

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN CRISTÓBAL DE
HUAMANGA**

ESCUELA DE POSGRADO

**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD
DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**



“Las sentencias penales en el delito de peculado”

**Tesis para optar el grado académico de Maestro en Derecho
Mención en Ciencias Penales**

Presentado por:

Bach. Néstor Vásquez Ayala

AYACUCHO - PERÚ

2018

Dedicatoria.

*A la Universidad Nacional
de
San Cristóbal de
Huamanga, mi
alma mater.*

*A los docentes de la
Facultad de
Derecho y Ciencias
Políticas por su guía en la
senda del Derecho.*

El Autor.

Agradecimiento

A Dios, por darme la vida.

*A mi esposa, mis hijos y mi
madre, que con su paciencia
y comprensión
han contribuido en que este
trabajo se concrete.*

*A mi padre que desde allá,
arriba,
con su calma mirada, me
contempla.*

RESUMEN

El presente trabajo de investigación versa sobre las sentencias emitidas en los procesos penales sobre delitos de peculado, en que se ha analizado el nivel y la fundamentación de las decisiones que los operadores de la justicia penal de la Corte Superior de Ayacucho han emitido, la misma que es orientada de acuerdo al problema de investigación que se ha planteado: ¿Cuál es el nivel de fundamentación de las sentencias emitidas en el delito de peculado, según los parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales pertinentes en los órganos jurisdiccionales de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho en los años 2015 y 2016 ?

La tesis se ha desarrollado utilizando el método observatorio, comparado, deductivo–inductivo, cuyo resultado se establece en las conclusiones, recomendaciones y el aporte académico respectivo, el cual viene contrastado con el análisis e interpretación de resultados.

Estamos en condiciones de afirmar que en las sentencias que se emiten por los órganos jurisdiccionales de la Corte Superior de Ayacucho en los delitos contra la administración pública en la modalidad de peculado (delitos de infracción del deber), hay razonamiento insuficiente y ello influye en la eficacia que debe contener en el tipo de delitos que se ubican como una de corrupción de funcionarios.

Palabras claves:

Sentencias penales en peculado /Corte Superior de Justicia de Ayacucho/Operadores del Sistema de Justicia Penal/Delitos de infracción del deber.

ABSTRAC

The present investigation work deals with the sentences issued in the criminal proceedings on embezzlement crimes, in which the level and the basis of the decisions that the criminal justice operators of the Superior Court of Ayacucho have issued have been analyzed, the same which is oriented according to the research problem that has been raised: What is the level of grounds for the sentences in the crime of embezzlement, according to the relevant normative, doctrinal and jurisprudential parameters in the jurisdictional bodies of the Superior Court of Justice of Ayacucho in the year 2015 and 2016 ?

The thesis has been developed using the observational, comparative, deductive-inductive method, whose result is established in the conclusions, recommendations and the respective academic contribution, which is contrasted with the analysis and interpretation of results.

We are able to affirm that in the judgments that are issued by the jurisdictional bodies of the Superior Court of Ayacucho in crimes against the public administration in the form of embezzlement (offenses of duty infringement), there is sufficient reasoning relative to the imputation title and this influences the effectiveness that must be contained in the type of crimes that are located as one of corruption of officials.

Keywords:

Penal sentences in embezzlement / Superior Court of Justice of Ayacucho / Operators of the Criminal Justice System / Crimes of breach of duty.

ÍNDICE

PORTADA.....	1
DEDICATORIA.....	2
AGRADECIMIENTO.....	3
RESUMEN.....	4
ABSTRACT.....	5
PALABRAS CLAVE/KEYWORDS.....	5
ÍNDICE.....	6
INTRODUCCIÓN.....	10

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

1.1. Descripción de la realidad problemática.....	12
1.2. Formulación del problema	
1.2.1. Problema principal.....	14
1.2.2. Problemas Secundarios.....	14
1.3. Objetivos de la investigación	
1.3.1. Objetivo Principal.....	15
1.3.2. Objetivos Secundarios.....	15
1.4. Justificación, importancia y limitación de la investigación	
1.4.1. Justificación de la Investigación.....	15
1.4.2. Importancia de la Investigación.....	16
1.4.3. Limitaciones de la Investigación.....	17

CAPÍTULO II

MARCO TEORICO.

2.1. Antecedentes de la investigación.....	17
2.2. Marco conceptual.....	21
2.3. FORMULACION DE LAS HIPOTESIS DE INVESTIGACION.	
2.3.1. Hipótesis Principal.....	23
2.3.2. Hipótesis Secundarias.....	24
2.4. IDENTIFICACION Y CLASIFICACION DE VARIABLES, OPERACIONALIZACION DE HIPOTESIS, VARIABLESE INDICADORES.....	24
2.5. METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION.	
2.5.1. Tipo y nivel de investigación.....	25
2.5.2. Método y diseño de la investigación.....	26
2.5.3. Universo, población y muestra.....	26

2.5.4. Técnicas, instrumentos y fuentes de recolección de datos.....	26
2.5.5. Técnicas de procesamiento y análisis de datos recolectados.....	27

CAPÍTULO III

DESARROLLO DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS COMPRENDIDAS EN EL MARCO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN

LA INTERVENCIÓN PENAL EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	27
3.1. Fundamento de la intervención penal en los delitos contra La administración pública.....	28
3.1.1. El origen y fundamento del Estado en un modelo de Estado Social de Derecho.....	29
3.1.2. El concepto y función de la administración pública.....	32
3.2 La protección penal en el ámbito de los delitos contra la administración pública.....	35
3.2.1 El Derecho Penal como mecanismo de protección limitado de bienes jurídicos.....	35
3.2.2. La incriminación de delitos contra la administración pública en la Constitución.....	39
3.3. Sobre el bien jurídico-penal protegido en los delitos contra la administración pública.....	40
3.3.1 Acerca de los bienes jurídicos colectivos.....	42
a) Teoría monista.....	42
b) Teoría dualista.....	43
c) Toma de postura.....	44
3.3.2. Clasificación de los bienes jurídicos colectivos.....	45
3.3.3. Delimitación del bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública.....	46
a) Teoría del quebrantamiento de las expectativas en la administración pública.....	47
b) Teoría de la protección de la fidelidad al Estado (deber del cargo).....	48
c) Teoría de la buena imagen, dignidad o prestigio de la administración pública.....	49
d) Teoría del correcto funcionamiento o la funcionalidad de la administración pública.....	49
e) Toma de postura.....	50
3.4. Conceptualización de la función pública.....	52
3.5. El “correcto funcionamiento de la administración pública” como bien jurídico general o ratio legis.....	56
3.6. El bien jurídico-penal protegido en el delito del Art. 387 CP.....	58
a) Teoría de la infracción de deberes funcionariales específicos.....	59
b) Teoría patrimonialistas tradicionales.....	60
c) Teoría de la pluriofensividad.....	61
d) Teoría patrimonialista funcionalista.....	62
e) Toma de postura.....	64

CAPÍTULO IV:

EL DELITO TRADICIONAL DE “PECULADO POR APROPIACIÓN” PREVISTO EN EL ARTÍCULO 387° CP

4.1. Clasificación de delitos según los sujetos.....	71
4.2. Tipologías delictivas	72
a) Delitos de dominio del hecho	72
b) Delitos de infracción del deber.....	73
4.3. El delito de peculado	73
a) Peculado doloso	74
b) Peculado culposo	74
c) Peculado de uso	79
4.4. El objeto material del delito	82
4.5. Especial vinculación entre el funcionario o servidor público y los efectos o caudales	83
4.6. Características del bien público	85
4.6.1. Carácter público del objeto material	88
4.6.2. Concepto de “caudal” y “efecto” público.....	90
4.6.3. La “custodia”, “percepción” y “administración” del bien público	91
4.6.4. La “apropiación” y la “utilización” de bienes públicos.....	93
4.6.5. Conceptualización del elemento “apropiación”.....	94
4.7. Teorías sobre el contenido de los dos elementos de la “apropiación”	95
4.7.1. Teoría de la sustancia.....	96
4.7.2. Teoría del valor real.....	97
4.7.3. Teoría de la unión.....	97
4.7.4. Teoría funcional.....	99
4.7.5. Toma de postura.....	100
4.8. Los usos penalmente irrelevantes.....	103
4.9. Conceptualización del elemento típico “utilización”.....	106
4.10. Consumación del delito.....	106
4.11. Sobre la apropiación “para sí o para otro”.....	108

CAPÍTULO V:

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE PECULADO

5.1. Autoría inmediata.....	111
5.2. Autoría mediata.....	111
5.3. Autor y sujeto activo.....	112
5.4. Coautoría	112
5.5. Participación delictiva	113
5.5.1. Naturaleza jurídica de la participación delictiva	113
5.5.2. Principio de accesoriedad.....	114
5.5.3. Formas de participación	114
a) Instigación	114
b) Complicidad	114
c) Complicidad primaria y secundaria	114
5.6. Coautoría en los delitos de infracción del deber ?.....	115

5.7. Tesis de ruptura del título de imputación.....	117
5.8. Tesis de la unidad del título de imputación.....	118
5.9. Principio de accesoriedad limitada.....	119
5.10. Derecho comparado.....	119

CAPITULO VI

LA SENTENCIA PENAL

6.1. Conceptos de la sentencia.....	122
6.2. Clasificación de la sentencia.....	126
6.3. Contenido de la sentencia.....	131
6.4. Requisito de la sentencia.....	132

CAPÍTULO VII

ANÁLISIS E INTERPRETACION DE RESULTADOS

7.1. Descripción de los resultados.....	139
7.2. Contrastación de las hipótesis.....	158
7.3. Conclusiones.....	159
7.4. Recomendaciones.....	162

BIBLIOGRAFIA	163
---------------------------	-----

ANEXOS	167
---------------------	-----

• Matriz de consistencia.....	168
• Sentencias penales.....	170

INTRODUCCION

La presente investigación titulada “Las sentencias penales en el delito de peculado”, aborda el problema principal: ¿Cuál es el nivel de fundamentación de las sentencias en el delito de peculado, según los parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales pertinentes?

Visto la fundamentación de las sentencias en el delito de peculado esta investigación nos permite demostrar la importancia del mismo en nuestro medio, evaluar el nivel de este trascendental documento con el que los magistrados definen el proceso penal en la Región Ayacucho.

La sentencia es un acto jurisdiccional dentro de un proceso y que es de un valor fundamental para el conocimiento jurídico de un sector importante de la sociedad, porque genera un cambio significativo en la cultura procesal de los operadores de la justicia penal como magistrados, abogados, procuradores públicos y usuarios judiciales de la Región de Ayacucho, ya que permite mejorar la fundamentación de dichas decisiones en los procesos penales. Esta investigación se refiere particularmente a la figura del peculado (delito de infracción del deber) y por lo tanto al bien jurídico que en este caso es el principio de no lesividad al patrimonio del Estado; y el objetivo del trabajo desarrollado es analizar, a partir de la sistemática del Código Penal vigente y del Derecho Procesal Penal, la fundamentación de las sentencias sobre el delito de peculado.

La presente investigación posee como objetivo principal: Determinar el nivel de fundamentación de las sentencias en el delito de peculado, según los parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales pertinentes. Y como objetivos secundarios: Determinar el nivel de fundamentación de las sentencias en el delito de peculado, según los parámetros normativos, determinar el nivel de fundamentación de las sentencias en el delito de peculado, según los parámetros doctrinarios, determinar el nivel de fundamentación de las sentencias en el delito de peculado, según los parámetros jurisprudenciales.

Como hipótesis se ha esbozado la siguiente: La fundamentación de las sentencias en el delito de peculado, según los parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales presenta insuficiencias doctrinarias, jurisprudenciales y normativas.

En cuanto a la metodología de investigación, esta es una investigación explicativa, y comparativa, con preeminencia doctrinaria y jurisprudencial.

El autor.

TÍTULO I

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Descripción de la realidad problemática

La sentencia es un acto jurisdiccional y el producto principal del sistema de justicia (Pásara, 2003); consiste en la declaración del juicio del Juez sobre una controversia puesta a su conocimiento dentro de un proceso judicial, con la cual resuelve aplicando la ley que contiene un mandato general, en un mandato impositivo y concreto para un caso específico (Mazariegos Herrera, 2008). Dentro de su tipología, la sentencia penal tiene una especial relevancia, pues a través de ella no sólo se puede afectar la libertad de las personas o su patrimonio, sino su vida misma; la cual pone en evidencia la importancia que tiene, tomar las medidas necesarias que conduzcan a la creación de una sentencia adecuada.

En relación a la sentencia, en el contexto de la “Administración de Justicia”, una de las situaciones problemáticas es la “fundamentación de las sentencias judiciales”, lo cual es un asunto o fenómeno latente en todos los sistemas judiciales del mundo, que se evidencian en distintas manifestaciones provenientes de la sociedad civil, las instituciones públicas, privadas y los organismos defensores de derechos humanos. Ésta situación a su vez, comprende tanto a los países de mayor estabilidad política y desarrollo económico, como a aquellos que se encuentran en desarrollo, es decir se trata de un problema real, latente y universal (Sánchez Velarde, 2004).

En el estado Mexicano, por ejemplo, el Comité Organizador de la Consulta Nacional para una Reforma Integral y Coherente del Sistema Nacional de Impartición de Justicia, ha elaborado un documento denominado “El Libro Blanco de la Justicia en México”, en el cual se observa que una de las 33 acciones marco para realizar la reforma judicial es “la mejora de la calidad de las sentencias de los órganos de impartición de justicia” (CIDE, 2009), de lo que se infiere que la calidad de las decisiones judiciales es un rubro fundamental en el tema reforma.

Al respecto, en opinión de Pásara (2003), existen muy pocos estudios acerca de la fundamentación de las sentencias judiciales y esboza que una razón es su carácter cualitativo, que el tema es complejo y sus resultados siempre son discutibles. Por consiguiente el diseño de mecanismos transparentes que permitan evaluar las sentencias que dictan los Poderes Judiciales es una tarea pendiente de gran urgencia en los procesos de reforma judicial.

