

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO



El delito de peculado y su relación con el proceso administrativo disciplinario

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE
ABOGADO

AUTOR

Lizbeth Carolina Diaz Saldaña

ASESOR

Gladys Yolanda Patricia Ramos Soto Caceres

<https://orcid.org/0000-0001-7594-2092>

Chiclayo, 2024

**El delito de peculado y su relación con el proceso
administrativo disciplinario**

PRESENTADA POR
Lizbeth Carolina Diaz Saldaña

A la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
para optar el título de

ABOGADO

APROBADA POR

Eliu Arismendiz Amaya
PRESIDENTE

Fátima del Carmen Pérez Burga
SECRETARIO

Gladys Yolanda Patricia Ramos Soto Caceres
VOCAL

DEDICATORIA

Este trabajo va dirigido a las personas que día a día me han dado el impulso para salir adelante. A mi madre TERESA SALDAÑA IDROGO que nunca me permitió desistir y estuvo a mi lado batallando en cada paso y mi padre EDWIN DÍAZ MEJÍA, que con su amor, consejos, apoyo incondicional y esfuerzo me permite que pueda cumplir mi meta trazada.

A mis hijitas CHLOE y LEAH SALINAS DÍAZ, quienes son mi motor y motivo, quienes me han enseñado que en esta vida no hay imposibles, que todo se puede cumplir.

AGRADECIMIENTOS

A Dios y a la Virgen María, que, sin su protección y bendición, han guiado mi camino en el transcurso de mi vida, permitiéndome salir ganadora de todas las pruebas puestas en mi camino.

A mi asesora GLADYS YOLANDA PATRICIA RAMOS SOTO CACERES, quien con sus conocimientos y paciencia me ha guiado durante el desarrollo de este proyecto de tesis.

EL PECULADO Y SU RELACIÓN CON EL PROCESO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO CAROLINA DIAZ.pdf

ORIGINALITY REPORT

17%	18%	7%	10%
SIMILARITY INDEX	INTERNET SOURCES	PUBLICATIONS	STUDENT PAPERS

PRIMARY SOURCES

1	hdl.handle.net Internet Source	4%
2	tesis.usat.edu.pe Internet Source	3%
3	repositorio.upt.edu.pe Internet Source	1%
4	repositorio.upla.edu.pe Internet Source	1%
5	www.derecho.usmp.edu.pe Internet Source	1%
6	repositorio.udch.edu.pe Internet Source	1%
7	doku.pub Internet Source	<1%
8	Submitted to Universidad TecMilenio Student Paper	<1%
9	cdn01.pucp.education Internet Source	<1%

ÍNDICE

RESUMEN.....	6
ABSTRACT.....	7
INTRODUCCIÓN	8
I. REVISIÓN DE LA LITERATURA.....	10
II. MATERIALES Y MÉTODOS.....	35
III.RESULTADOS Y DISCUSIÓN	35
CONCLUSIONES.....	44
RECOMENDACIONES.....	44
REFERENCIAS.....	45
ANEXO.....	48

RESUMEN

El presente proyecto tiene como objetivo establecer sanciones disciplinarias en el segundo apartado del artículo 387° del Delito de Peculado, la investigación es llevada a cabo bajo un enfoque cualitativo que me ha permitido realizar un análisis e interpretación dogmática y jurisprudencialmente sobre el problema de estudio para encontrar soluciones al conflicto suscitado, mediante la aplicación del método analítico y de la técnica del fichaje. En ese contexto, se obtuvo como resultados que estamos en la imperiosa necesidad de establecer sanciones administrativas disciplinarias cuando la afectación del bien patrimonial no tiene gran trascendencia en el normal desarrollo de la sociedad, teniendo como base al derecho administrativo disciplinario que se encuentra regulado con la Ley Servir No 30057. Asimismo, es importante tener en cuenta los principios rectores del derecho penal que permiten que este no se exceda en su aplicación.

Palabras clave: Peculado, sanciones administrativas disciplinarias, principios del derecho penal.

ABSTRACT

The objective of this project is to establish disciplinary sanctions in the second section of article 387 of the Crime of Embezzlement, the research is carried out under a qualitative approach that has allowed me to carry out an analysis and interpretation dogmatically and jurisprudentially on the problem of study to find solutions to the conflict raised, through the application of the analytical method and the technique of signing. In this context, the results were that we are in the imperative need to establish disciplinary administrative sanctions when the affectation of the patrimonial asset does not have great significance in the normal development of society, based on the disciplinary administrative law that is regulated by the Servir Law No. 30057. It is also important to take into account the guiding principles of criminal law that ensure that the law does not go too far.

Keywords: Embezzlement, administrative disciplinary sanctions, principles of criminal law.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, cada día es más común la comisión de los Delitos contra la Administración Pública, siendo el más latente y controversial por sus vacíos legales que presenta su enunciado legal, el Delito de Peculado, que tiene relación con el perjuicio patrimonial del Estado, en cuanto a las penas establecidas por la comisión de este delito, que en muchos casos ha existido una desproporción entre la pena y la afectación del bien.

En la doctrina, la administración pública es aquella institución que sirve como dispositivo de conexión entre el Estado, que como ente abstracto cumple sus funciones sociales y prestacionales; y la sociedad civil, que debe respetar lo que el Estado le otorga.

Asimismo, el peculado es un delito que consiste en la malversación de los caudales o efectos públicos o la privación ilícita de bienes que se encuentran es la espera privada del Estado por parte de los sujetos que se encargan de su protección, cuidado, administración y custodia. El delito de peculado en nuestro ordenamiento jurídico penal, se encuentra regulado tanto en su modalidad culposa como dolosa y peculado de uso.

En la casuística y jurisprudencialmente se han dado múltiples pronunciamientos, señalando que es necesario que se analice la viabilidad del caso concreto en relación al derecho penal, es decir, si es vital que se activen todos los recursos de nuestro ordenamiento punitivo para que este intervenga en la restauración del daño ocasionado por una afectación irrisoria o ínfima; o por el contrario, al ser daños leves, resulta idóneo la aplicación de otros mecanismos legales, siendo el correcto en estos casos, el derecho administrativo disciplinario, que tiene como base legal la Ley Servir N°30057, que en su artículo 88° señalan las sanciones de acuerdo a la afectación o al daño ocasionado.

Es por ello, que nos planteamos la interrogante ¿hasta que monto sería razonable establecer sanciones administrativas disciplinarias cuando la afectación patrimonial no obstaculiza en el correcto desarrollo de la sociedad tratándose de bienes de la Administración Pública?; teniendo en cuenta, que el presente delito establece penas cuando la afectación del bien patrimonial excede al monto de 10 unidades impositivas tributarias, dejando al libre albedrío cuando se trata de daños menores.

En atención a la problemática expuesta, el presente trabajo permitirá contribuir a que tanto los estudiantes como los operadores del derecho comprendan la necesidad establecer sanciones administrativas disciplinarias cuando la afectación del bien no exceda de una Unidad Impositiva Tributaria, logrando con ello una correcta administración de justicia,

beneficiando a la comunidad jurídica y social teniendo en cuenta la realidad social en la que vivimos.

Indiscutiblemente la importancia de la presente investigación versa en que a la fecha la Corte ha emitido pronunciamientos sobre las penas drásticas que se han impuesto a los procesados, hasta por montos irrisorios de S/.55.00 soles, sin embargo, en la doctrina nacional como en la jurisprudencia no se desarrolla aun el tema que se está estudiando.

Es necesario resaltar, que en el desarrollo de la investigación se estableció como objetivo general: Establecer sanciones disciplinarias en el apartado segundo del artículo 387° del Delito de Peculado, cuando la afectación del bien no exceda a una Unidad Impositiva Tributaria y como objetivos específicos: Analizar la problemática del delito de peculado dogmática y jurisprudencialmente en relación a la afectación del bien y Argumentar la necesidad de establecer sanciones disciplinarias en el apartado segundo del delito de peculado.

I. REVISIÓN DE LITERATURA

1.1. Antecedentes de estudio

En la presente investigación se desarrollará los antecedentes del estudio en base a distintas fuentes escritas de tesis de pregrado y postgrado, tanto nacionales como internacionales, las cuales están ligadas al tema de estudio para lograr cumplir con los objetivos propuestos. A continuación, se especifica los estudios con mayor trascendencia e importancia para el presente proyecto.

Haro Alba, J. (2022), en su tesis de pregrado presentada en la Universidad Peruana de las Américas, titulada: “**El Peculado como delito contra la Administración Pública**”, señala la existencia de vacíos legales que no cubren en su totalidad las formas de peculado en la Administración pública, demostrando con ello las deficiencias en nuestro sistema jurídico para que se establezcan las penas que corresponden, cuando la afectación a los bienes estatales han sido por montos irrisorios, es decir, montos por debajo de lo determinado por ley.

Dicho de otra manera, el autor en su tesis explica lo que hasta la fecha se viene suscitando en nuestro ordenamiento jurídico y es que, resulta complicado obtener una interpretación directa y explícita, que genere conocimiento o entendimiento directo al juzgador, siendo capaz de establecer conexión directa con el hecho y la afectación del patrimonio maculado.

Asimismo, es de gran utilidad la información brindada, porque nos permite dilucidar con mayor entendimiento los vacíos legales existentes en el artículo 387°,

Paytan Crisostomo, Y. (2020), en su tesis de pregrado titulada “**La naturaleza del delito de peculado y la aplicación del principio de mínima intervención en la determinación de la cuantía para su configuración en la jurisprudencia de la Corte Suprema del Perú**”, presentada en la Universidad Peruana de los Andes, da a conocer que la problemática radica en establecer o incorporar una cuantía o no al delito de peculado para que sea configurado como tal, pues esto alteraría no solo al bien patrimonial en custodia, sino al argumento legal que está plasmado en el artículo correspondiente a este.

