cien mil soles. De esta manera, a través del comprobante de pago número cuatro mil cincuenta y seis, de diez de setiembre de dos mil doce, con el visto bueno del imputado Capcha Ortiz, se habilitaron fondos por encargo a nombre de Milton Monge Donaires y se giró el cheque número sesenta y ocho dieciocho ochenta y cuatro cero uno.



3. Con tal proceder, el encausado Capcha Ortiz infringió sus deberes establecidos en el Reglamento de Organización y Funciones, concretamente en el artículo 41, numerales 1, 5 y 6.

SEGUNDO. Que, por estos hechos, pese a la acusación fiscal, en la fase intermedia el encausado Capcha Ortiz fue sobreseído mediante auto de fojas doscientos ochenta y uno, de cinco de enero de dos mil diecisiete.

∞ El referido auto de primera instancia señaló que el imputado Capcha Ortiz no tuvo participación en la ejecución del delito, es decir, en la apropiación o utilización del dinero que cobró el coimputado Monge Donaires. Asimismo, los actos realizados por el encausado recurrido Capcha Ortiz constituirían actos propios de su función genérica como gerente municipal, por lo que, consecuentemente, tenía que habilitar fondos. Su participación no se encuadra dentro de los alcances de la complicidad primaria.

∞ Contra este auto interpuso recurso de apelación la Fiscalía [fojas trescientos cuarenta, del veintisiete de enero de dos mil diecisiete, concedido por auto de fojas trescientos setenta y siete, de seis de febrero de ese año].

TERCERO. Que, en segunda instancia, se confirmó el auto de primera instancia. El sustento de la resolución fue el siguiente:

- A. En los delitos de peculado solo existe autor único, no hay complicidad.
- B. Habría otro tipo de responsabilidad ajena al delito de peculado.
- C. El imputado Capcha Ortiz no tenía las condiciones de custodia, administración por un cargo en forma específica, detallada en el ROF y MOF; solo aprobó el Plan de Trabajo "Mantenimiento General de Parques, Jardines, Parque de la Identidad, Estadio Alberto Vargas, Losa y Complejos Deportivos de Liray, Mercado Qatum Tambo Anqara".
- D. Así no hubiese aprobado el Plan de Trabajo, el delito se habría cometido igual por terceros.

CUARTO. Que el señor Fiscal Superior en su recurso de casación de fojas setecientos dieciséis, de veintiséis de setiembre de dos mil diecisiete, invocó como motivos de casación: inobservancia de precepto constitucional e infracción de precepto material (artículo 429, incisos 1 y 3, del Código Procesal Penal).

Argumentó, en lo específico, que se sobreyó la causa porque en los delitos contra la Administración Pública no es posible el título de intervención delictiva de complicidad, pese a que ya la doctrina jurisprudencial decidió en sentido positivo (sentencia casatoria número doce – dos mil dieciséis/Lima); que no existe la debida motivación.



injusto, concretamente al interior de un tipo penal en relación a la intervención delictiva: autoría y complicidad, por ejemplo [OTTO, HARRO: *Manual de Derecho Penal*, Séptima Edición, Ediciones Atelier, Barcelona, 2017, p. 530–, en cuyo caso corresponde aplicar la solución jurídica más apropiada –es de aclarar que no pertenece al ámbito de aplicación del *in dubio pro reo* las cuestiones jurídicas, las dudas acerca de la valoración jurídica de un suceso claramente constatado tienen que ser resueltas por el órgano jurisdiccional [WESSELS/BEULKE/SATZGER: *Derecho Penal – Parte General*, Ediciones Pacífico, Lima, 2018, p. 562].

SEXO. Que, por tanto, la Sala Superior incurrió en un entendimiento incorrecto del tipo penal de peculado por apropiación y sus alcances. El relato acusatorio hacía referencia, en pureza, a un tipo de autoría, no a uno de complicidad.

∞ El *error iuris* de la Fiscalía –muy claro en este caso–, como se sabe, no vincula al órgano jurisdiccional, que incluso en un enjuiciamiento intermedio, como en este caso, por razones dogmáticas, (i) puede identificar cabalmente, sin mayores problemas, el objeto procesal –sus elementos esenciales– y (ii), desde el principio de *iura novia curia*, a partir de sus elementos no esenciales –dato variable y, por ende, opinable–, está autorizado a corregir o decidir conforme a lo que en Derecho corresponda.