En cuanto al Perú, en el año 2008, se realizó el Proyecto Mejoramiento de los Servicios de Justicia, en esta actividad se propuso contratar un consultor individual para elaborar una metodología de evaluación de sentencias judiciales y otros, y aplicarla en la selección, evaluación y procesos disciplinarios de los Jueces peruanos; considerando, que si bien el Consejo Nacional de la Magistratura tiene algunos criterios para evaluar la fundamentación de las sentencias judiciales, sin embargo, no existe una metodología que defina los criterios, indicadores, métodos y procedimientos a seguir para realizar dicha evaluación, que se traduce en una heterogeneidad de los resultados (Perú. Gobierno Nacional, 2008).

Es probable, que conscientes de esta urgencia, en el mismo año, la Academia de la Magistratura publicó el Manual de Redacción de Resoluciones Judiciales, documento con el cual cuentan los jueces peruanos (Perú. Academia de la Magistratura, 2008); pero aun así, no ha sido posible encontrar datos certeros que establezcan cuál es la fundamentación de sus sentencias, al respecto no se afirma ni se niega, ya que en ocasiones muchos trabajos no se publican, pero de lo que se está seguro es, que el tema de la calidad es un problema latente y relevante.

Es importante advertir que en nuestra sociedad contemporánea los medios de comunicación desarrollan un papel imprescindible, de esta manera, determinan su influencia en la opinión generalizada de la ciudadanía. Este poder mediático es ambivalente, pues en ocasiones se muestra parcializado con determinados hechos delictivos, provocando malestar e insatisfacción, los cuales se ven reflejados en las encuestas; como la que se realizó el año pasado denominada: “VI Encuesta Nacional sobre la Percepción de la Corrupción en el Perú 2010”,

en el cual se observa que el 38% de ciudadanos encuestados consideran al Poder Judicial como una de las instituciones más corruptas, mientras que el Congreso y la Policía Nacional obtuvieron 46% y 45%, lo cual no es un aliciente, porque lo correcto sería que la ciudadanía peruana no tenga la menor desconfianza de una institución que imparte justicia, pero eso no es así. Por eso probablemente cuando los usuarios de dicha institución expresan su opinión evidentemente no es grata la respuesta.

Acogiendo esta necesidad e inspirados en ésta problemática, existe una línea de investigación científica denominada “Análisis de Sentencias de Procesos Culminados en los Distritos Judiciales del Perú, en Función de la Mejora Continua de la Calidad de las Decisiones Judiciales”, dentro de ésta perspectiva es motivo de estudio una sentencia específica y real emitida en casos concretos. Dentro de esta línea, el que corresponde estudiar en esta propuesta de investigación, es la sentencia en los procesos por delito de peculado cuyo origen es el acto de ocasionar perjuicios al patrimonio del Estado.

1.2. FORMULACION DEL PROBLEMA

1.2.1. Problema Principal

¿Cuál es el nivel de fundamentación de las sentencias en el delito de peculado, según los parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales pertinentes?

1.2.2. Problemas Secundarios

-¿Cuál es el nivel de fundamentación de las sentencias en el delito de peculado, según los parámetros normativos?

-¿Cuál es el nivel de fundamentación de las sentencias en el delito de peculado, según los parámetros doctrinarios?

-¿Cuál es el nivel de fundamentación de las sentencias en el delito de peculado, según los parámetros jurisprudenciales?

1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.3.1. Objetivo Principal

- Determinar el nivel de fundamentación de las sentencias en el delito de peculado, según los parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales pertinentes.

1.3.2. Objetivos Secundarios

- Determinar el nivel de fundamentación de las sentencias en el delito de peculado, según los parámetros normativos.
- Determinar el nivel de fundamentación de las sentencias en el delito de peculado, según los parámetros doctrinarios.
- Determinar el nivel de fundamentación de las sentencias en el delito de peculado, según los parámetros jurisprudenciales.

1.4. JUSTIFICACIÓN, IMPORTANCIA Y LIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.

1.4.1. Justificación de la investigación.

Esta propuesta de investigación se justifica porque parte de la observación profunda aplicada en la realidad nacional y local en el cual se evidencian que la sociedad reclama “justicia”, expresión que se puede traducir en una solicitud de intervención inmediata de parte de las autoridades frente a hechos que a diario trastocan el orden jurídico y social, generando zozobra y desaliento no sólo en las víctimas de actos, que cada vez adoptan diversas e impensadas modalidades, sino también en la sociedad en su conjunto, generando probablemente una corriente de opinión no necesariamente favorable en relación al tema confianza en el manejo de la administración de justicia.

Se trata de un trabajo que se desprende de una propuesta de investigación diseñada en la UNSCH, que evidencia el esfuerzo institucional que nos comprende, se orienta a sensibilizar a los responsables de la dirección,

conducción, desarrollo, evaluación y administración de la justicia, en su parte jurisdiccional, porque los resultados revelarán aspectos en los cuales los operadores de la justicia han puesto mayor empeño, y muy probablemente, también, omisiones o insuficiencias. Los resultados obtenidos, se podrán utilizar y convertir en fundamentos o base para diseñar y sustentar propuestas de mejora en la calidad de las decisiones judiciales cuya acogida y aplicación por parte de los interesados puede ser una respuesta para mitigar las necesidades de justicia, que últimamente gran parte del sector social peruano solicita a grandes voces, actitudes que se observan no sólo frente a los establecimientos destinados para la administración de justicia, sino también que se informan en los diversos medios de comunicación.

Otros destinatarios del presente estudio son profesionales y estudiantes del derecho, colegios de abogados, autoridades que conforman el Sistema de Justicia y la sociedad en su conjunto, quienes podrán encontrar en esta propuesta contenidos que pueden incorporar a su bagaje cognitivo.

1.4.2. Importancia de la Investigación

Los propósitos de la investigación y su alcance respectivo permitirán logros en los siguientes aspectos:

- a) Permite enriquecer las ciencias penales sobre el tema de la calidad de sentencias en los delitos de peculado y que la sociedad estudiantil, magistrados, ciudadanos y abogados tomen conocimiento de la realidad jurídica regional sobre el tema.
- b) Contribuye en las futuras decisiones judiciales a determinar en forma objetiva y correcta la aplicación de la norma jurídica en estudio.
- c) Enriquece en el tema la futura formación de los profesionales del Derecho.
- d) Permite comprender las dificultades y limitaciones que existen en la calidad de las sentencias sobre delito de peculado.

1.4.3. **Limitaciones de la Investigación**

Es necesario apuntar que para la realización de esta investigación se encontró una serie de limitaciones, a saber:

- La falta de investigaciones amplias, a nivel nacional e internacional, sobre la motivación de las sentencias emitidas en el delito de peculado.
- La falta de datos o estudios estadísticos relativos a la fundamentación de las sentencias en el delito de peculado.
- La indisposición de los sentenciados por delito de corrupción de funcionarios a que se les entrevistase para profundizar en sus historias de vida personal y hechos sucedidos.
- La escasa bibliografía en temas de la calidad de sentencias y su relación con el delito de peculado.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

Arenas y Ramírez, (2009); Investigo: “La argumentación jurídica en la sentencia”, y sus conclusiones fueron:

- a) Existe la normativa jurídica que regula la exigencia de la motivación de la sentencia judicial, que quizás no sea la más cómoda o directa pues se estipula a través de Acuerdos y otras Disposiciones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, pero de forma general no se encuentra desprotegido jurídicamente.
- b) Todos los jueces conocen en qué consiste la motivación de la sentencia y conocen también la normativa jurídica que lo regula.
- c) No existe el mecanismo directo de control para impugnar una sentencia inmotivada a través del recurso de Casación, haciéndose necesaria una vía más directa para ello,

puesto que nos encontramos ante una de las principales deficiencias en que incurren nuestros Tribunales hoy en día, al transcribir literalmente en el cuerpo de la sentencia lo acontecido en el Juicio Oral a través del acta, repetir lo planteado por los testigos sin hacer- uso de algún razonamiento lógico o haciéndolo de forma formularia y parca, no cumpliendo con lo estipulado en el Acuerdo 172 y todos los documentos que circularon junto a este, lo que es muestra de que aún hay mucho por hacer en relación a ello, pues el llamado estímulo al que se refiere en dicho acuerdo al reconocer la inexistencia de una causal de casación que permita reaccionar contra estas faltas para lograr la perfección del proceso penal, se ha traducido en el descuido de nuestros jueces a la hora de la redacción de la sentencia, lo que demuestra en cierto grado que tal requisito o exigencia no se debe dejar al arbitrio o conciencia del propio juez que redacta la sentencia, por lo que, contrario a lo establecido el artículo 79 sobre la casación de oficio, debe existir un mecanismo directo que los conmine a su cumplimiento y que pueda ejercitarse por todos los juristas.

- d) La motivación de la sentencia no solo consiste en la correcta valoración de la prueba, sino que esta debe hacerse en toda la sentencia siempre que el caso lo amerite.
- e) El problema fundamental radica en los propios jueces a la hora de materializar los conocimientos acerca de la motivación en la propia sentencia, puesto que en ocasiones es por falta de disposición, por falta de preparación, desorganización, y por ser resistentes a los cambios que se imponen o exigen a la hora de motivar una sentencia judicial.
- f) Aún falta preparación a los jueces en relación al tema.
- g) La motivación es un nuevo reto que se impone por necesidad histórica y de perfección del sistema de justicia, que solo se logra con dedicación y esfuerzo propio.
- h) Si la finalidad de la sentencia no es más que el registro de la decisión judicial y los argumentos que la determinan, la cual debe ser accesible al público cualquiera que sea su clase, a través de un lenguaje claro y asequible a cualquier nivel cultural, y esto se expresa solo a través de la correcta motivación de la resolución judicial, debemos tener presente que si no se hace de la manera adecuada, sencillamente la sentencia no cumple su finalidad, que es precisamente para lo que se crea. *Arenas. L. & Ramírez, B. (2009, octubre): La argumentación jurídica en la sentencia, en*

contribuciones a las Ciencias Sociales. Recuperado de:
www.eumed.net/rev/ccss/06/alrb.htm.

También Mazariegos (2008), en Guatemala, investigó: *Vicios en la Sentencia y Motivos Absolutorios de Anulación Formal Como Procedencia del Recurso de Apelación Especial en el Proceso Penal Guatemalteco*, cuyas conclusiones fueron:

- a) El contenido de las resoluciones definitivas...debe cumplirse con las reglas de la lógica de la motivación de la sentencia, la misma debe ser congruente para evitar resolver arbitrariamente, lo que da lugar a las impugnaciones...;
- b) Son motivos de procedencia del Recurso de Apelación Especial: i) El error in iudicando, motivo de fondo o inobservancia de la ley que significa omitir aplicar la norma adecuada al caso concreto por parte del Juez y la interpretación indebida o errónea de la ley que significa que el Juez al resolver el caso concreto utilizó una norma incorrecta ó le asignó un sentido distinto lo que es igual a violación de ley sustantiva cuyo resultado es la anulación de la sentencia; ii) El error in procedendo, motivos de forma o defecto de procedimiento...; y finalmente; iii). El error in cogitando que significa defectos incurridos en la motivación de la sentencia; esto se da cuando se busca el control de logicidad sobre la sentencia absurda o arbitraria, prescindir de prueba decisiva, invocar prueba inexistente, contradecir otras constancias procesales o invocar pruebas contradictorias entre otras...” *Mazariegos Herrera, J. (2008). Vicios de la sentencia y motivos absolutos de anulación formal como procedencia del recurso de apelación especial en el proceso penal Guatemalteco. (Tesis para titulación) Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala.*

Asimismo, Segura, (2007), investigó “El control judicial de la motivación de la sentencia penal”, y sus conclusiones fueron:

- a) La motivación de la sentencia, al obligar al juez a hacer explícito el curso argumental seguido para adoptar determinado temperamento, es una condición necesaria para la interdicción de la arbitrariedad, posibilitando, por lo ya dicho, la realización plena del principio de inocencia del imputado.
- b) Tradicionalmente la sentencia judicial ha sido representada como un silogismo perfecto, en el que la premisa mayor corresponde a la ley general, la menor a un hecho considerado verdadero, y la conclusión a la absolución o la condena.

c) El control de la motivación de la sentencia penal funciona como un reaseguro de la observancia del principio de inocencia. Motivación y control vienen a convertirse, por ende, en un binomio inseparable por lo que el juez o tribunal de sentencia, sabedor de que su fallo muy probablemente será controlado, necesariamente habrá de situarse frente a él en la posición de quien habrá de examinarlo y juzgarlo, es decir, en la posición de un observado razonable, con independencia de que sea su propia convicción, de manera razonable y bien motivada el factor determinante de su decisión.

d) Se representa filosóficamente a la sentencia como el producto de un puro juego teórico, fríamente realizado, sobre conceptos abstractos, ligados por una inexorable concatenación de premisas y consecuencias, pero en realidad sobre el tablero del juez, los peones son hombres vivos que irradian una invisible fuerza magnética que encuentra resonancias o repulsiones ilógicas, pero humanas, en los sentimientos del juzgador.

e) La motivación es la exteriorización por parte del juez o tribunal de la justificación racional de determinada conclusión jurídica. Se identifica, pues, con la exposición del razonamiento. No existiría motivación si no ha sido expresado en la sentencia el porqué de determinado temperamento judicial, aunque el razonamiento no exteriorizado del juzgador -suponiendo que hubiera forma de elucidarlo- hubiera sido impecable.

f) En realidad se puede observar que el principio de fundamentación, a través de la motivación en los puntos expuestos, que regula el Artículo 386 del Código Procesal Penal, si bien es aplicado por los tribunales de sentencia que fueron investigados, también se pudo observar que no es aplicado de la forma que la doctrina al respecto establece. *Segura, P.H. (2007). El control judicial de la motivación de la sentencia penal (tesis de Título Profesional). Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala.*

Igualmente, Gonzales, (2006), investigo “La fundamentación de las sentencias y la sana crítica”, sus conclusiones fueron:

a) La sana crítica en nuestro ordenamiento jurídico ha pasado de ser un sistema residual de valoración de la prueba a uno que se ha abierto paso en muchas e importantes materias, y seguramente pasará a ser la regla general cuando se apruebe el nuevo Código Procesal Civil.

b) Sus elementos esenciales son los principios de la lógica, las máximas de la experiencia, los conocimientos científicamente afianzados y la fundamentación de las decisiones.

c) La forma en que la sana crítica se está empleando por los tribunales no puede continuar ya que desgraciadamente muchos jueces amparados en este sistema no cumplen con su deber ineludible de fundamentar adecuadamente sus sentencias. Las consecuencias de esta práctica socavan el sistema judicial mismo desde que, entre otros aspectos, no prestigia a los jueces, estos se ven más expuestos a la crítica interesada y fácil de la parte perdedora y, además, muchas veces produce la indefensión de las partes pues estas no sabrán cómo fundamentar sus recursos ante instancias superiores al no conocer los razonamientos del sentenciador. *Gonzales, C. (2006). Fundamentación de las sentencias y la sana crítica. Revista Chilena de Derecho, vol. 33 (01), pág. 105.*

2.2. Marco Conceptual

- 2.2.1. **Corte Superior de Justicia.** Es aquel órgano que ejerce las funciones de un tribunal de última instancia (Lex Jurídica, 2012).
- 2.2.2. **Distrito Judicial.** Es la subdivisión territorial para efectos de la organización del Poder judicial. Cada distrito judicial es encabezado por una Sala Superior de Justicia.
- 2.2.3. **Expediente.** Es la carpeta material en la que se recopilan todas las actuaciones judiciales y recaudos que se establecen en un proceso judicial de un caso concreto (Lex Jurídica, 2012). Legajo cronológico y sucesivo de documentos relacionados a un caso concreto.
- 2.2.4. **Juzgado Penal.** Es aquel órgano investido de poder jurisdiccional con competencia establecida para resolver casos penales (Lex Jurídica, 2012).
- 2.2.5. **Medios probatorios.** Son las actuaciones que, dentro de un proceso judicial, cualquiera que sea su índole, se encamina a confirmar la verdad o a demostrar la falsedad de los hechos aducidos en el juicio (Lex Jurídica, 2012).
- 2.2.6. **Parámetro (s).** Tendencia, referencia o punto de comparación sobre los que se basa alguna información.
- 2.2.7. **Primera instancia.** Es la primera jerarquía competencial en que inicia un proceso judicial (Lex Jurídica, 2012).