De acuerdo a lo mencionado, compartimos dicha opinión, pues nos encontramos en la imperiosa necesidad de establecer un monto determinado en el delito de peculado, pues al tratarse de un delito especial, ha generado la problemática en cuanto que se considera como delito a las lesiones ínfimas del bien jurídico, que no afectan ni tienen mayor trascendencia, lo que trae consigo que aquellas afectaciones irrisorias tengan

repercusión en el Derecho Penal, pues existen otros ordenamientos en los cuales pueden recaer. De tal manera, que en base al aporte de esta tesis se va a analizar desde la perspectiva del derecho administrativo y disciplinario la necesidad de sancionar dichos hechos irrisorios e ínfimos.

Santamaría Muñoz, E. (2019), en su tesis de postgrado titulada “**El Peculado en el Ecuador**”, presentada por la Universidad Andina Simón Bolívar de Ecuador, este estudio tiene como finalidad primordial, el estudio del poder punitivo del Estado y con ello la proporcionalidad de las sanciones respecto del delito de Peculado, pues considera que existen prácticas y normas obsoletas que no permiten un control eficiente de los recursos del Estado.

En virtud de lo expresado anteriormente, es que se puede destacar la importancia de la fuente en mención para sustentar la postura de que es necesario un estudio exhaustivo de la norma que regula el delito de peculado, que nos facilite su aplicación en sus distintas modalidades o formas del mismo, pues no podemos negar que en Perú esta normativa tiene vacíos legales, lo cual no permite su correcta aplicación en el Derecho Penal.

El delito de peculado en la administración pública y la pena en la legislación penal peruana

Betancurt Palomino, M. (2019), en su tesis de pregrado presentada en la Universidad Inca Garcilaso de la Vega: “**El delito de peculado en la administración pública y la pena en la legislación penal peruana**”, esta investigación tiene como objetivo general, establecer la relación que tiene el delito de peculado en la administración pública con la pena que se establece en nuestro ordenamiento jurídico, teniendo notoriedad en la falta de conexión de estos, pues existe perjuicio en la medida en que el patrimonio de la víctima sufre una merma económica como consecuencia de la conducta del autor. Por lo cual, resulta decisivo fijar el baremo y el procedimiento para constatar si la víctima efectivamente ha sufrido tal pérdida patrimonial, siendo necesario que el menoscabo de este sea perjudicial para el Estado Peruano, para que pueda ser valorado dentro del Derecho Penal, siendo por el contrario analizado y sancionado por el derecho disciplinario o administrativo.

Chávez Llanos, Y. (2018), en su tesis de pregrado titulada “**Relevancia de la Cuantía en el delito de Peculado**”, presentada por la Universidad Nacional de Cajamarca, evidencia la problemática existente respecto al monto cuantitativo en el delito mencionado, lo que origina diversas formas de interpretación y aplicación de la norma,

pues, señalan que si bien es cierto, el desmedro del patrimonio estatal genera una afectación, se tiene que analizar y verificar el daño ocasionado, y tener en cuenta que el ordenamiento jurídico penal no es el único sistema de conocimiento y juzgamiento de estos hechos referidos, también existen sistemas jurídicos que pueden desplegar su ius puniendi y hacerse efectivo correctamente, como sería con la aplicación del sistema jurídico administrativo, disciplinario y sancionador.

Por tal motivo, la tesis en mención tiene como finalidad que se reformule el delito de peculado, específicamente en el aspecto de la cuantía de los caudales o efectos públicos para que se configure como tal, permitiéndonos diferencias conductas netamente relevantes y que pueden ser atendidas por lo establecido en el ordenamiento jurídico penal y cuáles pueden ser relevantes en la vía administrativa disciplinaria sancionador.

Díaz Fustamante, A. (2017), en su tesis de postgrado presentada en la Universidad de Piura, titulada: “**La Imputación en el Delito de Peculado**”, precisa que, los criterios establecidos en la imputación en el delito de peculado, en sus dos formas, dolosa como culposa, resultan exiguos para dar solución a la problemática existente en el mencionado delito.

La tesis en mención es de gran utilidad, debido que señalan y delimitan ciertas características que le permitan al juzgador encontrar una solución a los problemas de imputación en los delitos de peculado culposo y doloso, estableciendo penas más eficaces y justas, combatiendo así la corrupción.

1.2. Bases teóricas

1.2.1. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1.2.1.1. Aspectos Generales

a) Concepto

La administración pública es aquella entidad que sirve como conector entre el Estado, que cumple sus funciones sociales y prestacionales; y la sociedad civil, que debe respetar lo que el Estado le otorga.

La Administración Pública Peruana está constituida por múltiples entidades, teniendo como base legal la Ley No 27444, utilizada para sus efectos procedimentales, restringiéndose su ámbito para efectos fiscales (presupuestarios y de transparencia) (Morón, 2018).

La Administración Pública es aquel servicio público, que brinda educación, transporte, vivienda, trabajo, justicia, salud, alimentación, entre otros; que el Estado brinda a través de aquellas personas que trabajan en la administración estatal, los cuales reciben e

nombre de funcionarios o servidores públicos que en representación del Estado sirven a la sociedad civil, no obstante quebrantar sus funciones tiene como consecuencia una Responsabilidad Administrativa, disciplinaria o siendo mas grave, Responsabilidad Penal.

De igual manera, a decir de Garrido Fernando, la administración pública es una creación del Estado, regulada por el derecho positivo, que cumple la función de ofrecer servicios públicos, reuniendo con los caracteres técnico-políticos correspondiente al marco legal que la regula. Ésta es la organización que tiene a su cargo la dirección y la gestión de los negocios estatales ordinarios dentro del marco del derecho, las exigencias de la técnica y una orientación política (Garrido, 2015).

Desde el punto de vista jurídico-formal, se define a la administración pública como aquel organismo público que ha recibido del poder político la competencia y los medios necesarios para la satisfacción de los intereses generales, ubicado dentro de la estructura del llamado Poder Ejecutivo; asimismo, desde un concepto material es la actividad de esta organización considerado en sus problemas de existencia y de gestión propia tanto en sus relaciones como otros organismos semejantes como los particulares para asegurar la ejecución de su misión (Abanto, 2015).

Desde una perspectiva institucional, la administración pública, se rige como una persona jurídica, titular de potestades, derechos y obligaciones jurídicas, pero es claro que, la administración pública no es una persona jurídica de forma individual, sino que está formada por una pluralidad de personas jurídicas, las cuales se encargan de satisfacer intereses públicos.

Es así que, Abruña Antonio, concibe a la administración pública como una organización que participa del poder público en su sentido jurídico, es decir, que esta cuenta con la capacidad para crear, modificar o extinguir unilateralmente derechos y obligaciones. Esta organización está formada por un conjunto de organizaciones heterogéneas que tiene elementos estructurales y funcionales comunes (Abruña, 2016).

En consecuencia, la administración pública es una institución gubernamental que tiene por objeto desarrollar la actividad la función administrativa. Asimismo, la Real Academia Española señala que, la Administración pública es la acción del gobierno de dictar y aplicar las disposiciones necesarias para el cumplimiento de las leyes y para la conservación y fomento de los intereses públicos, y al resolver las reclamaciones a que dé lugar lo mandado. Es el conjunto de organismos encargados de esta función.

En la legislación peruana, el concepto de Administración Pública, en materia de Derecho Administrativo, considera que cuando ésta ejerce función administrativa, lo debe

hacer a través de las formas jurídicas que le están permitidas. Estas formas son: reglamentos, actos administrativos, contratos administrativos, actos de la administración y por último pueden ser efectuadas tanto por organismos, órganos y personas-órganos, las mismas que pueden ser estatales o privadas. Las entidades que pertenecen a la administración pública están regida por la Ley N°27444.

b) Titulares de la función pública.

i) Funcionario Público:

A través de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, se considera 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 organismos con autonomía”*.

Asimismo, la Ley del Sistema Nacional de Control, define al funcionario público como todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentra, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con alguna de las entidades comprendidas en el artículo 3° de la mencionada Ley, y que en virtud de ello ejerce funciones en las entidades comprendidas en éste mismo cuerpo normativo.

El artículo 425° del Código Penal hace referencia al concepto de funcionario, en el cual se establece una lista enunciativa, permitiendo la incorporación de nuevos supuestos según lo previsto en la Constitución, la ley o los convenios internacionales de los cuales somos parte. El concepto de funcionario público se configura a partir del propio tipo penal que contiene el delito funcionarial. Es decir, el concepto funcionario público es un elemento normativo-jurídico de cada uno de los delitos contra la gestión pública cometidos por los por estos y, por lo tanto, susceptible de interpretación.

Artículo 425°: Son funcionarios o servidores públicos:

- 1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.*
- 2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.*
- 3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.*

4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.

5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.

6. Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.

7. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley

Por tanto, podemos decir que funcionario público es todo aquel que, en virtud de una designación especial y legal, de manera perpetua, en la cual sus formas y condiciones se encuentran determinadas en una esfera de competencia, que constituye, expresa y ejecuta la voluntad del Estado, forma parte de su sistema administrativo, dedicada al servicio público, dotado de una delegación especial (Chanamé, 2015).

ii) Servidor Público:

Este agente está relacionado con la actividad estatal por necesidad de una contratación voluntaria, brindando servicios técnicos profesionales o para profesionales, facilitando tareas de los funcionarios públicos ante los cuales se subordina. El servidor público ejerce la función pública, es un agente sin mando. Es aquel que sirve al Estado para efectivizar servicios técnicos para realizar sus fines, encargándose de trabajar para él, pero no se dedica a expresar su voluntad, ya que el servidor público no representa el estado.

En nuestro ordenamiento legal, tanto funcionario y servidor público sirven al Estado para el cumplimiento de sus fines. Las diferencias están, según opinión mayoritaria, en el hecho de que el servidor no representa al Estado, no expresa su voluntad, simplemente trabaja para él, relacionándose con la gestión pública a través de una contratación voluntaria; el empleado no tiene mando, brindando al Estado sus datos técnicos, profesionales para tareas o misiones de integración y facilitador de la de los funcionarios públicos. En conclusión, un empleado no ejerce función pública y se halla en situación de subordinación en relación a los funcionarios (Montoya Yvan, 2018).

Por lo tanto, se puede decir que es un subordinado del funcionario público, debido que este realiza las tareas, actividades o funciones que son encomendadas por sus superiores, siendo muchas veces de funcionario público que deriva.