∞ Queda claro, en consecuencia, que no porque la Fiscalía califique el título de intervención delictiva de una determinada manera, el órgano jurisdiccional obtendrá las consecuencias jurídicas necesarias sin realizar su propia evaluación jurídica, tanto más si el título de intervención delictiva, incluso el propio título acusatorio (delito acusado), es un elemento no esencial del objeto procesal.

∞ La errónea interpretación del tipo penal de peculado por apropiación, en cuanto delito de infracción de deber, en su relación con la autoría, ambas categorías propias del Derecho penal material, obliga a la estimación del recurso de casación por infracción de precepto material; y, como se trata de aspectos jurídicos, cuya decisión no requiere de un nuevo debate en audiencia, corresponde decidir por sí el caso. Es de aplicación el artículo 433, apartado 1, del Código Procesal Penal.

DECISIÓN

Por estas razones: **I.** Declararon **FUNDADO** el recurso de casación por infracción de precepto material interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DE HUANCAVELICA contra el auto de vista de fojas seiscientos ochenta y tres, de veintinueve de agosto de dos mil diecisiete, en cuanto confirmando el auto de primera instancia de fojas doscientos ochenta y uno, de cinco de enero de dos mil diecisiete, sobreseyó la causa a favor del encausado Alvar Capcha Ortiz respecto de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de peculado

doloso por apropiación agravado (artículo 387, segundo párrafo, del Código Penal, según la Ley número 29758, de veintiuno de julio de dos mil once) en agravio del Estado – Municipalidad Provincial de Angaraes; con lo demás que al respecto contiene. En consecuencia, **CASARON** el referido auto de vista.

II. Actuando como instancia, **REVOCARON** el auto de primera instancia que sobreseyó la causa a favor del encausado Alvar Capcha Ortiz respecto de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de peculado doloso por apropiación agravado (artículo 387, segundo párrafo, del Código Penal, según la Ley número 29758, de veintiuno de julio de dos mil once) en agravio del Estado – Municipalidad Provincial de Angaraes; reformándolo: declararon **INFUNDADA** la solicitud de sobreseimiento planteada por la defensa del encausado Alvar Capcha Ortiz. Por tanto, **DISPUSIERON** que continúe la causa según su estado; sin costas. **III. MANDARON** se publique la presente sentencia en la Página Web del Poder Judicial. Intervinieron los señores jueces supremos Castañeda Espinoza y Pacheco Huancas por licencia de los señores jueces supremos Figueroa Navarro y Sequeiros Vargas, respectivamente. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

PRÍNCIPE TRUJILLO

CASTAÑEDA ESPINOZA

PACHECO HUANCAS

CHÁVEZ MELLA
CSM/abp

SE PUBLICÓ CONFORME A LEY
PILAR SALAS CAMPOS
Secretaría de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

15 MAY 2019

- 9 -

ANEXOS 05.-CARTA DE ACEPTACIÓN
AUTORIZACIÓN PARA EL RECOJO DE INFORMACIÓN

Chiclayo, 2021

Quien suscribe: HADDAD JUSEFF CHANAME VASQUEZ

Abogado Particular en estudio jurídico

AUTORIZA: Permiso para recojo de información pertinente en función del proyecto de investigación, denominado: APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FRAGMENTARIEDAD Y ULTIMA RATIO EN EL DELITO DE PECULADO DOLOSO, CHICLAYO 2021.

Por el presente, el que suscribe HADDAD JUSEFF CHANAME VASQUEZ, Abogado Particular en estudio jurídico, AUTORIZO al alumno: Elmer Orlando Díaz Rivera, estudiante de la Escuela Profesional de DERECHO y autor del trabajo de investigación denominado: APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FRAGMENTARIEDAD Y ULTIMA RATIO EN EL DELITO DE PECULADO DOLOSO, CHICLAYO 2021, al uso de dicha información para efectos exclusivamente académicos de la elaboración de tesis de pre – grado enunciado líneas arriba. De quien solicita.

Se garantiza la absoluta confidencialidad de la información solicitada.

Atentamente.


 Haddad Juseff Chamamé Vasquez
ABOGADO
Reg. ICAL N° 6648