- 2.2.8. **Sala Penal.** Es aquel órgano que ejerce las funciones de juzgamiento de los procesos ordinarios y de apelación en los procesos sumarios (Lex Jurídica, 2012).
- 2.2.9. **Segunda instancia.** Es la segunda jerarquía competencial en que inicia un proceso judicial (Lex Jurídica, 2012).
- 2.2.10. **Poder Judicial.** En el Perú el ente estatal encargado de la administración de justicia es el Poder Judicial. Quién con procedimientos preestablecidos y con jueces pre designados brinda solución a los conflictos.
- 2.2.11. **Tribunal Constitucional.** Órgano que tiene a su cargo, principalmente, hacer efectiva la primacía de la Constitución. Tiene la atribución de revisar la adecuación de las leyes, y procesos referentes a la Constitución y eventualmente de los proyectos de ley y los decretos legislativos o del poder ejecutivo, a la Constitución, realizando un examen de constitucionalidad de tales actos.
- 2.2.12. **Habeas Corpus.** Es una acción de garantía constitucional de la libertad física y corporal de las personas. Es de naturaleza sumaria, dirigida a restituir la libertad que ha sido vulnerada o amenazada por actos u omisiones provenientes de autoridades, funcionarios o particulares.
- 2.2.13. **Debido Proceso.** Es el conjunto de etapas formales secuenciadas e imprescindibles realizadas dentro un proceso penal por los sujetos procesales cumpliendo los requisitos prescritos en la Constitución con el objetivo de que: los derechos subjetivos de la parte denunciada, acusada, imputada, procesada y, eventualmente, sentenciada no corran el riesgo de ser desconocidos; y también obtener de los órganos judiciales un proceso justo, pronto y transparente.
- 2.2.14. **Tutela Jurisdiccional Efectiva.** Consiste en exigir una prestación del Estado, para lo cual se requiere de técnicas procesales idóneas para la efectiva tutela de cualquiera de los derechos. Se desea proponer, que el derecho a la tutela jurisdiccional, aun sin perder su característica de derecho a la igualdad de oportunidades de acceso a la justicia, pase a ser visto como

el derecho a la efectiva protección del derecho material, del cual son deudores el legislador y el Juez. Es un atributo subjetivo que responde a la necesidad de que el proceso cumpla realmente con sus fines a los que está llamado a cumplir, en la medida que el proceso supone el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. Se configura, fundamentalmente, como la garantía de que las pretensiones de las partes que intervienen en un proceso serán resueltas por los órganos judiciales con criterios jurídicos razonables, y no manifiestamente arbitrarias, ni irrazonables. Las normas que regulan el sistema recursivo deben aplicarse a la luz del principio de favorecimiento del proceso, es decir, en sentido favorable para posibilitar el acceso a la tutela jurisdiccional y, consiguientemente, con exclusión de toda opción interpretativa que sea contraria a ese propósito.

Resulta así, criticable aquella jurisprudencia del supremo tribunal que señala que el derecho a la tutela jurisdiccional es un concepto abstracto distinto a la relación material discutida en el proceso, y que se agota cuando las partes, mediante el derecho de acción, hacen valer sus pretensiones al incoar la demanda.

- 2.2.15. **Derecho de defensa.** El derecho de defensa que es una garantía constitucional que busca resguardar la posibilidad que tiene el ciudadano de realizar aquellas actividades procesales que le permitan sostener una postura procesal determinada; ya sea extraproceso y/o intraproceso.

2.3.FORMULACION DE LAS HIPOTESIS DE INVESTIGACION

2.3.1. **Hipótesis Principal:**

La fundamentación de las sentencias en el delito de peculado, según los parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales, presenta razonamiento insuficiente.

2.3.2. Hipótesis Secundarias:

- La fundamentación de las sentencias en el delito de peculado, según los parámetros normativos, presenta razonamiento insuficiente.
- La fundamentación de las sentencias en el delito de peculado, según los parámetros doctrinarios, presenta razonamiento insuficiente.
- La fundamentación de las sentencias en el delito de peculado, según los parámetros jurisprudenciales, presenta razonamiento insuficiente.

2.4. IDENTIFICACION Y CLASIFICACION DE VARIABLES, OPERACIONALIZACION DE HIPOTESIS, VARIABLES E INDICADORES

HIPÓTESIS PRINCIPAL

Variable Independiente (X)

X. Sentencias condenatorias

Indicadores:

- Sentencia
- Tipicidad penal
- Penas

Variable Dependiente (Y)

Y. delito de peculado

Indicadores:

- Elementos
- Generales de Ley

HIPÓTESIS SECUNDARIAS

PRIMERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA

VARIABLE INDEPENDIENTE (X)

- Fundamentación normativa

VARIABLE DEPENDIENTE (Y)

- Delito de peculado

- **SEGUNDA HIPÓTESIS ESPECÍFICA:**

VARIABLE INDEPENDIENTE (X)

- Fundamentación doctrinaria

VARIABLE DEPENDIENTE (Y)

- Delito de Peculado

- **TERCERA HIPOTESIS ESPECÍFICA:**

VARIABLE INDEPENDIENTE (X)

Fundamentación jurisprudencial

VARIABLE DEPENDIENTE (Y)

- Delito de peculado

IDENTIFICACION Y CLASIFICACION DE LAS VARIABLES

Variables de estudio

- ✓ Delito de Peculado
- ✓ Sentencias penales

2.5. METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION

2.5.1. Tipo y nivel de investigación

- **Tipo de investigación:**
Básica
- **Nivel de investigación**
Descriptivo – explicativo.

2.5.2. Método y Diseño de la Investigación

- **Método de la investigación**

Analítico – inductivo, comparativo, síntesis.

- **Diseño de la investigación.**

Diseño no experimental, transeccional, explicativo.

2.5.3. Universo, población y Muestra

- **Universo**

Sentencias condenatorias por delitos contra la administración pública

- **Población**

30 sentencias condenatorias por delitos contra la administración pública

- **Muestra**

16sentencias condenatorias por delitos contra la administración pública

2.5.4. Técnicas, Instrumentos y Fuentes de Recolección de Datos

Técnicas

- Análisis bibliográfico
- Evaluación documental
- Análisis cualitativo
- Comparación.

Instrumentos

- Se utilizará como instrumento:
- Fichas bibliográficas
- Registro de Expedientes
- Registro de casos

Fuentes:

- Libros nacionales e internacionales especializados en Derecho Penal.

- Procesos judiciales sobre delitos contra la administración pública

2.5.5. Técnicas de procesamiento y análisis de Datos Recolectados

- a) Selección y Representación por variables

- b) **Matriz Tripartita de Datos:**

UNIVERSO	POBLACION	MUESTRA
- Sentencias penales sobre delito de peculado	-30 sentencias penales sobre delito de peculado	-16 sentencias penales sobre delito de peculado

- c) Utilización del procesador sistematizado computarizado
- d) Pruebas estadísticas
- e) Análisis cualitativo de datos

CAPÍTULO III

DESARROLLO DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS COMPRENDIDAS EN EL MARCO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN

LA INTERVENCIÓN PENAL EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

En el presente capítulo hemos realizado, en primer lugar, un análisis del fundamento de la intervención del Derecho Penal en el ámbito de la administración pública; y, por último, se ha identificado el bien jurídico específico protegido por el delito de peculado doloso.

Respecto del primer punto, en principio se llevara a cabo una aproximación a la naturaleza, características y finalidades de la administración pública, lo cual obliga previamente a tratar de manera sucinta el paradigma del Estado Social y Constitucional de Derecho. Asimismo, se explicará el rol del Derecho Penal en el ordenamiento jurídico y la sociedad, sus fines preventivos y garantistas, a efectos de analizar los aspectos político-criminales que fundamentan la sanción penal de conductas funcionariales en el marco de la administración pública. En cuanto al segundo punto de este capítulo, se realizará un análisis de lo que se entiende por bien jurídico-penal, y en específico abordaremos el tema de los bienes jurídicos colectivos para determinar el objeto de tutela general en los delitos contra la administración pública. Por último, sobre la base del estudio de las distintas teorías que han tratado de identificar el bien jurídico específico protegido por el delito de peculado, se determinara que el objeto de tutela de este delito es el patrimonio público en sentido funcional.

3.1. Fundamento de la intervención penal en los delitos contra la Administración Pública

En el presente punto nos acercaremos de manera abreviada a lo que se entiende por Estado Social de Derecho y su importancia para entender correctamente a la administración pública.

3.1.1. El origen y fundamento del Estado en un modelo de Estado Social de Derecho.

El abordaje del fundamento o razones político-criminales que inspiran la sanción penal de conductas que atentan contra la administración pública exige en, primer lugar, entender el papel de la administración pública en el Estado moderno, pues es dentro de esta organización en la que se enmarca aquella. Se tendría una visión incompleta de los delitos contra la administración pública, si no se explicare previamente la función social que cumple el Estado en este ámbito. En efecto, lo característico de esta clase de delitos, a diferencia de un homicidio por ejemplo, es la infracción de deberes jurídicos propios de la condición de funcionario estatal y el abuso de poderes públicos que deben

ejercitar los órganos de la Administración¹. Dichos poderes como es evidente emanan de la existencia y legitimidad del Estado en la sociedad.

En efecto, desde que los seres humanos decidimos voluntariamente dejar el primigenio “estado de naturaleza” para formar una “sociedad civil” a través de un “pacto social”, otorgamos ciertos poderes a otras personas para que salvaguarden nuestra vida, libertades, propiedad, etc. eliminando o controlando los peligros que impidan el disfrute de los mismos². Conforme señala Locke: “(...) *la finalidad máxima y principal que buscan los hombres (...) sometiéndose a un gobierno, es la de salvaguardar sus bienes (...)*”³. En base a este pacto social los individuos por igual se hacen acreedores de derechos subjetivos que en el previo “estado de naturaleza” no tenían, y que generan una protección de su persona frente a agresiones de terceros⁴. En esta lógica, la función del Estado consiste en establecer los límites del poder frente a la esfera de la libertad individual. El Estado circunscribe su actuación a garantizar un ámbito social de autodeterminación individual, más allá de lo que realmente sucede con los derechos subjetivos en la dinámica social⁵.

La función descrita era la función que cumplía el denominado Estado liberal puro⁶, el cual nació entre los siglos XVIII y XIX en contraposición al Estado absolutista anterior, en donde el soberano ejercía su poder de manera prácticamente ilimitada⁷. Como bien afirma Gonzales Moreno, en el Estado liberal burgués del siglo XIX la sociedad era antagónica al Estado, tanto en sus intereses como en su ámbito de actividad⁸. Aquí el Estado se sobrepone a la sociedad civil para regular los intereses individuales que dieron origen a esta⁹.

¹ Cfr. VASQUEZ-PORTOMENÉ SEIJAS, Fernando. Los delitos contra la administración pública. Teoría general. Instituto Nacional de Administración Pública. Universidad de Santiago de Compostela: Santiago de Compostela, 2003. p. 349.

² Cfr. LOCKE, John. Segundo Tratado sobre el gobierno. Un ensayo sobre el verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil. Biblioteca Nueva: Madrid, 1999. p. 123.

³ *Ibíd.* p. 119 y ss.

⁴ Cfr. ROUSSEAU, J.J. El contrato social. EDAF: Madrid, 1989. pp. 53-55.

⁵ Cfr. GONZALES MORENO, Beatriz. El Estado social, naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales. Civitas: Madrid, 2002. p. 38

⁶ *Ibíd.*

⁷ Cfr. CARMONA CUENCA, Encarnación. El Estado Social de Derecho en la Constitución. Consejo Económico y Social: Madrid, 2000. p. 26.

⁸ *Ibíd.*

⁹ Cfr. BOBBIO, Norberto. *op. cit.* p. 41.

En el Estado liberal puro, el Estado aparece como un mal necesario y su actuación sólo debe enmarcarse en la protección de la libertad de los individuos¹⁰. Aquí el Estado tendría sólo una función negativa frente a los derechos de la persona; es decir, sólo pretende evitar que en el ejercicio de los mismos se vean amenazados por ataques externos. Según el modelo de Estado liberal clásico, *“la incidencia del Estado en los derechos fundamentales debe estar justificada y dirigida a proteger el ámbito de soberanía de los individuos. Fuera de ese ámbito la actuación del Estado puede devenir en inválida”*¹¹.