Asimismo, Montoya Yvan, señala que para efectos penales cuando se habla de Delitos contra la Administración Pública, no solo basta determinar si tiene calidad de funcionario o servidor público, también es necesario demostrar la función específica del

autor con el objeto del delito dentro de la Administración Pública. Por ejemplo, en el delito de peculado, si se evidencia que el empleado público se apropió de efectos o caudales del Estado, es importante comprobar si tiene la relación funcional especial de administrar, custodiar o percibir los efectos o caudales de la administración, de no tener dicha relación el delito de peculado devendría en atípico (Montoya Yvan,2018).

c) El bien protegido en la Administración Pública.

En doctrina penal existen diversas posiciones en torno a cuál sería el bien jurídico general protegido por los delitos contra la administración pública. Cabe señalar que se abordará el bien jurídico protegido, de manera general, en el delito contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos, delito de peculado.

Según esta perspectiva de bien jurídico, se protege en sentido funcional a la administración pública, es decir, referente de los objetivos constitucionales que a través de ella se persiguen. El patrimonio del Estado se protege como el de cualquier otro ciudadano, y, por otro lado, el Derecho Penal atiende a la eficiencia en la administración de los recursos del Estado, antes que a su simple eficacia.

El bien jurídico correcto y regular funcionamiento de la administración pública debe ser entendido como la objetiva, legal y prestacional administración o gestión del conjunto de bienes y servicios que el Estado utiliza para el cumplimiento de sus fines constitucionales (Montoya, 2018).

Según Meini Ivan, el bien jurídico es el desempeño correcto de los deberes y funciones que los servidores, funcionarios y empleados públicos asumen o se les delega con la finalidad de administrar al Estado (Meini, 2008).

1.2.2. PECULADO

1.2.2.1. Aspectos Generales

a) Concepto

Es aquella palabra que deriva de dos voces latinas, pecus que significa ganado y latus, hurto, formando la palabra peculatus; se entiende que, en la Roma Monárquica y Republicana, el ganado era el bien primordial, definiendo la posición socioeconómico y político de cada ciudadano Romano, utilizándose también como medio de cambio. (Rojas, 2012).

Asimismo, la palabra pecus se extendió a la moneda de cobre en la que figuraba la cabeza de un buey, por lo que se utilizó para designar al patrimonio público.

Según Teodoro (como se cita en Cabrera, p.338) “se llamaba depeculatos o peculatos publicus, y, por lo general, peculatus, el hurto de cosas muebles pertenecientes al Estado; y

se daba ese nombre porque antes de que se empezara hacer uso del dinero, los bienes muebles que ocupaban el primer rango entre los comunes o públicos eran los animales destinados al sacrificio, y por eso el hurto de los mismo era el que ocupaba el primer lugar entre los de su clase”.

La figura del delito de Peculado ha variado con el tiempo el significado del bien que se sustrae, desde ganado, la tierra hasta la apropiación de bienes del erario público, como el dinero, confiándole la custodia al funcionario y/o servidor público.

Según lo mencionado anteriormente, se tiene como conclusión que la figura del peculado es considerada como el hurto o robo, delitos contra el patrimonio, formando parte esto de la definición de peculado (Donna, 2010).

En la actualidad la definición de peculado no ha cambiado totalmente, considerándose como aquel delito que es cometido por un funcionario o servidor público, que merma, altera o se apropia del patrimonio estatal, perjudicando al Estado.

El código penal peruano, ha sido implementado gradualmente, siendo una medida acertada, lo que ha permitido corregir algunas falencias presentadas en éste.

El delito de peculado es aquella malversación, desmedro, perjuicio del patrimonio público, así como también la apropiación, uso ilegal de los bienes que pertenecen a la esfera de los caudales o efectos del Estado, por los sujetos que le han sido otorgados su administración o custodia de acuerdo al cargo que ejercen. En nuestro ordenamiento jurídico existen dos modalidades, tanto culposa como dolosa y peculado de uso.

b) Antecedentes Normativos:

i) Legislación Nacional

El Art. 387° del Código Penal ha tenido una extensa evolución legislativa, siendo modificado en el 13 de junio de 1993 mediante Ley No 26189, quedando de la siguiente manera:

"Artículo 387°. - El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro caudales o efectos cuya percepción, administración custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de ocho años. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de la libertad será no menor de cuatro ni mayor de diez años. Si el agente, por culpa da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta

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

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

"Artículo 387°. - Peculado doloso y culposo

El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza en cualquier forma, o consiente que un tercero se apropie o utilice caudales o efectos públicos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años. Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años. Si los caudales o efectos, independientemente de su valor, estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años. Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Si los caudales o efectos, independientemente de su valor, estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de desarrollo o apoyo social, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años."

Asimismo, en el año 2011, el 21 de julio se modificó por el Artículo Único de la Ley N° 29758, modificándose de la siguiente forma:

"Artículo 387. Peculado doloso y culposo:

El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años. Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años. Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no

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

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

"Artículo 387. Peculado doloso y culposo:

El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa. Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa."

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

"Artículo 387. Peculado doloso y culposo El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa. Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena

privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años; inhabilitación, según corresponda conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa.”

En la actualidad, en nuestro ordenamiento peruano el delito de peculado se encuentra en la sección III, correspondiente al capítulo II de los Delitos cometidos por funcionarios públicos, artículo 387 del Código Penal., que suscribe de la siguiente manera

“Artículo 387.- Peculado doloso y culposo

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

Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

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

Artículo modificado por el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1243, publicado el 22 de octubre de 2016.

“Artículo 388.- Peculado de uso:

“El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública o que se hallan bajo su guarda, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública. No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo.”

Artículo modificado por el Artículo 2 del Decreto Legislativo No 1243, publicado el 22 de octubre de 2016.

Es pertinente puntualizar que del artículo 387° del Código Penal, se desglosan dos verbos rectores: El uso y apropiación de caudales o efectos. Siendo la primera en la cual el sujeto de la administración pública quien dispone, usa o se aprovecha de manera ilegal de los bienes de la administración y en cuanto al segundo, el funcionario y/o servidor público se apropia de los caudales o efectos para ingresarlo a su esfera personal o de un tercero.

ii) Legislación Internacional:

- Legislación de Panamá:

En el artículo 393 de la legislación panameña se ha estableciendo una definición en los siguientes términos:

“El funcionario público que, por razón de sus funciones, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos, los sustrajere o consintiere que otro los sustraiga, será castigado con la pena de presidio en la siguiente forma: dos a tres años si la sustracción no

excediere de cincuenta balboas; tres a cinco años si no excediere de quinientos; cinco a ocho años si no excediere de cinco mil; ocho a diez años si no excediere de veinte mil; y diez a quince años si excediere de esa suma. El funcionario público que, por abandono o ignorancia inexcusables, diere ocasión a que otra persona sustraiga los caudales o efectos públicos de que se trata en el artículo anterior, incurrirá en multa de cien a mil balboas (Sáenz, 2017)”

- **Legislación de Chile:**

Asimismo, en la legislación chilena, se establece en el artículo 233:

“El empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los sustrajere o consintiere que otro los sustraiga, será castigado:

1° Con presidio menor en su grado medio y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si la sustracción excediere de una unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales.

2° Con presidio menor en su grado máximo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si excediere de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta unidades tributarias mensuales.

3° Con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si excediere de cuarenta unidades tributarias mensuales. En todos los casos, con la pena de inhabilitación absoluta temporal en su grado mínimo a inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos (Reyes, 2009)”.

Por lo señalado en las distintas legislaciones, el delito de peculado se reduce principalmente a todos aquellos actos que son realizadas por un funcionario y/o servidor público, cuyo fin es la apropiación del patrimonio estatal. Cabe recalcar que es un delito que necesariamente tiene que ser cometido por un funcionario y/o servidor con algún cargo público, conllevando a determinar los niveles de corrupción en la Administración Pública, este no solo implica apoderarse del dinero sino de cualquier bien jurídico que se encuentre en esfera de su custodia por el cargo que ocupa en la entidad pública.

- La legislación chilena hace énfasis en incluir una pena por diferente monto o afectación del bien para la configuración del delito de peculado, estando prescrita en el Código Penal de la Republica Chilena (1874), de la siguiente forma:

Código Penal Chileno (1874): La legislación chilena regula el delito de Peculado en el artículo 233° en su código penal, el cual a la letra dice:

Artículo 233.- “El empleado público que, teniendo a su cargo, caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los sustrajere o consintiere que otro los substraiga, será castigado:

1° Con presidio menor en sus grados medio a máximo, si la sustracción excediere de una unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales.

2° Con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, si excediere de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta unidades tributarias mensuales.

3° Con presidio mayor en sus grados mínimo a medio, si excediere de cuarenta unidades tributarias mensuales. En todos los casos, con las penas de multa del doble de lo sustraído y de inhabilitación absoluta temporal en su grado medio a inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos”.

c) Naturaleza:

El peculado, es un delito especial y de infracción de deber vinculado a instituciones positivizadas, por lo que el delito en mención al ser especial solo puede ser cometido por determinadas personas, el circulo de sujetos activos de delito se ve reducido, y es de infracción de deber pues tiene como base la violación de un deber basado en una figura institucional (Roxin, 1998).

En el plano jurisprudencial se ha sostenido que la comisión del delito de peculado implica la infracción de un deber, así en el Recurso de Nulidad N°2165-2011-UCAYALI, emitido por la Corte Suprema de Justicia, en el considerando Tercero, donde señala que, en el delito de peculado, además del correcto funcionamiento de la administración pública, abarca el patrimonio de esta, la fe y la confianza pública depositada en el funcionario, por lo tanto, la seguridad con que esta quiere preservar los bienes públicos, constituyen el equivalente al cumplimiento de los deberes del funcionario para con el Estado.

Pues, el delito de peculado es un “delito especial”. Los delitos especiales “propios” serían aquellos en los que la cualidad especial del autor (funcionario público) fundamenta la responsabilidad penal, no existiendo un tipo penal común similar (subyacente) que pueda sancionar al autor. Por su parte, los delitos especiales “impropios” serían aquellos en los que la cualidad especial del autor sólo es un elemento adicional que, en la mayoría de los casos, agrava la responsabilidad penal ya existente en un delito común similar (Reaño, 2014).