Una concepción diferente de Estado fue la formulada posteriormente en el siglo XX por la mayor parte de las Constituciones europeas tras la Segunda Guerra Mundial¹² y que surgió en Europa a mediados del siglo XIX para reivindicar el Estado de Derecho frente a la dictadura fascista y dotar de un contenido social al Estado de Derecho - originalmente formulado por el liberalismo- que atenúe los efectos de desigualdad entre las clases a que había conducido el Estado liberal¹³. Este es el concepto del Estado social de Derecho, en virtud del cual el Estado ya no es un simple guardián de las libertades y derechos de los individuos formalmente reconocidos, sino que es el llamado a posibilitar o promover la realización efectiva de los derechos fundamentales del individuo.

En el Estado social de Derecho los poderes públicos asumen la responsabilidad de proporcionar a los individuos las prestaciones y servicios públicos adecuados para satisfacer sus necesidades¹⁴. Según García Pelayo dichas prestaciones estatales incluyen la seguridad de los distintos aspectos vitales en la sociedad, la prevención de situaciones de necesidad de carácter global, la fijación de un salario mínimo vital, el acceso a puesto de trabajo, la atención a los colectivos más débiles, etc.¹⁵

Este modelo de Estado es el que la Constitución Política del Perú de 1993 (Constitución en adelante) -como norma suprema del ordenamiento jurídico- en su artículo 43° ha

¹⁰ Cfr. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. op. cit. p. 225-226.

¹¹ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. op. cit. p. 234.

¹² Cfr. GONZALES MORENO, Beatriz. op. cit. p. 29.

¹³ Cfr. CARMONA CUENCA, E. op. cit. p. 32.

¹⁴ Cfr. PEREZ LUÑO citado por GONZALES MORENO, Beatriz. op. cit. p. 46.

¹⁵ Cfr. GONZALES MORENO, Beatriz. op. cit. p. 47.

erigido explícitamente en el Perú¹⁶. Según esta norma “*la República del Perú es democrática, social, independiente y soberana*”. Sobre este punto, el Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución¹⁷, ha sostenido lo siguiente:

“El Estado social y democrático de derecho no obvia los principios y derechos básicos del Estado de derecho, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad privada y la igualdad ante la ley; antes bien, pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca. Así, no hay posibilidad de materializar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañados de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real”¹⁸.

Desde nuestro punto de vista y sin pretender abordar profundamente el tema, el Estado no sólo reconoce los derechos fundamentales de la persona, sino que pretende efectivizar los mismos creando condiciones adecuadas para su ejercicio. Como bien afirma García Toma, el Estado social y democrático de Derecho no obvia los principios y derechos básicos del Estado de Derecho, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad privada y la igualdad ante la ley, sino que pretende conseguir que estos sean efectivos¹⁹. De ello, que el Estado, a través de sus instituciones, tenga un rol activo, con obligaciones positivas, frente a los derechos individuales²⁰ garantizando el disfrute de los mismos en condiciones de igualdad. Como sostiene Luciano Parejo, el principio constitucional del Estado Social supone la exigencia de posibilitar el disfrute efectivo por parte de los ciudadanos de las posiciones jurídicas aseguradas por los derechos fundamentales²¹. Esta posición ha sido recogida por el propio

¹⁶ Cfr. GARCIA TOMA, Víctor. La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo. Walter Gutiérrez (director). Tomo I. Gaceta jurídica: Lima, 2005. p. 680 quien concluye que el Estado social de Derecho es el modelo de Estado del Perú en virtud del entendimiento conjunto del artículo 3° y el artículo 43° de la Constitución.

¹⁷ Esto se desprende del artículo 201° de la Constitución y el artículo 1° de la Ley N° 28301- Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0008-2003-AI/TC de 11 de noviembre de 2003. Fundamento 11.

¹⁹ Cfr. GARCÍA TOMA, Víctor. loc. cit.

²⁰ Es de notar que, desde nuestro punto de vista, los derechos sociales no se diferencian sustancialmente de los derechos individuales, por cuanto aquellos son una ampliación del alcance de estos [Cfr. BIDART CAMPOS, Germán. Teoría general de los derechos humanos. Buenos Aires: Astrea, 1991, p. 335]

²¹ Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano. Estado social y administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa. Civitas: Madrid, 1983. p. 56

Tribunal Constitucional, cuando sostuvo que “(...) *la noción de Estado social y democrático de derecho concreta los postulados que tienden a asegurar el mínimo de posibilidades que tornan digna la vida y, en esas circunstancias, se impone principalmente a los poderes públicos la promoción de esas condiciones*”²².

3.1.2. El concepto y función de la administración pública

Habiendo expuesto los fundamentos de la creación y funcionamiento del Estado en un Estado social de Derecho, podemos sostener que la administración pública aparece como institución creada por el Estado -algunos dirían que es su concreción²³- para servir de mecanismo de conexión entre la sociedad civil y el Estado. El Estado, como ente abstracto, cumple sus fines sociales, antes indicados, a través de la administración pública. La administración pública posibilita que el Estado cumpla sus fines prestacionales.

Ahora, el definir “administración pública” no es tarea fácil, pues ella presenta múltiples dimensiones. Como bien sostiene Gómez Díaz de León, administración pública puede ser entendida en tres sentidos: como “estructura”, como “función” o “como disciplina científica”²⁴. Nos interesa aquí, a efectos de nuestro estudio, abordar las dos primeras definiciones, que son las que desde nuestro punto de vista coadyuvan a entender la intervención penal en estos casos. Respecto a la primera definición, esto es la administración pública como “estructura”, esta es entendida en sentido formal u subjetivo, es decir, como el aparato administrativo gubernamental o como el conjunto de organismos y funcionarios que realizan los fines del Estado²⁵.

Por otro lado, **la administración pública como “función”, es entendida en sentido dinámico u objetivo, es decir como el conjunto de conductas humanas o actividades que determinan como se distribuye y ejerce el poder público**²⁶. Desde esta concepción, la administración pública se identifica con la propia función pública de la

²² Sentencia del Tribunal Constitucional N° 2945-2003-AA/TC de 20 de abril de 2004. Fundamento 26.

²³ Cfr. CHEVALLIER, Jacques. La ciencia administrativa. Fondo de Cultura Económica: México, 1983. p.31.

²⁴ Cfr. GÓMEZ DÍAZ DE LEÓN, Carlos. Administración pública contemporánea. México: McGraw-Hill interamericana, 1998. p. 22.

²⁵ Cfr. AMAINA, Manuel citado por GÓMEZ DÍAZ DE LEÓN, Carlos. op. cit. p. 23.

²⁶ Cfr. MUÑOZ, A. citado por GÓMEZ DÍAZ DE LEÓN, Carlos. op. cit. p. 23.

Administración. Precisamente, lo que diferencia a la administración pública (en sentido dinámico) de cualquier otra institución u organización privada es que detenta el monopolio de la coerción o coacción estatal²⁷.

A nuestro juicio, sólo el aspecto dinámico u objetivo -de la administración pública como “función”- es válido de cara a la determinación del objeto de tutela en los delitos contra la administración pública. Más adelante analizaremos este tema a profundidad, basta con señalar, por ahora, que es a través de la administración pública (entendida como función pública) que el Estado cumple con su rol o función social constitucional.

Desde un punto de vista constitucional, la finalidad social específicamente de la administración pública ha sido implícitamente reconocida en el artículo 39º de la Constitución²⁸, el cual señala que “(...) los funcionarios y servidores públicos están al servicio de la Nación”²⁹. Como sostiene Asua Batarrita, “más allá de la prestación de los servicios de interés general, las instituciones públicas a través de sus agentes, los funcionarios en sentido amplio se convierten en garantes de la viabilidad del ejercicio de los derechos fundamentales”³⁰.

Así pues, **en un Estado social y constitucional de Derecho, la legitimidad de la existencia de la administración pública se ubica en sus fines prestacionales**³¹. Como afirma Luciano Parejo, en el Estado Social la administración pública es una pieza clave e insustituible, puesto que a través de ella se da cumplimiento efectivo del interés general³². La administración pública representa un complejo de medios materiales y humanos que sirven para la consecución de los fines del Estado³³. Aquí el ciudadano no ocupa una mera situación de sujeción respecto de la administración y sus intereses, sino

²⁷ Cfr. GÓMEZ DÍAZ DE LEÓN, Carlos. op. cit. p. 37.

²⁸ Además del explícito reconocimiento de la función social del Estado en general según el artículo 43º de la Constitución, conforme ya explicamos anteriormente.

²⁹ Según el Tribunal Constitucional dicha disposición constitucional implica que los funcionarios públicos sirven al interés general [Sentencia N° 2235-2004-AA/TC de 18 de febrero de 2005. Fundamento 10].

³⁰ ASUA BATARRITA, Adela. La tutela penal del correcto funcionamiento de la administración. Cuestiones político criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria. En: Delitos contra la Administración Pública. Adela Asua Batarrita (directora). Instituto Vasco de Administración Pública. Bilbao, 1997. p. 19.

³¹ *Ibíd.*

³² Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano. op. cit. p. 107.

³³ Cfr. ALVAREZ RICO, Manuel y GONZALES-HABA GUIADO, Vicente. Administración y función pública en España. Libertarias: Madrid, 1992. p. 41.

que aquel y la realización de sus derechos fundamentales son la razón de ser de ésta³⁴. Es decir, la administración pública brinda “servicios públicos”.

Nótese que cuando decimos que la administración pública cumple con su función de brindar servicios públicos, estamos utilizando una **definición amplia de servicios públicos**. Desde nuestro punto de vista, los servicios públicos abarcan tanto la actividad de creación de Derecho, la tutela de derechos a través de los Tribunales de Justicia, la defensa del Estado, la seguridad interior, etc. -que vendrían a ser, según Malaret, “funciones públicas” de la administración, dado que por su propia naturaleza son propias del Estado y no pueden ser llevadas a cabo exclusivamente por privados³⁵;- como también la asistencia sanitaria, la educación, el suministro de productos energéticos, el transporte público, las telecomunicaciones, etc. -que serían “servicios públicos en sentido estricto” según Malaret, toda vez que su naturaleza posibilita que sean realizadas también por iniciativa privada³⁶-.

Por tanto, **el buen o correcto funcionamiento de la administración pública es un interés o valor constitucionalmente protegido**, pues pretende garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales en condiciones de igualdad.

Así lo ha establecido nuestro Tribunal Constitucional cuando dedujo del artículo 39° de la Constitución el principio de “buena administración” y sostuvo que “(...) el buen funcionamiento de la administración pública constituye un bien de índole constitucional” cuya protección podría justificar la intervención del Derecho penal (...)”³⁷.

Esta visión de la administración pública, evidentemente, se contrapone a la concepción, ya superada, de administración pública de un “Estado de Policía” que es el modelo de estado que erigían las monarquías³⁸ o los Estado totalitarios. En estos modelos de Estado, la administración pública estaba por encima de los intereses de los ciudadanos,

³⁴ Cfr. REYNA ALFARO, Luis Miguel. “El bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública”. En: “Delitos contra la administración pública”. REYNA ALFARO, Luis Miguel (director). Jurista Editores: Lima, 2009. pp. 250-252.

³⁵ Cfr. MALARET I GARCÍA E. citado por RODRIGUEZ LOPEZ, Pedro y SOBRINO MARTINEZ, Ana. Delitos contra la administración pública. Bosch: Barcelona, 2008. p. 25.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 000017-2011-PI/TC de 03 de mayo de 2012. Fundamento 16.

³⁸ Según LOCKE, John. op. cit. p. 123 la monarquía es la forma de gobierno en la cual el poder de dictar leyes recae sobre un solo hombre o sus descendientes.

y estos debían guardarle respeto al estar en una situación de sujeción respecto de aquella³⁹. Esta tesis no puede ser amparada en el modelo constitucional actual, dado que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y el Estado (Art. 1° de la Constitución).

Por otro lado, una vez que hemos reconocido el valor constitucional de la existencia de la “administración pública” en la sociedad y su buen funcionamiento, cabe notar que el Derecho está llamado crear mecanismos que aseguren el cumplimiento de los fines de la administración pública, eliminando y/o corrigiendo disfuncionalidades. En tal sentido, uno de estos mecanismos jurídicos es el Derecho penal, entendido como instrumento de control social para la protección limitada de bienes jurídicos. Sobre esto hablaremos a continuación.

3.2.La protección penal en el ámbito de los delitos contra la administración pública

Luego de exponer de manera abreviada los fundamentos de la intervención del Derecho Penal, pasaremos a identificar el bien jurídico genérico protegido por todos los delitos contra la administración pública.

3.2.1. El Derecho Penal como mecanismo de protección limitado de bienes jurídicos

El Derecho penal en tanto instrumento jurídico de mayor estigmatización contra la persona, encontrará legitimidad en función a sus fines preventivos (que propugnan por una expansión de la intervención punitiva del Estado) y garantistas (que propugnan por la reducción de la propia violencia estatal)⁴⁰. Ambos tipos de fines, aunque en constante conflicto, van de la mano y se complementan entre sí a fin de que la intervención penal resulte constitucionalmente razonable⁴¹.

Efectivamente, a nuestro juicio, el Derecho penal, en un Estado Constitucional de Derecho, no puede limitarse a retribuir un mal creado por el delincuente. En esta medida, deben descartarse las “teorías absolutas” de la pena, según las cuales, la pena no tendría ningún fin que pueda ser socialmente útil, sino que sería

³⁹ Cfr. REYNA ALFARO, Luis Miguel. op. cit. p. 249-250.

⁴⁰ Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús M. Aproximación al Derecho Penal contemporáneo. Bosch: Barcelona, 1992. p. 241 y 242.

⁴¹ A este respecto ver la sentencia del Tribunal Constitucional N° 00017-2011-PHC/TC de 3 de mayo de 2012. Fundamentos 6° al 8°.

una simple retribución por un hecho delictivo⁴². Bajo la lógica de estas teorías (sea en sus vertientes subjetivas u objetivas⁴³), la justificación de la pena sería ajena a sus consecuencias, desvinculándose la legitimidad de la sanción penal de la finalidad que se busque con ella⁴⁴.

Una postura teórica sobre la pena que también debe ser descartada es la formulada el Prof. Jakobs. A grandes rasgos, este autor afirma que la pena no buscaría generar un efecto en las personas para prevenir futuros delitos, sino que tendría por objeto restablecer la vigencia de las normas quebrantadas por la comisión del delito, confirmando el Derecho⁴⁵. Como sostiene el Prof. Schunemann, bajo esta tesis, la pena no tendría un fin ulterior en el plano empírico, sino que sería un fin en sí mismo⁴⁶. Para el Prof. Jakobs, existe una desvinculación entre la función del Derecho Penal y la protección de bienes jurídicos; no se podría considerar como misión de la pena la evitación de lesiones a bienes jurídicos, puesto que, en estricto, la misión del Derecho Penal sería la confirmación de la vigencia de la norma⁴⁷.

Esta concepción de la “finalidad” del Derecho Penal, desde nuestro punto de vista, debe ser rechazada, puesto que el Ordenamiento jurídico, en un Estado social y democrático de Derecho -dentro del cual se enmarca el Derecho penal- debe estar

⁴² Cfr. ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Civitas: Madrid, 1997. p. 81 y JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Comares: Granada, 2002. p. 75.

⁴³ Según Kant, máximo representante de la corriente retribucionista-subjetivista, la pena para ser justa debe ser igual al delito cometido (ius talionis), el delincuente se merecería el mismo mal que ha causado. Desde esta perspectiva, la pena sería un deber moral que tiene como única razón de imposición el hecho de que alguien ha delinquido y merece una pena. Según este autor, el exigir una utilidad o finalidad extrínseca o social a la pena sería reprobable, pues implicaría instrumentalizar o cosificar al individuo [Cfr. FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal. B de F: Montevideo-Buenos Aires, 2007. pp. 71-72].

De otro lado, las teorías retribucionistas-objetivistas, que tienen como su mayor exponente a Hegel, señalan que la pena sería la respuesta al delito cometido, pero en un plano simbólico o valorativo. En tanto el delito representaría una negación del Derecho vigente, la pena supondría una reafirmación del Derecho, es decir, una negación de la negación del Derecho. Aquí, no se toma en cuenta el específico mal producido por el delito -como sucedía en la vertiente subjetiva de esta teoría-, sino su implicancia en el plano valorativo, como lesión al Derecho [Cfr. FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Retribución y prevención general. op. cit. pp. 103-105]

⁴⁴ Cfr. FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Retribución y prevención general. op. cit. p. 63.

⁴⁵ Cfr. JAKOBS, Günther. Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional. Civitas: Madrid, 1996. p. 28.

⁴⁶ Así lo afirma SCHUNEMANN, Bernd. La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal. En: Cuestiones básicas del Derecho Penal en los umbrales del tercer milenio. Idemsa: Lima, 2006. p. 144.

⁴⁷ Cfr. CANCIO MELIA, Manuel y otros. Un nuevo sistema del Derecho Penal. Grijley: Lima, 1998. p. 21.

al servicio siempre del ser humano y su dignidad. En este sentido, la norma penal no puede olvidar su anclaje ontológico de protección última del individuo, sin que se niegue la presencia de efectos simbólicos de reafirmación de la vigencia de la propia norma. Como bien señala Alcácer Guirao, “(...) *el fin preventivo primordial del Derecho Penal habrá de ser en todo caso la protección de los bienes jurídicos, quedando la protección de la vigencia del ordenamiento, como un fin, si bien legítimo, axiológico y funcionalmente subordinado a aquel*”⁴⁸.

Aunque no pretendemos ser exhaustivos en este punto por cuestiones metodológicas, doctrinalmente se han reconocido básicamente cuatro teorías sobre la finalidad preventiva de la pena: i) las teorías de la prevención general positiva, ii) las teorías de la prevención general negativa, iii) las teorías de la prevención especial y iv) las teorías eclécticas o unificadoras⁵⁰.

A grandes rasgos, según la primera de las mencionadas teorías, la pena pretende demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y así reforzar la confianza de la sociedad en el Derecho⁵¹. Las teorías de la prevención general negativa sostienen que la pena busca generar efectos intimidatorios en el resto de la sociedad para que no cometan a futuro nuevos delitos⁵². Las teorías de la prevención especial, por su parte, a grandes rasgos, sostienen que la pena pretende hacer desistir al autor de un delito de cometer otros a futuro⁵³. Por último, las teorías eclécticas o unificadoras plantean que la prevención especial y la general deben figurar conjuntamente como fines de la pena (algunas posturas consideran que la mera

⁴⁸ ALCACER GIRAO, Rafael. ¿lesión de un bien jurídico o lesión del deber? Apuntes sobre el concepto material del delito. Atelier: Barcelona, 2003. p. 123.

⁴⁹ Cabe mencionar que nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia N° 000014-2006-PI/TC de 19 de enero de 2007. (Fundamentos 12 y 13) ya se ha pronunciado sobre los fines que cumple el Derecho Penal en un Estado Constitucional de Derecho y ha descartado la validez de las teorías absolutas de la retribución. Así, en su oportunidad, el Tribunal sostuvo lo que sigue:

“(...) Este Colegiado ya ha descartado que se conciba a la retribución absoluta como el fin de la pena. Ello, desde luego, no significa que se desconozca que toda sanción punitiva lleva consigo un elemento retributivo. Lo que ocurre es que la pretensión de que ésta agote toda su virtualidad en generar un mal en el penado, convierte a éste en objeto de la política criminal del Estado, negando su condición de persona humana, y, consecuentemente, incurriendo en un acto tan o más execrable que la propia conducta del delincuente.

Sin embargo, las teorías preventivas, tanto la especial como la general, gozan de protección constitucional directa, en tanto y en cuanto, según se verá, sus objetivos resultan acordes con el principio-derecho de dignidad”

⁵⁰ Cfr. ROXIN, Claus. op. cit. p. 85-99.

⁵¹ Cfr. ROXIN, Claus. op. cit. p. 92 y MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Reppertor: Barcelona, 2004. p. 92.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ Cfr. ROXIN, Claus. op. cit. p. 85 y MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. op. cit. p. 94.

“retribución” también se inserta en esta teoría), dado que ellas son útiles para la evitación de hechos delictivos⁵⁴.

Si bien se sostiene que, en la actualidad, la teoría ecléctica o unificadora ha sido la que ha imperado en la doctrina penal⁵⁵, a efectos de nuestro análisis en el presente capítulo - sin pretender entrar en el interesante y vasto debate que hay sobre el particular-, basta con señalar que, desde nuestro punto de vista, el Derecho Penal se legitima en tanto tienda a prevenir delitos para proteger limitadamente bienes jurídicos.

Por otro lado, a nuestro juicio, **las finalidades preventivas antes mencionadas van de la mano con las finalidades garantistas de la pena (principios de legalidad, proporcionalidad, lesividad y culpabilidad), las cuales se convierten en auténticas finalidades del Derecho Penal**⁵⁶. Estos fines, a diferencia de lo que sucede con los fines preventivos, propugnan por una reducción de la intervención punitiva del Estado⁵⁷, esto es, reducen la propia violencia del Estado contra los individuos que delinquen.

En este sentido, dentro del principio-fin de proporcionalidad penal se encuentra el subprincipio de necesidad (*ultima ratio*), según el cual la intervención penal será legítima siempre que se acredite que no existe otra alternativa de tipificación que sea igualmente idónea para proteger el bien jurídico y al mismo tiempo menos lesiva para el derecho fundamental afectado con la punición (libertad ambulatoria por ejemplo)⁵⁸. Es decir, dentro de este subprincipio se ubicaría también lo que la doctrina penal denomina “principio de fragmentariedad”, según el cual el Derecho Penal sólo intervendrá frente a los ataques más lesivos contra el bien jurídico protegido. **El Derecho Penal, por tanto, detenta una finalidad de protección fragmentaria de los bienes jurídicos.**

⁵⁴ Cfr. ROXIN, Claus. op. cit. p. 95 y MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. op. cit. p. 97 y ss.

⁵⁵ Así lo afirma SILVA SANCHEZ, Jesús María. op. cit. p. 201. En el contexto nacional, esta afirmación también la formula VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal. Parte General. Grijley: Lima, 2006. p. 68 para quien la doctrina ecléctica o unificadora es la imperante en la doctrina nacional.

⁵⁶ Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús María. op. cit. p. 217.

⁵⁷ Igualmente el Tribunal Constitucional en la sentencia N° 000012-PI/TC de 15 de diciembre de 2006. Fundamento 16.

⁵⁸ Cfr. LOPERA MEZA, Gloria Patricia. Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. EN: Jueces para la democracia. N° 53. 2005. p. 42.

Dicho lo anterior podemos afirmar que el Derecho Penal interviene en las conductas que se enmarcan en el funcionamiento de la administración pública, en tanto pretende proteger, mediante efectos preventivos, un bien jurídico-penal (que aún no hemos delimitado) frente a los ataques más graves en su contra.

3.2.2. **La incriminación de delitos contra la administración pública en la Constitución**

Aun cuando no existe un mandato constitucional expreso y específico de criminalización de conductas que atenten contra el funcionamiento de la administración pública, **existen preceptos en la Constitución a partir de los cuales se puede interpretar que el legislador tiene el deber de reprimir penalmente ciertas conductas que afectan el correcto funcionamiento de la administración pública.** Así, el artículo 41° de la Constitución establece lo siguiente:

“Artículo 41°. Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condiciones que señala la ley.

Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial.

La ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública.

El plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado.”

En cuanto al segundo párrafo del artículo citado, se observa que la norma constitucional presupone la existencia de un delito contra la administración pública, cual es el enriquecimiento ilícito (Art. 401° CP), por lo que el legislador no podría eliminar o dejar de tipificar el mismo. En este caso, la propia Constitución es la que obliga al legislador tipificar este delito.

Asimismo, el párrafo cuarto del citado artículo establece la dúplica del plazo de prescripción para los delitos cometidos por funcionarios públicos contra el patrimonio estatal. Conforme lo ha interpretado la jurisprudencia nacional vinculante, se trata

de delitos cometidos por funcionarios públicos, pero que tienen que ver con la lesión al correcto funcionamiento de la administración pública, es decir, delitos funcionariales⁵⁹.

Si bien no todo delito funcional supone un atentado contra el patrimonio del Estado⁶⁰, algunos de ellos como el peculado sí lo hacen, por lo que también se deduce de este precepto que existe un mandato al legislador de incriminar penalmente ciertos atentados contra la administración pública. A nuestro juicio, la Constitución exige una duplicación del plazo de prescripción porque asume que deben existir delitos contra la administración pública, algunos de los cuales lesionan el patrimonio estatal.

3.3.Sobre el bien jurídico-penal protegido en los delitos contra la administración pública

Como ya se señaló anteriormente, los bienes jurídicos son aquellos que el Derecho Penal debe o pretende proteger en última instancia⁶¹. La protección de bienes jurídicos legitima la intervención del Derecho Penal; sin embargo, para establecer qué función cumple el bien jurídico en la sistemática penal es necesario, primero, darle contenido a dicho concepto.

Aun cuando -como bien señala Schunemann-, en la actualidad, no ha quedado del todo claro y no ha habido consenso doctrinal sobre el concepto de bien jurídico⁶², la doctrina penal suele identificar dos vertientes teóricas para definir el bien jurídico: las **“teorías personalistas”** y las **“teorías del daño social”** o **“teorías funcionalistas”**. Según las primeras, el bien jurídico vendría definido por su carácter personalista; es decir, se dota de prioridad valorativa a la persona y su esfera de intereses, contraponiéndolos de manera absoluta con los intereses supra personales tendientes a cumplir alguna función social⁶³. De otro lado, la teoría del daño social o funcional aprecia al bien jurídico desde una dimensión social, de tal manera que él representa las condiciones necesarias para la conservación de un orden social⁶⁴.

⁵⁹ Ver al respecto el Acuerdo Plenario de la Corte Suprema de Justicia N° 1-2020/CJ-116 de 16 de noviembre de 2010 (fundamento 15°).

⁶⁰ Ver al respecto el Acuerdo Plenario de la Corte Suprema de Justicia N° 1-2020/CJ-116 de 16 de noviembre de 2010 (fundamento 14°).

⁶¹ Cfr. ALCACER GIRAO, Rafael. p. 126.

⁶² Cfr. SCHUNEMANN, Bernd. ¡El derecho Penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos! Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2007. Pág. 17.

⁶³ Cfr. ALCACER GIRAO, Rafael. Op. cit. p. 72

⁶⁴ Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús María. op. cit. pp. 268-269.

En nuestra opinión, **el concepto de bien jurídico-penal deberá contener tanto el aspecto ontológico-subjetivo referente al individuo y a la protección y garantía de sus derechos humanos, como el aspecto normativo-objetivo referente a las valoraciones sociales y a los fines preventivos del Derecho Penal.** El bien jurídico, entonces, es un “objeto valorado”, supone una realidad social valorada y regulada por normas jurídicas⁶⁵. Del mismo modo, dicho bien jurídico (vida, integridad, libertad ambulatoria, etc.) es apreciado en tanto cumple una función social, es decir en tanto posibilita la participación igualitaria en sociedad. Luego, no es la vida como concepto estático lo que se pretende garantizar, sino que su existencia misma depende de su utilidad para las relaciones sociales⁶⁶.

Es decir, aquello que legitima, a fin de cuentas, la intervención penal es la propensión a la satisfacción de necesidades de la persona humana en un contexto social⁶⁷. Desde mi punto de vista, **aquello que merece la intervención penal sólo se justifica en cuanto maximice la dignidad humana y su libre desarrollo en sociedad.** Para esto se tendrá que atender, tanto a los efectos preventivos generales del Derecho Penal, como a los fines garantistas que limitan la intervención punitiva del Derecho Penal.

Esta combinación del componente subjetivo (personal) y objetivo (dañosidad social) del bien jurídico, también, parece haber sido la concepción adoptada por nuestro Tribunal Constitucional cuando en su oportunidad sostuvo lo siguiente:

“Si bien en la identificación de los niveles de protección de los bienes constitucionalmente relevantes es importante evaluar la dañosidad social de las conductas que pongan en peligro o afecten tales bienes, también lo es evaluar, dentro de esta dañosidad social, que el objeto de esta protección penal exprese necesariamente las posibilidades de libre desarrollo del individuo mediante suparticipación en la sociedad”⁶⁸.