Asimismo, Rojas Fidel, afirma que en virtud de que la sanción prevista, el tipo penal se funda en la inobservancia de un deber especial, por lo que, poco importa la infracción sea por acción o por omisión. Por ello puede sostenerse en general que funcionario público es

quien ocupa un status especial y tiene un deber de garante para con la sociedad y el Estado, de suerte que debe de evitar la lesión de los intereses de la administración pública (Rojas, 2012).

d) El bien protegido en el delito de Peculado

En la doctrina, se considera como bien jurídico general del delito de peculado al recto desarrollo o desenvolvimiento de la Administración Pública; y en cuanto al bien jurídico específico, existen tres posturas diferentes: i) El peculado como un delito de carácter patrimonial; ii) el peculado como un delito cuyo contenido de injusto se refiere a la infracción de un deber de cargo; y iii) el peculado como un delito de naturaleza pluriofensiva.

La modalidad de administración desleal de patrimonio público contenida en el artículo 387° CP protege, al igual que el delito tradicional de peculado doloso, el “patrimonio público en clave funcional”. Ello no podría ser de otra forma, dado que lo que se busca es que el patrimonio perteneciente a la Administración sea correctamente gestionado por los funcionarios públicos a cargo. Tanto en el delito de “peculado por apropiación”, como en la administración desleal de patrimonio público, la tutela penal tiende a garantizar la “adecuada gestión del patrimonio público” para la consecución de los fines prestacionales-sociales de la administración pública (Cavero, 2012).

Al respecto, Roca Agapito, L. (2002), menciona que la doctrina penal española ha reconocido que en el delito de administración desleal de patrimonio ajeno español (inserto en el precepto penal del delito de apropiación indebida del Art. 252° del Código Penal español) se protege de manera general el “patrimonio (Roca, 2002)”. Se sostiene que lo decisivo en este delito no es la “apropiación” de un objeto que afecte las facultades dominicales que emanan de la propiedad, sino el “perjuicio patrimonial” que sufre el sujeto pasivo mediante la administración desleal (disposición patrimonial abusiva). Este patrimonio puede verse afectado mediante el menoscabo de un derecho de crédito (activo) o cualquier otro derecho (real o personal) que sea parte integrante de él.

En esta medida, la administración desleal de patrimonio público contenida en el Art. 387° CP protege al patrimonio público frente a conductas desleales de administración que la perjudican. La diferencia que se presenta, en este punto, con el peculado doloso tradicional es que no se protege al patrimonio público frente a conductas “apropiatorias” que disminuyen o privan la funcionalidad de la cosa, sino que se pretende evitar perjuicios patrimoniales en agravio de la administración pública a través del abuso de facultades de disposición de bienes públicos. En esta medida, la modalidad de administración desleal de

patrimonio público contenida en el Art. 387° CP constituye un ataque diferente contra el patrimonio público.

Abanto Vásquez, M. (2013), sostiene que con el contenido del artículo 387° del Código Penal se pretende proteger el patrimonio del Estado, buscando su correcta gestión y utilización por parte de la administración pública de cara a servir los intereses generales de la sociedad por tres motivos: Primero, el patrimonio del Estado se protege contra su lesión, así como contra el peligro de que la lesión pueda ocurrir (malversación) así como se exige un deber de cuidado especial en el agente público. Segundo, el legislador peruano ha previsto como agravantes del peculado la importancia de la finalidad de los bienes objeto del delito: fines asistenciales o programas de apoyo social. Es decir, cuando el patrimonio del Estado está destinado a fines de asistencia y a programas de apoyo social, el peculado es agravado. Y tercero, en el artículo 80° del Código Penal se afirma que en los delitos que lesionan el patrimonio del Estado, el plazo de prescripción se duplica.

e) La percepción, custodia y administración del bien público en el delito de Peculado

Según el precepto del artículo 387° CP, los caudales y efectos públicos deben estar confiados al funcionario público para cumplir tres finalidades o funciones alternativas: “percepción”, “custodia” o “administración”. El entendimiento de estas tres finalidades resulta de suma importancia para nuestro trabajo, puesto que permitirá determinar ante qué finalidad del objeto material es posible que se configure la modalidad especial de administración desleal de patrimonio público.

En primer lugar, en cuanto a la “percepción” de los bienes públicos, se sostiene que el “percibir” consiste en la función de recibir bienes para el Estado (Reategui, 2009). Por ejemplo, el funcionario que tiene la función de recibir el pago de tributos municipales no “percibe” el dinero para sí, sino que “percibe” por interés y para la administración pública a fin satisfacer necesidades sociales (finalidad pública). En esta medida, si el funcionario se apropia de los víveres recibidos por él en donación para fines sociales, cometerá el delito de peculado tradicional.

Asimismo, Salinas Siccha, R. (2012), señala que a finalidad de “percepción” en la redacción del delito del Art 387° CP es la que según la cual sólo es necesario, para que el bien que sea adjetivado como “público, que él sea recibido por el funcionario, por razón de cargo, para adscribirse al patrimonio de la Administración y cumplir finalidades públicas”

En segundo lugar, la “custodia” es la actividad de cuidado y vigilancia de los bienes. Esta función de vigilancia sobre el bien no requiere necesariamente que el funcionario tenga fácticamente el bien en su esfera de dominio, sino que también puede cuidarlo jurídicamente a través de otras personas subordinadas jerárquicamente. Sobre este punto, resulta relevante notar que no se encuentra dentro de la función de “custodia”, en los términos del delito de peculado, la mera tenencia ocasional del bien. Luego, no es custodio del bien para efectos del delito de peculado, por ejemplo, el policía que simplemente cuida el local donde se encuentra el bien (Abanto, 2013). Por último, merece especial atención para nuestra investigación el elemento objetivo del tipo “administración”.

En la doctrina, se ha señalado que la administración de los bienes público implica la facultad administrativa del funcionario público de disponer de los bienes para aplicarlos a determinadas finalidades. Es decir, quien administra bienes públicos tiene la facultad, por estar autorizado normativamente, de disponer de ellos a efectos de cumplir una finalidad que necesariamente tiene carácter público. La administración dota al funcionario de unos poderes de disposición patrimonial que no tiene el que simplemente percibe o custodia bienes públicos.

En efecto, a nuestro juicio, el “administrar” implica tener un ámbito de actuación discrecional mayor con respecto del bien público a cargo (Creus, 2012). El administrador, además de poseer, gestionar, utilizar y/o custodiar el bien, puede disponer de él. Desde nuestro punto de vista, la finalidad de “administrar” debe entenderse en un sentido lato; es decir, además de hacer referencia a un poder de disposición, también incluye actuaciones de simple aprovechamiento (usufructo) sobre el patrimonio

f) Sujetos intervinientes en el Peculado

i. Sujeto activo:

Jakobs (como se cita en Joaquín & José, 1997) menciona que la modalidad especial de administración desleal de patrimonio público es, como sucede también con el delito de peculado doloso tradicional, un delito especial que exige que el sujeto activo tenga una vinculación funcional especial con el caudal público objeto material del delito. El sujeto activo debe ser un funcionario que tenga en “administración” el objeto material del delito, por ende, no puede ser sujeto activo de esta modalidad el funcionario que sólo “percibe” o “custodia” el bien público. El funcionario público sujeto activo del delito no es cualquier funcionario por el solo hecho de serlo, sino que debe ser uno que tenga por razón de su cargo la disponibilidad sobre el bien público (Jakobs, 1997). Como se dijo en el capítulo anterior, el funcionario público debe tener una competencia normativa especial sobre el bien público,

la cual puede surgir a partir de una norma (legal o reglamentaria), disposición (acto administrativo) u orden de la autoridad competente. Por ende, no puede ser sujeto activo del delito, el funcionario público que de manera ocasional tiene inmediatez con el bien público.

Es preciso señalar que para la interpretación del delito en estudio no necesario una definición amplia de funcionario público adoptada en el artículo 1° de la Convención Interamericana contra la Corrupción (Castillo, 2000). En efecto, Nolasco José y Alaya Erika (2013), señalan que allí se prevé que para la Convención se entiende por sujetos de la administración pública a todo empleado del Estado o de sus organizaciones, que han sido asignados para desempeñar cargos o funciones en nombre y servicio del Estado, según su orden jerárquico.

Aquí se asume un concepto amplio de funcionario público. Abarca a todas aquellas personas que han sido seleccionadas o elegidas de forma permanente o temporal, que perciben un honorario y remuneración, para que cumplan con el desempeño del un cargo público. Esto es, si el sujeto ha sido seleccionado o elegido, pero aún no ha asumido el cargo y por tanto aún no tiene la relación funcional real o jurídica, no podrá ser autor del delito de peculado si eventualmente se apropia de un bien o causal público. Su conducta de apropiación en tales supuestos será tipificada en otro tipo penal (Cancino, 2015).

ii. Sujeto pasivo

Solo es el Estado, que viene a constituir el representante o titular de la administración pública; es decir, en el delito de peculado nunca se puede considerar como sujeto pasivo a particulares, netamente, solamente es sujeto pasivo EL ESTADO; asimismo, el ilícito tiene que ser cometido por un funcionario o servidor público en menoscabo del Estado o de alguna entidad que esté dentro de su esfera. No obstante, es necesario dejar establecido que, si en un hecho concreto el afectado es una entidad pública, solo esta se constituye en agraviado y no el Estado. En este delito el sujeto pasivo es la concreta institución pública cuyo patrimonio se afecte, y en tanto el gobierno regional es un órgano de derecho constitucional, solo este es el agraviado y, en consecuencia, el Estado no puede concurrir en su afectación (Reaño, 2014).

g) Modalidades del delito de peculado

Las modalidades se encuentran establecidos en el artículo 387°y 388°del Código Penal, en los cuales el funcionario y servidor público, se apropia, usa y disfruta con dolo o culpa de los bienes patrimoniales de la administración pública

i. Peculado por apropiación:

Salinas (2012), refiere que esta modalidad de peculado se da cuando el funcionario y/o servidor público se apodera, apropia, atribuye aquellos bienes que le han sido confiados para su cuidado, custodia o administración, hacia esfera o patrimonio personal. Aquel sujeto que se beneficia con la apropiación del bien puede ser aquel sujeto perteneciente a la administración pública o un tercero que no se encuentra dentro de los cargos públicos.

con la apropiación del bien que realiza el funcionario peculador, constituye una apoderación sui generis, es decir, al tener en su poder la disposición en relación a las funciones de su cargo que se le ha otorgado, este no las sustrae, sino que dispone de ellos ingresándolo a su esfera patrimonial personal y exclusiva, no cumpliendo con su obligación que se le ha sido encomendada, que es la administración, custodia y protección de los bienes públicos; actuando como titular del bien público

Para Rojas Vargas, el apropiarse de los caudales o efectos públicos significa hacerlos suyos, separándolos de su ámbito perteneciente a la administración pública y optando por su disposición personal de los mismos. La apropiación puede ser para que aumente su masa patrimonial o, por el contrario, hechos de disposición, es decir para venta, prestamos, arrendamiento, donarlo, usarlo como propietario, dárselo a un tercero, etc.)