⁶⁵ Cfr. ALCACER GIRAO, Rafael. Op. cit. p. 88.

⁶⁶ *Ibid.* p. 90.

⁶⁷ Comparte esta posición MIR PUIG, Santiago. Límites del normativismo en el derecho penal. En: Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Legis: Bogotá, 2008. p. 380.

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 00012-2006-PI/TC de 15 de diciembre de 2006. Fundamento 30°.

Ahora bien, la aproximación a la identificación del bien jurídico protegido en un delito nos es útil para nuestra construcción dogmática, pues nos sirve para llevar a cabo una hermenéutica de las dos modalidades delictivas reguladas en el Art. 387° CP. La determinación del objeto de protección del tipo penal es esencial para realizar la denominada “interpretación teleológica” que nos permita entender al tipo más allá de la apreciación de su tenor literal o gramatical⁶⁹. En el presente estudio, la delimitación del bien jurídico común protegido por los delitos del Art. 387° CP nos servirá, en específico, para apreciar cómo se lesiona o pone en peligro mediante la modalidad delictiva especial de “administración desleal del patrimonio público”.

3.3.1. Acerca de los bienes jurídicos colectivos

Luego de haber expuesto nuestra posición respecto de la concepción del Derecho Penal y su legitimidad en un Estado social y constitucional de Derecho, y de lo que entendemos por bien jurídico-penal protegido, ahora, es oportuno enfocar nuestro análisis en el objeto de protección de los llamados “delitos contra la administración pública”. Para ello, creemos que es necesario abordar el análisis de los “bienes jurídicos colectivo”, que son la clase de bienes jurídicos que desde nuestro punto de vista están en juego en estos delitos.

Al respecto, la doctrina penal ha distinguido dos vertientes teóricas respecto del entendimiento de los bienes jurídicos colectivos: la **“teoría monista”** y la **“teoría dualista”**.

a) Teoría monista

Esta teoría propugna por una supresión de la bifurcación dogmática entre bienes jurídicos individuales y colectivos, puesto que únicamente los primeros serían bienes jurídicos penalmente protegibles⁷⁰.

Dentro de la teoría monista se han reconocido en doctrina dos posturas: la teoría monista personalista y la teoría monista social o estatal⁷¹. **Según la teoría monista**

⁶⁹Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. op. cit. p. 166; y MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. op. cit. p. 169.

⁷⁰ Según MAYO CALDERÓN, Belén. Derecho Penal y Tutela de bienes jurídicos colectivos. Revista Peruana de Ciencias Penales. N° 17. 2005. pp. 300-312, aquí se ubican autores como Rodríguez Montañez, Mata Martín, Kindhäuser, etc.

personalista, solamente los intereses y libertades individuales son merecedores de protección penal, mientras que los bienes colectivos pasarían a tener una jerarquía inferior a ellos debido a su carácter derivativo⁷². Partidario de dicha tesis es Hassemmer, quien, como representante de la “escuela de Frankfurt”, propuso crear un “Derecho de intervención” distinto al Derecho Penal -reservado para protección de bienes jurídicos individuales- para proteger a los bienes jurídicos de naturaleza colectiva⁷³.

Dentro de la teoría monista, también, se encuentra la teoría social estatal, según la cual el objeto de protección penal se relaciona directamente con la satisfacción de necesidades de la colectividad antes que las del individuo. Es decir, los bienes jurídicos colectivos al igual que los bienes jurídicos individuales, pretenden evitar lesiones a un orden social establecido⁷⁴.

b) Teoría dualista

Esta teoría, en contraposición a la teoría monista, distingue a los bienes jurídicos individuales de los bienes jurídicos colectivos⁷⁵. En esta medida, se elimina entre estos dos tipos de bienes jurídicos toda relación derivativa u orden jerárquico⁷⁷.

Esta teoría fue inicialmente formulada por Tiedemann, para **quien los bienes jurídicos colectivos tienen su fundamento en la evolución del sistema de relaciones sociales, generando el surgimiento de diversos intereses no centrados en la persona individualmente considerada, sino en el colectivo social (economía, mercado, etc.)**⁷⁸. Los bienes colectivos, por tanto, buscarían proteger ya no relaciones sociales

⁷¹ Esta diferenciación es evidenciada por SOTO NAVARRO, Susana. La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna. Comares: Granada, 2003. pp. 233-239.

⁷² Cfr. SOTO NAVARRO, Susana. op. cit. p. 236.

⁷³ *Ibíd.* p. 237.

⁷⁴ *Ibíd.* 239.

⁷⁵ Cfr. ABANTO VASQUEZ, Manuel A. Acerca de la teoría de los bienes jurídicos. Revista Penal, N° 1 (2006), España. En:

<http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/283/273>. Visitado el 25 de setiembre de 2012. p. 6.

⁷⁶ Según MAYO CALDERON, Belén. loc. cit. aquí se reconocen autores como Tiedemann, Soto Navarro, Bustos Ramírez, Martínez Buján, entre otros.

⁷⁷ Cfr. SOTO NAVARRO, Susana. op. cit. p. 241.

⁷⁸ *Ibíd.*

esenciales o básicas dentro del sistema, sino relaciones sociales referidas al propio funcionamiento del sistema social⁷⁹.

De acuerdo a los partidarios de esta teoría dualista, no es que se olvide la dimensión individual de la protección penal, sino que la misma, en todo caso, pasará a ser una *ratio legis* de la punición. Sobre este punto, nos parece razonable la postura adoptada por Soto Navarro, quien sostiene que más que una relación de jerarquía o derivativa ente bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos colectivos, lo que existe es una relación de dependencia recíproca entre ambos⁸⁰.

c) Toma de postura

En primer lugar, **en cuanto a la teoría monista personalista, se podría criticar a la misma que confunde dos planos de análisis distintos**, ya que, por un lado, están los intereses y bienes individuales de la persona que, como se explicó anteriormente, siempre serán el fin último de protección de toda norma penal, y por otro lado, están los bienes jurídico-penales colectivos propiamente dichos que son objeto de lesión o puesta en peligro. Como señala Soto Navarro, “(...) *la concepción personalista del bien jurídico en su postulado básico no aporta nada nuevo, puesto que nadie discute que el individuo sea el referente último de toda intervención penal (...)*”⁸¹. Una cosa es que el correcto funcionamiento de la administración pública tenga su fundamento último en la satisfacción de necesidades e intereses individuales, y otra distinta es que dichos intereses o necesidades sean el criterio rector para determinar el desvalor de resultado del delito o el carácter individual colectivo del bien jurídico.

Por otro lado, la crítica que se ha formulado a la teoría monista social o estatal es que, en principio, es una teoría que habría sido avalada por el nacionalsocialismo alemán de la “Escuela penal de Kiel” y que daría lugar a una instrumentalización del individuo al servicio de la colectividad⁸². En efecto, teniendo como referente el modelo de Estado Social y Constitucional de Derecho, no se debería caer en una concepción colectivista

⁷⁹ Cfr. BUSTOS RAMIREZ, Juan. Los bienes jurídicos colectivos. En: Obras completas. Tomo II. Ara Editores: Lima, 2004. op. cit. p. 188.

⁸⁰ Cfr. SOTO NAVARRO, Susana. p. 199.

⁸¹ *Ibíd.* p.238.

⁸² *Ibíd.*

pura del bien jurídico que olvide la dimensión individual de la persona humana como fundamento del ordenamiento jurídico.

A nuestro juicio, la teoría dualista es la que propone un entendimiento del bien jurídico colectivo e individual adecuado. **En nuestra opinión, la distinción entre bienes jurídicos individuales y colectivos responde a su distinta función social.** En contraste con los bienes jurídicos individuales, los bienes jurídicos colectivos son aquellos que tienen la función primordial de ser aprovechados por la sociedad en su conjunto. Es decir, ninguna persona puede ser excluida del aprovechamiento del bien jurídico y su aprovechamiento individual no impide ni obstaculiza el aprovechamiento por parte de otros⁸³. Asimismo, los bienes jurídicos colectivos no pueden dividirse conceptual, fáctica o jurídicamente y atribuir individualmente en porciones⁸⁴. Desde luego, no puede decirse que cada persona disfruta de una parte de la “correcta gestión del patrimonio público”, sino que toda la sociedad en abstracto aprovecha de la totalidad de dicho bien jurídico.

3.3.2. Clasificación de los bienes jurídicos colectivos

La doctrina penal ha realizado una clasificación de los bienes jurídicos de naturaleza colectiva. Así, el Prof. Bustos Ramírez identifica dentro de esta categoría a los bienes jurídicos institucionales, los colectivos (propriamente dichos) y los de control⁸⁵.

En primer lugar, los bienes jurídicos institucionales son aquellos referidos a la preservación de determinadas instituciones básicas (procedimientos de solución de conflictos) para el funcionamiento del sistema (administración de justicia, administración pública, etc.). Por su parte, los bienes jurídicos colectivos son aquellos que se refieren a la satisfacción de necesidades de carácter macro social y/o macro económico (salud pública p. ej.). Por último, los bienes jurídicos de control son aquellos referidos a la propia organización del aparato estatal, para que éste pueda cumplir con su función de control social (seguridad interior y exterior)⁸⁶.

⁸³ *Ibíd.* p. 244.

⁸⁴ *Ibíd.*

⁸⁵ Cfr. BUSTOS RAMIREZ, Juan. Los bienes jurídicos colectivos. *op. cit.* p. 192.

⁸⁶ *Ibíd.* p. 193.

Al respecto, debe tenerse presente que los bienes jurídicos institucionales -que son los que nos interesa analizar principalmente para nuestra investigación-no protegen a las instituciones como tales de manera aislada de los intereses sociales, sino que -como bien ha reconocido Bustos- están al servicio de los denominados bienes jurídicos colectivos (en estricto), esto es, los referidos a la satisfacción de necesidades de carácter social y/o económico. Los bienes jurídicos institucionales aseguran, mediante procedimientos formalizados (instituciones) el ejercicio efectivo de los derechos e interrelaciones de la personas⁸⁷.

En esta medida, **los delitos funcionariales no protegen a la Administración como institución en sí misma, sino a la función pública que ella cumple para satisfacer las necesidades sociales.** Precisamente, continuación explicaremos el contenido del bien jurídico colectivo de naturaleza “institucional” que protegen los delitos contra la administración pública.

3.3.3. Delimitación del bien jurídico protegido en los delitos de administración pública.

Los delitos contra la administración pública protegen un bien jurídico institucional denominado “correcto funcionamiento de la administración pública”. La administración pública se protege penalmente en tanto “función administrativa” que resulta indispensable para el funcionamiento del sistema social. Como se adelantó, aquí no se protege a los órganos administrativos como tales, sino a la función pública que supone vías procedimentales de actuación administrativa (instituciones) para que todos y cada uno de los miembros de la sociedad puedan resolver sus conflictos sociales o efectivizar sus intereses⁸⁸.

Sobre el particular, es necesario hacer notar características comunes en todos los delitos contra la administración pública, pues consideramos que todos ellos guardan un mismo fundamento de legitimación. **Y es que lo característico de esta clase de delitos es la infracción de deberes jurídicos propios de la condición de funcionario estatal y el abuso de poderes públicos que deben ejercitar los funcionarios de la**

⁸⁷ Cfr. BUSTOS RAMIREZ, Juan. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Ariel: Barcelona, 1991. 365 y 366.

⁸⁸ *Ibíd.* p. 366.

Administración⁸⁹. Es decir, todo delito funcional supondría un abuso de las competencias que la función pública otorga al funcionario, lo cual si se reproduce de manera masiva perjudicaría el correcto funcionamiento de la administración pública.

Conforme explicaremos con más detenimiento posteriormente, consideramos que el “correcto funcionamiento de la administración pública” es un “bien jurídico general” en los delitos funcionariales (o *ratio legis* desde nuestro punto de vista) que, luego, es concretizado en cada figura delictiva, constituyéndose, así, el auténtico “bien jurídico específico” del delito funcional respectivo. Desde nuestro punto de vista, la identificación del bien jurídico general es una tarea útil, pues, además de ayudar al mejor entendimiento y sistematización político-criminal de estos delitos, puede tener consecuencias prácticas a la hora de determinar concretamente la pena cuando se comete algún específico delito contra la administración pública⁹⁰. Sobre esto abundaremos más adelante.

En efecto, para dar un panorama de la problemática planteada sobre este punto, se ha reconocido en la doctrina penal principalmente cuatro teorías en cuanto al objeto de protección en los delitos contra la administración pública: **a) la teoría del quebrantamiento de las expectativas en la administración pública b) la teoría protección de la fidelidad al Estado (deber del cargo), c) la teoría de la buena imagen, dignidad o prestigio de la administración pública y d) la teoría del correcto funcionamiento o la funcionalidad de la administración pública.**

a) Teoría del quebrantamiento de las expectativas en la administración pública

Respecto de la teoría del quebrantamiento de expectativas en la administración pública, habría que señalar, primero, que la misma no reconoce como objeto de tutela a un bien jurídico conforme lo hemos definido precedentemente. Esta teoría, cuyo máximo exponente es el Prof. Jakobs, tiene como presupuesto que el Derecho Penal no protege bienes jurídicos, sino las expectativas normativas de la

⁸⁹ Cfr. VASQUEZ-PORTOMENÉ SEIJAS, Fernando. op. cit. p. 349.

⁹⁰ Cfr. MARTINEZ-BUJAN PEREZ, Carlos. Derecho Penal económico y de la empresa. Parte General. Tirant lo Blanch: Valencia, 2007. p. 163.

sociedad⁹¹. En este sentido, **el objeto de prohibición de los delitos contra la administración pública sería la decepción de la expectativa de que una “institución” básica de la sociedad, como lo es el “deber de velar por la sujeción a la ley de aquellos que están vinculados a la administración pública”, funcione adecuadamente**⁹². Es decir, en esta lógica, los delitos contra la administración pública, en tanto “delitos de infracción de deber”⁹³, se centrarían en asegurar las expectativas sociales de que los funcionarios cumplan con su deber de observar las normas estatales para una correcta administración de las funciones públicas⁹⁴.

b) Teoría de la protección de la fidelidad al Estado (deber del cargo)

La teoría que plantea que la tutela penal en los delitos contra la administración pública recae sobre la fidelidad al Estado o el deber de funcionario en su cargo público fue originalmente formulada en Alemania⁹⁵. Según esta teoría, el injusto de los delitos de funcionarios se fundamenta en la infracción de un deber específico de la función pública⁹⁶, de tal manera que la conducta ilícita del funcionario, considerado como sometido a la estructura estatal, quiebra la confianza depositada en él. Es decir, considera a los delitos funcionariales como una traición, una deslealtad en contra del Estado y su estructura. **Lo que plantea esta teoría es reducir el fundamento de punición de estos delitos a un incumplimiento de los deberes administrativos que se le imponen en el ejercicio del cargo, es decir, se tiene una lectura formal del bien jurídico protegido.** Es por ello que algunos autores como Rodríguez Muñoz, Jaso Roldán y Rodríguez Devesa, en España, señalan que los delitos funcionariales son en puridad infracciones administrativas elevadas a la categoría de delitos⁹⁷.

⁹¹ Nos remitimos en este punto a lo señalado supra respecto a la teoría de la pena formulada por el Prof. Günther Jakobs.

⁹² Cfr. JAKOBS, Günther citado por VASQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. op. cit. p. 35.

⁹³ Cfr. JAKOBS, Günther. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Marcial Pons: Madrid, 1997. p. 266 y 267 para quien los delitos de infracción de deber se fundamentan en la existencia de instituciones positivas que crean un estatus especial en el autor, imponiéndole deberes especiales de actuación.

⁹⁴ Cfr. CARO JOHN, José Antonio. Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber. En: Anuario de Derecho Penal. Asociación Peruana de Derecho Penal, 2003. p. 60, 61 y 65.

⁹⁵ Según CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. op. cit. p. 92. Aquí se ubican autores notables como Binding, Merkel, Mezger y Welzel.

⁹⁶ Cfr. DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. Sentido y límites de la sanción penal de conductas de corrupción pública. En: Delitos contra la administración pública. Luis Miguel Reyna Alfaro (director). Jurista Editores: Lima, 2009. p. 45.

⁹⁷ Así lo hace notar CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. op. cit. p. 93.

c) Teoría de la buena imagen, dignidad o prestigio de la administración pública

Esta postura plantea considerar al prestigio, dignidad o buena imagen de la administración pública como el bien jurídico genérico protegido por estos delitos. **El comportamiento irregular del funcionario público constituiría, entonces, un atentado contra el prestigio que toda la administración pública debería tener de cara a sus administrados**⁹⁸.

En esta lógica, los delitos funcionariales deben ser perseguidos sancionados en tanto que enlodan la reputación de la Administración frente a la población. La razón o fundamento de la protección penal, entonces, no se ubica en la fuente del prestigio o buena imagen de la Administración (el correcto desempeño del cargo público), sino al prestigio, dignidad o buena imagen en sí⁹⁹.

d) Teoría del correcto funcionamiento o la funcionalidad de la administración pública

Por último, la doctrina mayoritaria actualmente viene siendo partidaria de la teoría del correcto funcionamiento o funcionalidad de la administración pública como bien jurídico penal genérico tutelado por los delitos funcionariales. **Según esta teoría, lo que se tutela es la función o tarea constitucional de la Administración Pública que consiste en servir con eficacia, coordinación, imparcialidad, jerarquía y objetividad, o legalidad -como concepto envolvente de los anteriores principios- a los intereses sociales generales**¹⁰⁰-. Es decir, se entiende a la administración pública como un bien jurídico de tipo funcional y no estático. Se protege a la administración pública, no porque esta merezca ello *per se* por su propia existencia, sino porque cumple determinados fines sociales amparados por la Constitución. En puridad, estamos ante la protección penal de la “función pública”¹⁰¹¹⁰².

⁹⁸ Cfr. ASUA BATARRITA, Adela. op. cit. pp. 20-22.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ Esta opinión es la síntesis de la posición de FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Español de 1995: Consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas. Revista Peruana de Ciencias Penales. N° 7/8. p. 700 y DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. op. cit. p. 50.

¹⁰¹ Cfr. FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. loc. cit. y RODRIGUEZ LOPEZ, Pedro y SOBRINO MARTINEZ, Ana. loc. cit.

¹⁰² Esta consideración también se condice con lo señalado por el Tribunal Constitucional en su sentencia N° 00017-2011-AI/TC de 3 de mayo de 2012 (fundamento 15°), en donde el Tribunal sostuvo que la protección penal del correcto desempeño de la función pública venía reforzado constitucionalmente.

Cabe notar que, esta posición sobre el bien jurídico protegido en estos delitos, también, ha sido la recogida por el Tribunal Supremo español en su sentencia de 10 de julio de 1995, en donde se señaló que “(...) *el bien jurídico protegido es el recto y normal funcionamiento de la administración, con sujeción al sistema de valores instaurado en la C.E y en consideración a los artículos 103 y 106 que sirven de punto de partida para cualquier actividad administrativa*”¹⁰³.

e) Toma de postura

A nuestro juicio, en primer lugar, no se puede compartir la teoría del quebrantamiento de las expectativas en la administración pública, puesto que como ya se dijo anteriormente, el Derecho Penal no puede dejar de proteger principalmente bienes jurídicos; además, esta teoría olvida o infravalora el aspecto social de la administración pública, centrandolo en el objeto de prohibición en los deberes funcionariales. Creemos que efectivamente existe una expectativa de los ciudadanos en que los funcionarios cumplan con sus deberes normativos; sin embargo, ello no puede ser el eje central del injusto en los delitos contra la administración pública. **Aquí, en semejanza a la teoría del “deber de cargo”, se relega la relación Estado-ciudadano para centrarse primordialmente en la relación funcionario-Estado. Como dijimos anteriormente, esto es incompatible con el modelo de Estado Social de Derecho del Perú.**

Por otro lado, respecto de la teoría de la fidelidad al Estado (deber del cargo), nosotros discrepamos de su propuesta en vista de las siguientes consideraciones: Primero, **la teoría del “deber del cargo” tendría tintes autoritarios incompatibles con el modelo de Estado social y democrático de Derecho**, puesto que se centraría exclusivamente en la relación funcionario público - Estado, postulando un Estado por encima de los intereses sociales e individuales y, por ende, dejando de lado la labor prestacional y social de la administración pública¹⁰⁴. Segundo, **un injusto penal no puede reducirse a un mero añadido a la infracción administrativa**. Lo que se plantearía aquí es una accesoria administrativa absoluta del Derecho Penal, vaciando de contenido material propio al bien jurídico-penal protegido e imposibilitando la

¹⁰³ Sentencia del Tribunal Supremo N° 798/1995.

¹⁰⁴ Cfr. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Corrupción y delitos contra la administración pública. En: La corrupción, aspectos jurídicos y económicos. Eduardo Fabián Caparrós (coordinador). Ratio Legis: Salamanca, 2000. p. 69.

limitación de la intervención penal¹⁰⁵. Por último, la teoría de la mera infracción del deber no podría explicar suficientemente la presencia de delitos encuadrados en la sistemática de los delitos contra la administración pública que tienen como sujetos activos a particulares no funcionarios públicos, pero que contribuyen a afectar la prestación de funciones públicas objetivamente consideradas (cohecho activo y tráfico de influencias por ejemplo)¹⁰⁶.

En lo concerniente a la teoría del prestigio, buena imagen o dignidad de la administración pública, a nuestro juicio, la misma no puede ser compartida, puesto que desatiende el rol de los órganos estatales al servicio del ciudadano. **Esta teoría es inaceptable en un Estado social y democrático de Derecho, ya que ofrece una visión autoritaria de la Administración, considerándola como fin en sí misma**¹⁰⁷. Asimismo, la utilización de términos como “el prestigio” o “la dignidad” no esclarecen el objeto de protección, estos son criterios de concreción inseguros, genéricos y vagos que no ayudan a dilucidar qué clase de conductas merecen la intervención penal¹⁰⁸. Por último, el prestigio, la dignidad o la buena imagen no pueden ser objeto central de protección penal, pues ellos sólo debería ser consecuencia del verdadero objeto de protección, cual es el correcto funcionamiento de la administración pública. El sostener que se busca proteger per se el prestigio o buena imagen de la Administración podría justificar la impunidad de actuaciones irregulares en el ejercicio del cargo público que pasan inadvertidas a los ojos de la opinión pública.

En nuestra opinión, la teoría más acertada es la teoría del correcto funcionamiento o funcionalidad de la administración pública. En efecto, con esta definición del bien jurídico se toma en consideración primordialmente la relación existente entre administración estatal y ciudadano, reconociendo a este último como fundamento de la actividad prestacional de aquella. Esta posición también ha sido compartida por la Prof. Asua Batarrita, cuando señala que *“la materia necesitada de protección se refiere a la preservación de la forma de actuación de la Administración conforme a sus fines y en el sometimiento a aquellos principios que informan el*

¹⁰⁵ Cfr. DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. op. cit. p. 46.

¹⁰⁶ *Ibíd.* p. 48.

¹⁰⁷ Comparte esta crítica DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. op. cit. p. 49.

¹⁰⁸ Así, ASUA BATARRITA, Adela. op. cit. p. 22.

*procedimiento en la adopción de decisiones de su competencia*¹⁰⁹”. Así, la corrección de la administración pública se evalúa en el plano axiológico a partir de los principios constitucionales que informan la actuación administrativa y no en base a intereses propios de la administración como ente supraindividual.

Asimismo, compartimos la posición del Prof. De la Mata, cuando sostiene que **no sólo estamos ante un concepto objetivo (función pública) y no subjetivo (administración pública como estructura orgánica estatal) de la Administración, sino ante un concepto prestacional de esta, que exige delimitar su fines y atender a los principios que inspiran su actuación**¹¹⁰. Efectivamente, el reconducir el concepto penal de la administración pública a la función pública, nos obliga a desechar una concepción puramente formal de ella, que sólo atendería a la naturaleza del órgano estatal (judicial, ejecutivo, legislativo, etc.) dentro del cual se comete la irregularidad del funcionario¹¹¹.

3.4. Conceptualización de la función pública

Así pues, el concepto de administración pública debe ser reconducido al ejercicio de la función prestacional pública. Por ello, los delitos que atentan contra la administración pública -tal y como la hemos concebido- tienen como rasgo distintivo que se cometen en el ejercicio de la función pública¹¹². Sin embargo, ¿Qué se entiende por función pública? En la doctrina penal, existen diversas concepciones de la función pública: Primero, la concepción material teleológica; segundo, la concepción formal y; tercero, la concepción ecléctica o mixta.

La concepción material teleológica, señala que función pública es aquella función que tiene por finalidad el interés colectivo o el bien común¹¹³. Dentro de esta concepción se encuentran dos tesis: la estricta y la extensiva. Según la primera, función pública es la función que, siendo ejercida por un ente perteneciente a la estructura del Estado,

¹⁰⁹ *Ibíd.* p. 21.

¹¹⁰ Cfr. DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. *op. cit.* p. 50.

¹¹¹ Esta opinión es compartida por REVOLLO VARGAS, R. *Notas y consecuencias de una lectura constitucional del bien jurídico protegido en el T. XIX, L. II. del Código Penal español. Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. Volumen I. Universidad de Castilla-La Mancha/Universidad de Salamanca: Cuenca, 2001. p. 553.*

¹¹² Así lo afirma SOTO NAVARRO, Susana. *loc. cit.*

¹¹³ Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la administración pública.* Grijley: Lima, 2007. p. 25.

tiene por finalidad el bien común o el interés general colectivo, mientras que, la segunda, sostiene que siempre que se cumpla con una finalidad colectiva social, la función pública puede desempeñarla un ente privado o estatal (público)¹¹⁴.

Una concepción teleológica intermedia entre la estricta y la extensiva es la formulada por el Prof. Muñoz Conde, quien define la función pública como la función proyectada al interés colectivo o social y realizada por órganos estatales o instituciones que por delegación del Estado coopera a los fines de éste sin formar parte de su burocracia (órganos paraestatales)¹¹⁵. Es decir, no se limita a los entes que estén incorporados a la burocracia estatal, sino también aquellos entes que por delegación de este cumplen funciones sociales. Función pública, por tanto, también podría ser la ejercida por los concesionarios de ciertos servicios públicos especiales.

La concepción formal, por su parte, sostiene que función pública será aquella que es desempeñada por un ente que está sujeto a un régimen jurídico público de actividades. A esta posición se adscribe, por ejemplo, Queralt, quien sostiene que la función pública es aquella que es desempeñada por una entidad pública sometida al Derecho público; por tanto, si la entidad pública está sometida al Derecho privado, la función que lleve a cabo será siempre privada¹¹⁶.

A nuestro juicio las tesis formal y teleológica estricta no pueden ser compartidas, puesto que nuestro ordenamiento jurídico-penal, en virtud del inciso 3° y 4° del artículo 425° CP¹¹⁷ -que da presupuestos materiales para la definición de

¹¹⁴ *Ibíd.* p. 26.

¹¹⁵ Así lo afirma, OLAIZOLA NOGALES, Inés. Concepto de funcionario público a efectos penales. En: *Delitos contra la Administración Pública*. Adela Asua Batarrita (directora). Instituto Vasco de Administración Pública. Bilbao, 1997. p. 79.

¹¹⁶ *Ibíd.*

¹¹⁷ “Artículo 425. Funcionario o servidor público Son funcionarios o servidores públicos:

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

funcionario público- niega la posibilidad de avalar las mismas. Nótese que es importante tomar en cuenta la definición penal de funcionario público para conceptualizar a la “función pública”, porque para ser funcionario público a efectos penales es necesario cumplir dos requisitos: 1) incorporación heterónoma a la función pública y 2) posibilidad de participar en la “función pública”. Luego, la definición de “función pública” a efectos penales no puede ser más restrictiva que la definición penal de funcionario público, ya que todo funcionario público ejerce funciones públicas.

En efecto, según el inciso 3° del art. 425° CP, a efectos penales, para ser funcionario público no interesa la naturaleza jurídica del régimen bajo el que se halle el funcionario (privado o público), por lo que mal puede sostenerse que función pública es la que sólo se ejerce por entes regulados por el régimen de Derecho público (tesis formal). Asimismo, el inciso 4° del art. 425° CP establece que son considerados funcionarios públicos los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, por lo que se entiende que no es necesario que los mismos estén adscritos al aparato burocrático estatal (como sí lo exigen las tesis ecléctica y teleológica estricta).