Como ejemplo de esta modalidad cabe citarse el hecho real objeto de la ejecutoria suprema del 26 de junio de 2003, que según las pruebas actuadas se estableció la responsabilidad del sujeto en los hechos suscitados, quien en su condición de administrador de la municipalidad distrital, dispuso para su beneficio personal sumas de dinero de la Caja Municipal, dinero que era destinado para la compra de una caja registradora; asimismo recibió dinero de la unidad de tesorería para abrir una cuenta corriente para la compra de ómnibus, sin embargo, dicho dinero no fue utilizado para el fin establecido; que, posteriormente al detectarse tal irregularidad, dicho encausado devolvió parte de la suma apropiada, mediante descuento de las remuneraciones que percibía, empero quedó un saldo que no se logró recuperar, tal como acepta el propio procesado al rendir su instructiva y en los debates orales, donde admite que se apropió de dinero del municipio debido a que su esposa se encontraba delicada de salud y tuvo que hacer gastos para su tratamiento (Expediente N°2337-2001, resolución 07, 2005).

ii. Peculado por utilización:

La mencionada modalidad, se configura cuando el funcionario emplea, aprovecha, usa, disfruta o se beneficia del patrimonio público, sin la intención de apropiarse del bien.

En el agente no hay ánimo o propósito de quedarse o adueñarse, sino simplemente de servirse del bien público en su propio beneficio o en beneficio de tercero. Lo que quiere decir, que existe una previa separación del bien del ámbito público de custodia hacia una aplicación de la administración pública (Vásquez y Torres, 2014).

Como se fundamenta en la ejecutoria suprema con fecha del 20 de septiembre del año 2005, que el tipo de peculado por distracción o utilización involucra un apartamiento del bien de la esfera pública y un ambiente privado temporal del mismo sin gastarlo para luego regresarlo a su lugar de origen, a la esfera pública, esto no es posible cuando se trata de dinero (R.N. N°3632-2004, 2006)". Aquí es necesario hacer la siguiente precisión: en el artículo 388° del Código Penal encontramos el peculado de uso, que hace referencia al uso de maquinarias, vehículos o cualquier instrumento que pertenezca o sirva para ejercer sus labores o actividades que le han sido encomendados mientras ejerza su cargo en la administración pública; lo que diferencia del apartado del artículo 387° que alude a la utilización de efectos o caudales públicos. En consecuencia, la aplicación del artículo 387° será siempre y cuando no se trate de bienes públicos que no sean instrumentos de trabajo de la administración, aplicándose, por el contrario, el artículo 388°. Es común en la doctrina nacional considerar que el peculado doloso tanto por apropiación como por utilización puede configurarse por omisión impropia (Pérez, 2016).

En efecto, de la lectura del tipo penal se concluye que el agente, muy bien con conocimiento y voluntad, puede dejar, soportar o permitir que haga uso o se apropie un tercero en su beneficio del bien público. Pueden presentarse dos supuestos: primero, cuando el agente garante del bien público o allegados a él no se benefician con el acto del tercero. Aquí, el autor de peculado doloso es el sujeto activo garante del bien, en tanto que el tercero será investigado y sancionado por el delito de hurto o apropiación ilícita; segundo, cuando el agente garante del bien público o allegados a él, se benefician con el acto del tercero. El sujeto activo garante del bien será autor de peculado doloso, en tanto que el tercero por unidad del título de imputación será investigado y sancionado por el delito de peculado doloso en el grado de complicidad primaria (Salinas, 2012). Es evidente un acuerdo previo entre el agente garante y el tercero para cometer el hecho punible en perjuicio de la administración pública. Solo así se explica que aquel dolosamente haya permitido que el tercero sustraiga el bien público confiado a su cargo y luego se aprovecha del producto de la sustracción.

Se entiende que el agente utiliza la ayuda del tercero para hacer realidad la apropiación del bien público. Respecto a las modalidades de apropiación y utilización en que

se traduce la comisión del delito de peculado, se ha establecido como jurisprudencia vinculante lo siguiente:

Cabe mencionar, que Rojas Fidel (2012), considera que es una exageración del legislador haber equiparado la figura del peculado doloso por apropiación con la figura del peculado doloso por utilización y sancionarlo con la misma pena. No es lo mismo apropiarse de los bienes de la administración pública que el solo usarlo para luego ser devueltos y continúen siendo de la administración pública.

Por ende, el juez, al momento de graduar la pena, le impondrá mayor pena al que se apropió de los bienes públicos que al que solo se limitó a utilizarlos.

h) Destinatario final del bien

El destino final de bien, constituye otro elemento objetivo del delito de peculado. El beneficiario o destinatario puede ser el propio agente de la apropiación o utilización, así como un tercero identificado en el tipo penal como para el otro, que bien puede ser una persona jurídica o particular u otro funcionario o servidor público. Se entiende que el otro no debe haber participado en el hecho mismo de apropiación o utilización, caso en el cual será coautor del hecho y de modo alguno representaría el otro a que se refiere el tipo penal. En consecuencia, el sujeto activo, es decir, el funcionario y/o servidor público, actúa de dos maneras, una apropiándose para sí mismo de los bienes patrimoniales del Estado o también puede beneficiar a otros con la apropiación de estos. Para otro, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero Reaño, 2014). Al utilizar el término otro, hacemos alusión que no siempre este delito se trata de la apropiación que se acaba en el sujeto activo, sino también puede comprometer a un tercero vinculado por nexos diversos con el autor o coautores del delito, teniendo como presupuesto en este último caso que el agente haya consumado ya el delito, vale decir, se haya apropiado del caudal o efecto para tener luego la posibilidad de disponer del bien y destinarlo para un tercero, en diversidad de expresiones fácticas. El otro de modo alguno quedará sin sanción. Será investigado y juzgado por el delito de inducción o por receptación o por el grave delito de lavado de activos.

i) Consumación

De la misma manera como se sostuvo en lo referente a la consumación del delito de peculado doloso tradicional, esta modalidad de administración desleal de patrimonio público se consuma cuando se produce el perjuicio patrimonial en agravio del Estado. La diferencia que existe con la consumación del peculado doloso tradicional es que la lesión al patrimonio

público no se produce con el acaecimiento de una “expropiación” de una cosa pública, sino cuando se produce (Hugo, 2015).

1.2.3. La Pena en el Código Penal Peruano

1.2.3.1. Conceptos generales

a) La Pena

Cárdenas, Marcos (2012) menciona que proviene del latín *poena*, cuyo significado es castigo, sufrimiento, tormento físico, padecimiento, que se impone al responsable o a aquel que ha cometido el hecho delictivo. Es aquella figura escrita y estricta que ha sido creada con antelación por el legislador, donde todo ser humano tiene que ser castigado si el acto cometido está previsto en la ley como delito, con anterioridad a la comisión de éste (principio de legalidad).

Es aquel castigo que consiste en la privación de un bien jurídico, legalmente por una autoridad determinada a alguien que aparece como responsable de aquella infracción del derecho, a través del debido proceso (Villa, 2018).

Bramont-Arias, Luis (2008), expone: “...las penas buscan la prevención del delito respecto del autor que cometió el ilícito penal, consistiendo en lograr que el funcionario o servidor público no vuelva a delinquir.

b) La pena en el delito de Peculado

Como hemos venido desarrollando en la investigación, existen dos modalidades de Peculado, por ende, cuando se habla de Peculado por uso (Artículo 388°), según lo establecido en nuestro ordenamiento penal, la pena consta de no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Asimismo, en la modalidad de peculado doloso, en su primer párrafo, se establece una pena de no menor de cuatro ni mayor de ocho años. En el párrafo siguiente, señala que cuando el desmedro del bien patrimonial excede a una UIT, será condenado a no menor de ocho ni mayor a doce años de pena privativa de libertad.

Y, por último, al tratarse de Peculado culposo la pena será no mayor a dos años con prestaciones sociales.

1.2.3.2. Tipos de pena

En nuestro Código Penal, artículo 28, se clasifican en 3 tipos:

CLASES DE PENA

Artículo 28.- Las penas aplicables de conformidad con este Código son:

-Privativa de libertad;

- Restrictivas de libertad;

- *Limitativas de derechos; y*

- *Multa.*

i) Privativa de Libertad

La aplicación de esta pena establece que el condenado permanecerá encerrado en un establecimiento penitenciario, sea temporal o hasta cadena perpetua, como lo señala el Artículo 29° del mencionado mecanismo judicial.

“Artículo 29.- Duración de la pena privativa de libertad

La pena privativa de libertad puede ser temporal o de cadena perpetua. En el primer caso, tendrá una duración mínima de dos días y una máxima de treinta y cinco años.”

ii) Restrictivas de Libertad

Son aquellas que al condenado le imponen algunas limitaciones, sin privarle cabalmente su libertad de movimiento. Se encuentran estipuladas en el artículo 30° del cuerpo legal penal. Son penas que restringen los derechos de libre tránsito y permanencia en el territorio nacional de los condenados (Bramont, 2008). Las penas restrictivas de libertad están establecidas en el Ordenamiento Penal, siendo: 1. Cuando se trata de nacionales, la expatriación; y 2. Tratándose de extranjeros, la expulsión del país.

“Artículo 30.- Pena restrictiva de la libertad La pena restrictiva de libertad es la de expulsión del país y se aplica a extranjeros después de cumplida la pena privativa de libertad o la concesión de un beneficio penitenciario, quedando prohibido su reingreso. En el caso de expulsión por concesión de beneficios penitenciarios, el Perú mantiene jurisdicción exclusiva sobre la condena impuesta.”

iii. Limitativas de Derecho

Estas se encuentran estimadas en los artículos 31° al 40° del Código Penal. Estas sanciones limitan a los procesados que ejerzan con total libertad ciertos derechos, como los económicos, civiles y políticos, así como el disfrute total del tiempo libre. Existen tres clases: Prestación de servicios a la, limitación de días libres e inhabilitación (Bramont, 2008).

iv. Multa

La pena de multa obliga al condenado a pagar al Estado una suma de dinero fijada en días multa. El importe del día multa es equivalente al ingreso promedio diario del condenado y se determina atendiendo a su patrimonio, renta, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza (Cobo del Rosal, 2006).

1.2.4. Proceso Administrativo Disciplinario-Ley Servir N°30057

La Ley del Servicio Civil tiene como principal objetivo mejorar y facilitar el trabajo de los funcionarios y/o servidores públicos, a través del respeto y la meritocracia de los

derechos laborales, logrando que las entidades que pertenecen al estado tengan niveles mayores de eficiencia y eficacia, prestando servicios de calidad. Mediante esta ley, se establece un régimen exclusivo y único para los que prestan servicios en las entidades de la esfera pública estatales, instituyendo derechos y deberes de los funcionarios y/o servidores públicos, la regulación para las evaluaciones, régimen disciplinario, para las capacitaciones, compensaciones, entre otros.

1.2.4.1. Faltas que determinan la aplicación de la Sanción Disciplinaria.

Se entiende por sanciones disciplinarias a las amonestaciones que se imponen a aquella persona que infringe una norma, ley, regla que tiene como objetivo general la disciplina del infractor (Ley Servir N°30057).

El artículo 98 de la mencionada Ley, establece las faltas que determinan la aplicación de la Sanción Disciplinarias, siendo las siguientes:

CAPÍTULO I: FALTAS

Artículo 85. Faltas de carácter disciplinario

Son faltas de carácter disciplinario que, según su gravedad, pueden ser sancionadas con suspensión temporal o con destitución, previo proceso administrativo

- “a) El incumplimiento de las normas establecidas en la presente Ley y su reglamento....*
- d) La negligencia en el desempeño de las funciones.*
- e) El impedir el funcionamiento del servicio público.*
- f) La utilización o disposición de los bienes de la entidad pública en beneficio propio o de terceros.*
- q) Las demás que señale la ley”.*

1.2.4.2. Sanciones Disciplinarias

Es aquella facultad que tiene el empleador con la finalidad principal de corregir a los empleados que hayan cometido alguna falta, ya sea leve, grave o muy grave. Cuando este no haya cumplido o haya transgredido el cumplimiento de sus obligaciones o funciones a su cargo, la entidad pública se encuentra en la capacidad de imponerle una sanción disciplinaria; pues, el empleador se encuentra en la facultad de controlar, velar, cuidar y vigilar el correcto funcionamiento de la entidad, por ende, si el funcionario y/o servidor público ha incumplido, se le aplica una sanción de acuerdo al hecho o falta cometida.

Según la Ley Servir N°30057, en su capítulo II, establecen las sanciones y procedimientos sancionadores:

a) Amonestaciones:

Según la Real Academia Española, amonestar es aquella acción en la cual se advierte para prevenir, advertir o prever; es decir, hacer algo para que se considere, evite o procure. Las amonestaciones constituyen una advertencia, reprehensión o prevención (RAE).

Este tipo de sanciones son consideradas las más leves, pueden ser llamadas de atenciones verbales o escritas, que evitan la repetición de un comportamiento inadecuado.

En la mencionada Ley Servir N°30057, en su artículo 89, señala:

Artículo 89. La amonestación

La amonestación es verbal o escrita. La amonestación verbal la efectúa el jefe inmediato en forma personal y reservada. Para el caso de amonestación escrita la sanción se aplica previo proceso administrativo disciplinario. Es impuesta por el jefe inmediato. La sanción se oficializa por resolución del jefe de recursos humanos o quien haga sus veces. La apelación es resuelta por el jefe de recursos humanos o quien haga sus veces.

b) Suspensión:

Es una medida que tiene como finalidad evitar que el funcionario y/o servidor público sigan cometiendo la falta que está obstaculizando el curso de sus funciones.

En la Ley antes mencionada, se encuentra estipulada en el artículo 90, párrafo primero, que señala:

Artículo 90. La suspensión y la destitución

La suspensión sin goce de remuneraciones se aplica hasta por un máximo de trescientos sesenta y cinco (365) días calendario previo procedimiento administrativo disciplinario. El número de días de suspensión es propuesto por el jefe inmediato y aprobado por el jefe de recursos humanos o quien haga sus veces, el cual puede modificar la sanción propuesta. La sanción se oficializa por resolución del jefe de recursos humanos o quien haga sus veces. La apelación es resuelta por el Tribunal del Servicio Civil.

c) Destitución:

Se considera la destitución cuando el funcionario y/o servidor público ha cometido una falta grave en función a su cargo o actividades que le han sido encomendadas; pues, son consideradas sanciones más graves.

Asimismo, lo encontramos estipulado en el Artículo 90, segundo párrafo de la Ley en estudio.

Artículo 90. La suspensión y la destitución

...” La destitución se aplica previo proceso administrativo disciplinario por el jefe de recursos humanos o quien haga sus veces. Es propuesta por el jefe de recursos humanos o quien haga sus

veces y aprobada por el titular de la entidad pública, el cual puede modificar la sanción propuesta. Se oficializa por resolución del titular de la entidad pública. La apelación es resuelta por el Tribunal del Servicio Civil.”.

II. MATERIALES Y MÉTODOS

La presente investigación fue cualitativa y se configuró como básica y aplicada, toda vez, que el objetivo principal se centró en obtener conocimientos teóricos a partir del análisis de conceptos doctrinarios, con la finalidad de buscar desarrollar los criterios jurídicos necesarios con el propósito de que se determine una pena en el primer párrafo del artículo 387° del Delito de Peculado en el Código Penal Peruano y así contribuir con una adecuada aplicación por parte de los operadores jurídicos. En ese sentido, el desarrollo de la misma se enmarcó dentro del tipo de investigación bibliográfica en la medida, que se recurrió a la recopilación de principales fuentes de información como libros, artículos científicos, revistas digitales, etc.; lo cual ha permitido la realización de un análisis e interpretación de la información sobre el problema de estudio para arribar a nuevos conocimientos, con el propósito de poder ampliar el panorama de estudio, y ello, se consiguió mediante la aplicación del método analítico, y de la técnica del fichaje, donde se examinó las proposiciones teóricas, de acuerdo a los objetivos que se persiguen en esta investigación, para finalmente, emitir conclusiones y brindar recomendaciones que permitieron contribuir con el objeto de estudio.

III. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

3.1. Análisis de la problemática del delito de peculado a nivel jurisprudencial en relación a la afectación de los bienes jurídicos.

En el presente capítulo se desarrollarán las ideas tendientes a proponer la complementación del segundo párrafo del artículo 387° del Código Penal Peruano, que regula el delito de peculado, y que abre paso a la posibilidad de considerar montos, apropiación o utilización de bienes patrimoniales de la esfera del Estado que deberían ser sancionados disciplinariamente, debido que en algunos casos la afectación es irrisoria, por ende, se presenta una situación que consideramos excesiva, por las razones que se explicaran más adelante. Para tales efectos, con anterioridad, se han abordado temas que han logrado definir el delito de peculado, su naturaleza jurídica, las condiciones que debe reunir los sujetos y las delimitaciones del bien jurídico que protege, con la finalidad de resaltar la importancia que reviste el vínculo funcional del sujeto activo con el patrimonio estatal.

a) Peculado por Falsificación de Boletas para sustentar viáticos:

Cuadro N°1: Peculado Doloso

Expediente	Recurso de Nulidad N°1315-2014-Lima
Delito	Contra la Administración Pública en su modalidad de Peculado Doloso.
Sujetos Legales	- Funcionario: Julio P. Navarro Aguilar - Entidad Pública: FONDEPES
Montos	Por haberse apropiado de S/55.00, pertenecientes a sus viáticos.
Pena	A 3 años de pena privativa de libertad suspendida por el plazo de 2 años. Reparación civil de S/750.00 soles a favor de la Entidad FONDEPES

Nota: Peculado por falsificación de boletas para sustentar viáticos [R.N. 1315-2014, Lima] | LP (lpderecho.pe)
Creación propia

Considerando lo expuesto en el Cuadro N°1, podemos deducir que es un injusto y un exceso condenar por el delito de peculado, privándolo de su libertad por haberse apropiado de un monto equivalente a **S/.55.00 soles** a pesar que estos fueron otorgados en calidad de viáticos, pues si se analizan los hechos suscitados, esto no causó perjuicio patrimonial a la administración pública, no existe una lesión del bien jurídico en virtud del escaso valor económico de lo defraudado.

En relación a la aplicación de los principios rectores del derecho penal, no existe proporcionalidad entre la pena y las medidas que deberían considerarse para resarcir o prevenir que se vuelva a cometer. Por lo tanto, es necesario que cuando se trate de montos irrisorios o la merma al patrimonio estatal no supere a una UIT (teniendo en cuenta lo establecido por el Delito de Hurto), este sea tratado o juzgado por el derecho disciplinario, imponiéndoles sanciones que no transgredan su dignidad humana.

b) Peculado por apropiación de útiles escolares:

Cuadro N°2: Apropiación de útiles escolares

Expediente	Recurso de Nulidad N°2676-2014-PUNO
Delito	Contra la Administración Pública en su modalidad de Peculado por Apropiación.
Sujetos Legales	- Funcionario: Luciano Mendoza A.- Alcalde de la Municipalidad del Centro Poblado de Alto Puno. - Entidad Pública: Municipalidad del Centro Poblado de Alto Puno.
Montos	Apropiación de útiles escolares (engrapador, tampón, entre otros)
Sanción	A 2 años de pena privativa de libertad suspendida

Nota: lpderecho.pe/peculado-duplica-plazo-prescriptorio-imputado-funcionario-publico-r-n-2676-2014-puno/
Creación propia

En el presente caso, denota la transgresión de los principios del derecho penal, de mínima intervención y lesividad, los cuales han sido tratados en los capítulos anteriores, pues, se alega que el funcionario ha cometido el delito de Peculado por haberse apropiado de útiles escolares y un monto de S/.27.00 soles, sancionándolo con dos años de pena privativa de libertad suspendida, verificando lo irracional de dicha sentencia, provocando con ello un desgaste y carga procesal para el Derecho penal, negando con ello la oportunidad de impulsar procesos con mayor trascendencia, es por ello que es necesario que en casos donde se ha mermado irrisoriamente el patrimonio público, sean vistos por otras ramas del derecho, que las penas o sanciones no transgredan la dignidad humana del funcionario y no genere una dilatación en los juzgados de lo Penal, logrando con ello que se frene la intervención del Derecho penal.

c) Peculado por uso de hojas membretadas:

Cuadro N°3: Hojas membretadas

Expediente	Recurso de Nulidad N° 3763-2011-HUANCAVELICA
Delito	Contra la Administración Pública en su modalidad de peculado por utilización.
Sujetos Legales	- Funcionario Ricardo Vera Donaires, abogado de la Universidad Nacional de Huancavelica. - Entidad Publica: Universidad Nacional de Huancavelica.
Montos	Uso de siete hojas membretadas de la Universidad Nacional de Huancavelica.
Sanción	A 1 años de pena privativa de libertad suspendida

Nota: El principio de intervención mínima: no cualquier lesión o puesta en peligro tiene aptitud para activar el sistema penal [RN 3763-2011, Huancavelica] | LP (lpderecho.pe)

Creación propia.

Por lo mencionado anteriormente, cabe precisar que la utilización del papel membretado se considera un mal menor debido que no ocasiona perjuicio al patrimonio de la entidad en la que labora, por lo tanto, este acto debe ser juzgado dentro de los parámetros del derecho administrativo disciplinario, por el contrario, estaría atentando contra la correcta gestión del patrimonio público.

Teniendo en cuenta los hechos se llega a la conclusión que el comportamiento del señor Vera Donaires no se encuentra dentro de la esfera penal, a pesar que haya utilizado un bien perteneciente a la entidad pública en la cual prestaba sus servicios, haciendo una pericia

contable, el uso de las siete hojas bond es equivalente a S/.2.00 soles. Por lo tanto, se tiene que dilucidar al ámbito que pertenece el comportamiento que tuvo frente a sus funciones, considerándose que se debe tomar en cuenta aquellas normas concretas de carácter administrativo o disciplinario que se encuentran vinculadas con el uso y disposición de los bienes públicos teniendo en cuenta a los principios que rigen y orientan la función pública, en este caso, de los principios de lealtad y probidad, por ello, para estos casos donde los caudales públicos han sido por montos mínimos, es necesario establecer una sanción administrativa disciplinaria, teniendo en cuenta a la Ley Servir N°30057.

d) Peculado doloso:

Cuadro N°4: Peculado Doloso

Expediente	Auto de Vista N°09-2015-1
Delito	Contra la Administración Pública en su modalidad de Peculado doloso.
Sujetos Legales	- Funcionario: Eva Guiselle García León, Procuradora Publica del Ministerio de Energía y Minas. - Entidad Publica: Ministerio de Energía y Minas.
Montos	Apropiación de S/.133.00

Nota: <https://legis.pe/a-v-n-09-2015-1-improcedencia-de-accion-en-peculado-doloso-por-apropiacion-de-s-133-soles/>
Creación propia

Según lo analizado en el presente caso, existe una pequeña e insignificante lesividad del patrimonio perteneciente a la esfera de la administración pública, por lo cual no se configura como un ilícito, pues, la conducta no es tema relevante para poner en marcha todo el Ordenamiento Penal, más aún porque existen otras vías procedimentales en las cuales puede ser solucionado.

Teniendo en cuenta el principio de mínima intervención o ultima ratio, pues, el Derecho Penal tiene que ser la ultima opción, debido que no hay o no puede ser procesado por otras vías legales.

3.2. Necesidad de establecer una sanción administrativa disciplinaria en el segundo apartado del artículo 387° del código Penal, teniendo como base la Ley Servir N°30057.

3.2.1. Principios reguladores de la pena:

Los principios reguladores de la pena son de vital importancia porque con ello se garantiza un sistema equitativo y justo, orientando y limitando las decisiones del Estado, siendo la base para un Derecho penal garantista como el de nuestro Ordenamiento Jurídico Peruano. Es por ello, que teniendo en cuenta lo plasmado en este proyecto, es de vital importancia señalarlos para poder tener un mayor alcance del desarrollo del mismo.

a) Principio de Legalidad:

El Estado de Derecho tiene como principal límite al ejercicio de su potestad punitiva el principio de legalidad, incluyendo una serie de garantías para los ciudadanos, generando con ello, que el Derecho Penal reconozca como única fuente a la Ley (Rodríguez, 2012).

Cabe señalar, para que una conducta sea considerada como delito con anterioridad tiene que estar plasmada en el cuerpo legal, es decir tiene que estar escrita con antelación al cometido el hecho, debiendo estar expreso y específico el castigo impuesto de manera previa por la ley.

En nuestra Carta Magna se encuentra contemplado en el artículo 2 inciso 24, literal d). De acuerdo a este principio se mide tanto la conducta delictiva como la pena aplicable a aquellos que han cometido el hecho delictivo. Pues se trata de establecer legalmente el marco mínimo y máximo para el delito cometido previsto en la ley (García, 2012).

Asimismo, el principio de legalidad permitirá al ciudadano conocer que conductas puede cometer y cuales no, pues, tendrá en cuenta las penas a las cuales serán sometidos al cometer un delito (García, 2012, p. 138).

b) Principio de proporcionalidad:

En el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, se establece que “la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho”, es decir que tiene que existir una proporcionalidad de la pena con el hecho con la responsabilidad.

Suarez Rodrigo, (2002) mediante este principio se determinará la prohibición del exceso al momento de establecer sanciones jurídicas, evitando que se extralimiten de lo legalmente necesario. (Suarez, 2002, p.89). Este principio actúa como el equilibrio cuantitativo y cualitativo que debe existir entre un delito cometido y la pena aplicable plasmada por la ley (Rojas, 2007).

c) Principio Mínima Intervención o ultima ratio:

Señala que el Derecho Penal debe interferir siempre y cuando no se encuentre otro medio de protección menos invasivo, es decir no haya más remedio, dejando de lado a aquellos actos, comportamientos morales o a aquellos que no perjudican a los bienes jurídicos protegidos (Villacencio, 2019).

Martos (2020) indica que “el principio de intervención mínima es aquel principio limitador del poder penal del Estado, limitándose a sancionar acciones más graves que atentan contra los bienes más importantes que pertenecen a la esfera del patrimonio de la Administración Pública (carácter fragmentario).

d) Lesividad:

El principio de Lesividad permite que nadie sea perseguido por comportamientos que no arriesguen o afecten bienes jurídicos penales personales o grupales. Pues, este principio necesita que los bienes pertenecientes a la esfera jurídica protegidos se encuentren puestos en riesgo o dañados para que la Ley recién pueda intervenir (art. IV TP, CP), buscando prevenir abusos que puedan conllevar a un uso excesivo del poder penal en las vidas, medio ambiente, salud, entre otros. (Villavicencio 2019, pág. 36).

e) Razonabilidad:

Se encuentra previsto en el inciso 3 del artículo 248 del TUO de la Ley de Procedimiento Administrativo General: *“Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte mas ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción”*.

Es considerado un principio jurídico general del derecho, por el cual se tiene que proceder de forma razonable y racional en todas las circunstancias jurídicas. Es decir, todas las disposiciones se deben tener en cuenta todos los factores relevantes y de manera proporcionada (García, 2012).

f) Principio de protección a la víctima

Mediante este principio, las personas afectadas por la comisión de un delito, recibirán un trato respetuoso, acorde a su dignidad, fortaleciendo así los dispositivos de la esfera administrativa y judicial, merecidas de una indemnización, incluso tratándose de un infractor del estado con cargo de funcionario público.

g) Principio de racionalidad y humanidad de las penas:

Ninguna persona puede ser sancionada con penas que transgredan su dignidad de la persona, ni que lastimen o deterioren las condiciones de los condenados; es decir, no pueden incluirse penas que destruyan la vida de las personas, evitando con ello las torturas, los maltratos, las violaciones dentro de los centros penitenciarios o reclusión (Barja de Quiroga, 2010).

3.2.2. Sanciones administrativas disciplinarias.

Según lo estudiado y plasmado en este proyecto, tomando en cuenta los principios rectores de la pena y el proceso administrativo disciplinario, con base legal en la Ley Servir N°30057, concluimos que es necesario que se establezcan sanciones administrativas disciplinarias para el segundo apartado del Delito de Peculado, establecido en el Artículo 387° del Código Penal Peruano cuando se transgredan o afecten de manera ínfima o irrisoria el patrimonio que pertenece a la Administración Pública.

En este sentido, teniendo como base a los principios rectores del derecho, se exige que el Derecho Penal intervenga solamente cuando el ilícito generado sea de gran trascendencia, alterando el normal desarrollo de la sociedad.

Entendiéndose con ello, que la normatividad punitiva no intervenga en ilícitos menores, siendo necesario que estos sean atribuidos y resueltos a través de otros mecanismos, tratándose del derecho administrativo disciplinario, que tiene como base la Ley Servir N°30057, que en su artículo 88° han establecido las sanciones, que se pueden adecuar a aquellos hechos delictivos menores; no obstante de acuerdo al principio de ultima ratio, el Derecho Penal entraría a actuar cuando este sea el único medio o remedio para restaurar el daño ocasionado, analizando en el caso concreto si la conducta atribuida es o no merecedora de pena o carece de relevancia proseguir con el desarrollo del proceso penal habiendo otra vía alterna que no genera carga procesal en el ámbito penal, ocupándose este de casos mas graves.

Tal reforma se argumenta en que el sistema penal no puede asumir cualquier conducta de apropiación de un bien por parte del funcionario, desplegando todos sus recursos, con contemplación del valor de lo apropiado. Esto revela una actitud ética, de moralidad y demagoga por parte del legislador. Por ello es necesario establecer sanciones administrativas disciplinarias en el delito de peculado sin que esto signifique que la conducta ilegal, deshonesta del funcionario o servidor público y quede impune, pues para ello se debe aplicar el derecho administrativo disciplinario, que tiene como base legal la Ley de Servir N°30057, cuya sanción mayor es la destitución del funcionario o servidor, sin desmedro de que devuelva el bien o el valor de los apropiado. Asimismo, se puede tener en cuenta como criterio para la imposición de sanciones que el daño ocasionado sea irrisorio.

Por lo tanto, no es proporcional que el sistema penal se active cuando lo lesionado no genere un impacto social, entonces, ante tal contexto, incurrimos en la imperiosa necesidad de recurrir al derecho administrativo sancionador para establecer sanciones en aquellos casos donde el perjuicio patrimonial es menor a una UIT (teniendo en cuenta el limite cuantitativo del delito de hurto).

3.3. Toma de Postura

Durante el desarrollo del mediante proyecto de Tesis, denotamos que en la legislación penal, se ha estipulado penas correspondientes al delito de peculado que es cometido por los funcionarios o servidores públicos que atenten contra el patrimonio del Estado, establecidas en el artículo 387°y 388°, sin embargo, éstos no han sido abordado con profundidad y

seriedad, ya que se ha establecido penas a acciones cometidas sin tener en cuenta el impacto social, es de suma importancia que se establezcan sanciones en el segundo apartado del Artículo 387° del Código Penal Peruano.

Artículo actual:

“Artículo 387.- Peculado doloso y culposo

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

Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas.

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

Apartado segundo del Artículo 387° estableciendo sanciones administrativas disciplinarias.

“Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los

incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Asimismo, en los casos que no supere la unidad impositiva tributarias, recibirá una sanción administrativa disciplinaria según lo establecido en el artículo 88° de la Ley Servir No 30057”.

CONCLUSIONES

1. En el desarrollo del proyecto de tesis, se dieron a conocer los vacíos legales existentes al momento de aplicar el artículo 87° del Código Penal, correspondiente al delito de peculado, verificando a través de la doctrina y jurisprudencia estudiada. Asimismo, a través del estudio de diferentes autores se logró definir que es el Peculado y su Relación con la Administración Pública y las consecuencias que acarrearía si los sujetos pertenecientes a la Administración Pública no cumplirían con el correcto actuar de sus funciones, lo que traería consigo castigos penales. Como se dio a conocer a través de diferentes estudios jurisprudenciales, que muchas veces existe una desproporción entre la pena y la afectación del bien jurídico patrimonial.
2. Se realizó un análisis de los principios rectores del derecho penal, para lograr entender los límites que este tiene, para su correcta aplicación y no se exceda en ella.
3. Se concluye que, es necesario establecer sanciones administrativas disciplinarias cuando se trate de afectaciones irrisorias, por montos que no excedan a una UIT, debido que no tienen relevancia penal porque no alteran el correcto funcionamiento de la administración pública. Se tiene como base para la aplicación de sanciones a la Ley Servir N°30057, que en su apartado 88° señalan las diferentes sanciones que se aplicarían de acuerdo al acto cometido por el funcionario y/o funcionario público.

RECOMENDACIONES

- Se recomienda establecer las sanciones administrativas disciplinarias, cuando el daño ocasionado no excedan a una Unidad Impositiva Tributaria, en el segundo apartado de delito de Peculado, establecido en el Artículo 387° del Código Penal, tomando en cuenta lo desarrollado en el presente proyecto de tesis.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABANTO, M. (2015). *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, 2da Edición, Lima, Palestra.
- ABRUÑA, A. (2016). *Delimitación Jurídica de la Administración Pública en el Ordenamiento Jurídico*, Primera Edición, Lima, Palestra Editores.
- ARIÑO, G. (2012). *Lecciones de Administración y Políticas Públicas*, Madrid, Ilustel.
- ASUA, A. (2007). *La tutela penal del correcto funcionamiento de la administración. Cuestiones político criminales, criterios de la interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria- Delitos contra la administración pública*. Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública.
- BRAMONT, L.(2008). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Edit. Santa Rosa. Perú, 2000, p.70; y VILLA STEIN, Javier: *Derecho Penal. Parte General*. Edit. San Marcos. Lima, p. 101.
- CASTILLO, F. (2000). *El delito de peculado*, San José – Costa Rica, Juritexto.
- CHANAMÉ, R. (2015). *Diccionario Jurídico Moderno*, Lima. Perú, Editorial San Marcos.
- CÁRDENAS, M. *Las teorías de la pena y su aplicación en el Código Penal, Derecho & Cambio Social*, <http://www.derechoycambiosocial.com/revista002/pena.ht>
- DIAZ, P. (2018). “*La exigencia de un monto mínimo para la configuración típica del delito de peculado, tacna 2014 - 2017*” [Tesis para obtener el título de abogada, Universidad Privada de Tacna].
- DOMINGO, R.(2009). *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. Lima: Fondo Editorial-Mercurio Peruano.
- GARRIDO, F. (2015). *Tratado de Derecho Administrativo*, 3ra. Edición, Madrid, Editorial TECNOS.
- GARCIA, P.(2012). *Derecho Penal. PG.*, 2da. Edición, Lima, Jurista Editores.
- HUGO, J.(2015). *Delitos Cometidos por Particulares contra la Administración Pública*, 2da Edición, Lima, Gaceta Jurídica, S.A.
- JAKOBS, G. (1997). *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, traducido por Joaquin Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2da Edición Alemana, Madrid, Marcial Pons.

- MARTÍNEZ, P. (2010). *Carlos Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, Valencia.
- MEIN, I. (2008). *Delitos contra la administración pública*. Guatemala, USAID.
- MORÓN, J. (2014). *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*, Perú, Gaceta Jurídica.
- NAKAZAKI, C. (2017). *El Derecho Penal y Procesal Penal: desde la perspectiva del abogado penalista litigante*. Lima: Gaceta Jurídica.
- NEYRA, J.; GIMENO, V. y otros (2015). Manuel y NIEVA FENOLL, Jordi. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Lima: Idemsa.
- NEYRA, J. (2010). *Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral*. Lima: Idemsa.
- NOLASCO, J. y ALAYA, E. (2013). *Delitos contra la Administración Pública*, TOMO I, 1ra. Edición. Lima, ARA.
- OLAIZOLA I. (2009). *Delitos contra la administración pública*, Bilbao-España, Instituto Vasco de Administración Pública.
- Paytan Y. (2020). *La naturaleza del delito de peculado y la aplicación del principio de mínima intervención en la determinación de la cuantía para su configuración en la jurisprudencia de la Corte Suprema del Perú*. [Tesis de bachiller, Universidad de los Andes]. INFORME FINAL DE TESIS-pdf (2).pdf (upla.edu.pe)
- PATRÓN, P. (2004). *Derecho Administrativo y Administración Pública en el Perú*, 8va Edición, Lima, Grijley.
- PEREZ, J. (2016). *Peculado por extensión o peculado impropio en Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*, Lima, Gaceta Jurídica S. A.
- REAÑO, J. (2014). *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*, Lima, Jurista Editores.
- REÁTEGUI, J. (2009). *Estudios de Derecho Penal. Parte Especial*, Primera Edición, Lima, Jurista Editores E. I. R.L.
- ROSAS, J. (2016). *Cómo el TC reinterpreta el Derecho Penal y Procesal Penal; estudio introductorio: Arsenio Oré Guardia*. Lima: Gaceta Jurídica.
- ROCA, L. (2002) *El Delito de Malversación de Caudales Públicos*, Barcelona, Editorial José Maria Bosch Editor.

- RODRIGUEZ, J. y TORRES, D.(2014). *Prevención de la Corrupción y Justicia Penal en Compendio Jurisprudencial Sistematizado*, 1era Edición, Lima, Grafica Delvi.
- ROJAS, F.(2007) *Delitos contra la Administración Pública*, Tercera Edición, Lima, Griley.
- ROXIN, C. (1998) *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Madrid, Marcial Pons.
- SALINAS R. (2012). *Delitos contra la Administración Pública*, Lima, Grijley, p. 200.
- SANTAYANA, R.; PARIONA, R; y OTROS (2014). *El perjuicio y la cuantía de lo apropiado o utilizado en el delito de peculado doloso. Análisis dogmático sobre la base los últimos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú*, Lima, Grafica Delvi.
- SEMINARIO, G. (2011). *Manual del Código Procesal Penal*. Lima: Gaceta Jurídica.
- SILVA, J. (2013). *La teoría del delito en la práctica penal económico*, Madrid, La Ley.
- SOSA, J.(2010). *El Debido Proceso*. Lima: Gaceta Jurídica.
- SOSPEDRA, F. (2004). *Análisis comparado de los códigos éticos vigentes. Ética del juez y garantías procesales*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.
- VILLAVICENCIO, F. (2019). *Derecho penal: parte general*. Lima, Grijley.
- VILLA, J. (2018). *Derecho Penal. Parte General*. Edit. San Marcos. Lima, p. 449.

ANEXOS

1. Auto de Vista N°09-2015-1
2. Código Penal Actualizado.
3. Recurso de Nulidad N°1315-2014-Lima
4. Recurso de Nulidad N°2676-2014-PUNO
5. Recurso de Nulidad N° 3763-2011-HUANCAVELICA