Del mismo modo, **creemos que la tesis teleológica extensiva resulta demasiado amplia para definir a la “función pública”, pues permitiría abarcar a las actividades de diversas empresas privadas que cumplen una función prestacional importante en la sociedad (piénsese, por ejemplo, en algunos supermercados).** Si se siguiese esta teoría, se correría el riesgo de adjetivar como “público” una inmensa variedad de actividades que en la actualidad, debido al modelo de economía social del libre mercado, se encuentran en manos de privados.

Por ello es que -sin tratar de ser exhaustivos en esta problemática dogmático-penal- **creemos que la tesis más razonable es la tesis teleológica intermedia.** Esta tesis permitiría comprender, a efectos penales, como función pública a aquellas actividades que son realizadas por instituciones o empresas públicas adscritas al régimen de

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”

sociedades privadas o concesionarios privados que cumplen determinados servicios públicos especiales. En estos casos, como bien señala el Prof. Abanto Vásquez, no todos los que trabajen en estas sociedades privadas serán considerados funcionarios públicos a efectos penales, sino sólo aquellos que ejercen funciones públicas dentro de ellos, estos es, los administradores y directores de ellas¹¹⁸.

En este sentido, siguiendo al Prof. Abanto Vásquez, el concepto penal de “función pública” como aspecto central del bien jurídico protegido por los delitos contra la administración pública, desde nuestro punto de vista, incluiría las siguientes actividades: **las actividades tradicionales de la Administración estatal, los servicios públicos prestados de manera delegada por particulares no insertados en el aparato burocrático del Estado, y las actividades de entidades públicas bajo el régimen del sector privado**¹¹⁹.

En efecto, el concepto de bien jurídico-penal como “correcto desempeño de la función pública” o “correcto funcionamiento de la administración pública” es el que mejor se adecúa a la definición de bien jurídico-penal que hemos establecido anteriormente, toda vez que propone un concepto de administración pública o de función pública orientado a los valores de la Constitución y a la garantía de los derechos e interés de la persona humana mediante la recepción de servicios públicos por parte del Estado.

No cabe duda de que la función pública y su adecuado ejercicio son un interés o valor constitucionalmente protegido. Dicha protección penal, en este ámbito, se ve influido y reforzado por las normas constitucionales, toda vez que, si bien nuestra Constitución no ha reconocido explícitamente los principios que son parámetro de actuación de la administración pública- a comparación de la Constitución española¹²⁰ por ejemplo-, del artículo 39º de la Constitución se ha deducido el principio genérico de “buena administración” en la función pública.

¹¹⁸ Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano. Lima: Palestra, 2003. p. 31

¹¹⁹ *Ibíd.* p. 30 y 31.

¹²⁰ El artículo 103º numeral 1º de la Constitución española establece que “la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”.

3.5.El “correcto funcionamiento de la administración pública” como bien jurídico general o ratio legis

Ahora, una de las críticas que se le ha formulado a la teoría del “correcto funcionamiento de la administración pública” es que este concepto es una noción muy amplia y abstracta que no permitiría interpretar cabalmente cada tipo penal¹²¹. Desde nuestro punto de vista, dicha crítica sería infundada, puesto que lo que se identifica en el bien jurídico “correcto funcionamiento de la administración pública” es un **“bien jurídico general”** o **“bien jurídico mediato** “para todos los delitos contra la función pública, el cual sería útil para lo siguiente: i) entender las razones político-criminales que fundamentan o legitiman la intervención penal en el ámbito de la administración pública; ii) cumple una función de sistematización de todos los tipos penales funcionariales específicos; y iii) puede servir como criterio a tomar en cuenta para medir la gravedad del hecho y determinar la pena concreta, en la medida que el delito puede incidir mediatamente sobre el “correcto funcionamiento de la administración pública”, además de menoscabar el bien jurídico directamente protegido¹²².

Creemos que, como sostiene Martínez-Buján, **el bien jurídico mediato en puridad no sería propiamente un bien jurídico-penal-por lo menos no como tradicionalmente ha sido entendido por la doctrina penal-, sino una ratio legis o fundamento político-criminal de la incriminación**¹²³ que, en todo caso, es útil para categorizar grupo de delitos concretos así como para incidir en la determinación de la pena. No obstante, en nuestra opinión, el bien jurídico mediato no constituye el criterio de determinación del desvalor de resultado del injusto penal ni contribuye a realizar una función hermenéutica del tipo penal¹²⁴

De esta manera, el bien jurídico general o mediato “correcto funcionamiento de la administración pública” debe ser concretizado en un “bien jurídico específico”, dependiendo del determinado tipo penal que se analice. Conforme establece De la Mata Barranco, *“la alusión al correcto funcionamiento de la Administración, bien jurídico*

¹²¹ En este sentido, SOTO NAVARRO, Susana. p. 265

¹²² Cfr. MARTINEZ-BUJAN PEREZ, Carlos. op. cit. pp. 162 y 163.

¹²³ *Ibíd.* p. 158 y ss.

¹²⁴ El bien jurídico genérico no posibilitaría, entre otras cosas, la solución del concurso de delitos.

categorial o finalidad tuitiva común según diferentes terminologías, constituye una referencia genérica y poco indicativa del contenido sustancial del injusto (...)»¹²⁵

El núcleo del injusto de cada tipo penal funcional deberá concretarse a partir de las características esenciales de la actividad funcional administrativa de que se trate¹²⁶. **Este “bien jurídico específico”, “bien jurídico representante”, “bien jurídico inmediato”, “objeto de tutela” o “bien jurídico propiamente dicho” sería el que cumple la función interpretativa de cada tipo penal y sería el que es lesionado o puesto en peligro por la conducta típicamente antijurídica.**

Desde nuestro punto de vista, “el correcto funcionamiento de la administración pública” es el bien jurídico mediato protegido por todas las figuras de los delitos contra la administración pública. Dicho bien jurídico tiene naturaleza colectiva, como hemos explicado precedentemente, pero se concreta en un determinado objeto de tutela o bien jurídico inmediato o específico. Para el análisis que nos ocupa, el “correcto funcionamiento de la administración pública” es el bien jurídico mediato tutelado por los delitos del Art. 387° CP, mientras que “el patrimonio público en sentido funcional” o “la correcta gestión del patrimonio público” sería el bien jurídico inmediato o bien jurídico propiamente dicho. Esto último lo analizaremos con detalle en el próximo capítulo cuando nos detengamos a explicar el bien jurídico específico protegido por los delitos del Art. 387° CP.

Ahora bien, el bien jurídico mediato colectivo podrá tener como bien jurídico inmediato a uno de naturaleza individual o colectiva. En el presente caso, en semejanza con lo que sucede con en el delito de defraudación tributaria¹²⁷, el bien Jurídico inmediatamente protegido por los delitos del Art. 389° CP es uno de naturaleza colectiva, cual es el “patrimonio público”.

Ambos bienes jurídicos (mediato e inmediato o general y específico) tienen naturaleza colectiva, en tanto que, como hemos sostenido anteriormente, ambos cumplen una

¹²⁵ DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. op. cit. p. 52. Esta opinión también ha sido compartida por FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Español de 1995. op. cit. p. 702.

¹²⁶ Cfr. DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. loc. cit.

¹²⁷ Cfr. MARTINEZ-BUJAN PEREZ, Carlos. El bien jurídico en el delito de defraudación tributaria. En: Estudios Penales y Criminológicos, XVIII, 1995. pp. 163 y ss.

función social y son de titularidad social, sin posibilidad de ser divididos y atribuidos individualmente a cada persona. Sobre la naturaleza y función del “patrimonio público” como bien jurídico inmediato o específico del delito Art. 387° abundaremos en el siguiente capítulo.

3.6.El bien jurídico – penal protegido en el delito del Art. 387 CP.

A continuación, abordaremos el estudio de las distintas teorías que se han formulado para delimitar el objeto de protección en el delito de peculado o malversación de caudales públicos. El análisis del bien jurídico específico tutelado por esta figura penal será de suma utilidad para el estudio de la modalidad delictiva de administración desleal de patrimonio público –objeto central del presente trabajo-, puesto que, como se explicará más adelante, esta modalidad protege el mismo bien jurídico que el delito de peculado, pero frente a un tipo de conductas nocivas distintas a las apropiaciones de bienes.

En la doctrina se han planteado diferentes teorías respecto de cuál es el bien jurídico–penal protegido por el delito de peculado. Así, nosotros clasificaremos las diferentes posturas doctrinales sobre el particular en cuatro grandes grupos para, luego, tomar postura al respecto: primero, **la teoría de la infracción de deberes funcionariales específicos; segundo, las teorías patrimonialistas tradicionales; tercero, la teoría de la pluriofensividad; y, cuarto, la teoría patrimonialista funcionalista.**

a) Teoría de la infracción de deberes funcionariales específicos

Es de recordar aquí que, cuando explicábamos las distintas teorías referentes al concepto y naturaleza del bien jurídico genérico en los delitos contra la administración pública, había una tesis que identificaba el objeto de protección en los distintos deberes que los funcionarios públicos debían observar en el ejercicio de su cargo (teoría del “deber del cargo”). Esta tesis se condeciría con la teoría que postula que el bien jurídico específico protegido por el delito de peculado es la infracción de determinados deberes funcionales. Es decir, mientras que la finalidad tuitiva o fundamento de los delitos funcionariales es la observancia de los diversos deberes que rigen en la función pública, el delito de peculado protegería específicamente alguno de dichos deberes.

En esta lógica, en la doctrina española, Morales García ha sostenido que el deber específicamente tutelado por la malversación de caudales es el “**deber de eficacia**”¹²⁸. Según este autor, la malversación de caudales o efectos públicos se endereza a la protección del principio de eficacia, toda vez que a través de la apropiación de los medios financieros de la administración se impide a esta la consecución del fin para el cual fueron asignados¹²⁹. Según este autor, por eficacia se entendería a la satisfacción de un requisito funcional de la institución pública, esto es, la realización de un resultado final. De esta manera, la eficacia comprendería al principio de eficacia, el cual permitiría subsumir en el tipo de malversación aquellas actuaciones que obtienen un resultado, pero con un gasto del posible¹³⁰.

En la doctrina española también identificaremos en esta corriente a la postura de Suarez montes, quien sostiene que el núcleo del injusto en este delito lo constituye la “la infidelidad” en el manejo de acervo público; es decir, el incumplimiento o infracción de deberes concretos en la gestión del patrimonio¹³¹. Del mismo modo, Díaz Palos sostiene que la malversación se tutela la “probidad” y “fidelidad” a la función en el manejo de los caudales públicos o a ellos asimilados¹³². Según este autor el objeto de prestación sería, por tanto, la integridad o rectitud que los funcionarios públicos deben tener en el manejo de los fondos públicos.

De otro lado, en la doctrina colombiana se adhiere a esta corriente teórica Castro Cuenca¹³³, quien reconoce como bien jurídico- penal protegido por este delito al “**principio de eficacia**”. Según este autor, la observancia del deber de eficiencia en la actuación del funcionario público es contrastada a partir del examen de una pluralidad de exigencias según el punto de vista que se tome: desde una perspectiva temporal, se exige la agilidad en la toma de decisiones; desde una perspectiva material, se exige la satisfacción regular y continua de la necesidad pública mediante la prestación continua

¹²⁸ Así MORALES GARCIA, Oscar. Los delitos de malversación. Apropiación, utilización temporal y administración desleal de caudales públicos. Aranzadi Navarra, 1999. P. 92.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ *Ibid.* P. 1000.

¹³¹ Cfr. SUAREZ MONTES citado por DE LA MATA BARRANCO, Norberto y ETXEARRIA ZARRABEITIA, Xavier. Malversación y lesión del patrimonio público. Apropiación, distracción y desviación por funcionario de caudales públicos. Bosch: Barcelona, 1995. P. 65 y 66.

¹³² Cfr. DÍAZ PALOS citado por DE LA MATA BARRANCO. Norberto y ETXEARRIA ZARRABEITIA, Xavier. op. cit. p. 68.

¹³³ Cfr. CASTRO CUENCA, Carlos G. op. cit. pp. 116-119.

de prestación de servicios públicos; desde un punto de vista económico, se exige la eficiencia en el gasto de los recursos públicos; desde una perspectiva subjetiva, se exige la protección de la igualdad y de la uniformidad en el funcionamiento de la administración pública; por último, desde una perspectiva interinstitucional, se exige la coordinación interinstitucional y la ponderación de los intereses públicos encarnados por otras administraciones.

b) Teoría patrimonialistas tradicionales

En términos generales, los autores que se adscriben a esta tesis patrimonialista del bien jurídico-penal específico en el delito de peculado o malversación de caudales públicos consideran que lo que se tutela aquí es el patrimonio o acervo público. Se centra el análisis y la constatación de la lesividad de la conducta del funcionario en el menoscabo del acervo patrimonial del Estado.

Esta teoría ha sido formulada en razón de la existencia de algunos ordenamientos jurídicos, como el alemán, en el cual no existe un tipo penal autónomo de peculado, sino que se sanciona este tipo de conductas mediante los tipos comunes de apropiación indebida o gestión desleal de negocios ajenos¹³⁴. Es decir, **se concibe al peculado como un delito contra la propiedad pública en contraposición con la propiedad privada**. No obstante lo anterior, incluso respecto de los ordenamientos en los que se tipifica de manera independiente el delito de peculado, existen posiciones que conciben a este delito desde un punto de vista exclusivamente patrimonial.

Se señala que la tesis puramente patrimonialista del bien jurídico tendría, entre otras cosas, una justificación histórica, en tanto el delito de peculado o malversación tendría como antecedente el crimen de *peculatus o peculatus publicus* del Derecho romano. En dicha época se sancionaba con este delito a aquellos que hurtaban determinados bienes de especial relevancia¹³⁵. Es decir, lo único que interesaría destacar en el delito de peculado para diferenciarlo de un hurto, una apropiación indebida común, es la naturaleza pública del bien.

¹³⁴Cfr. ROCA AGAPITO, Luis. El delito de malversación de caudales públicos. Bosch: Barcelona, 1999.p.32.

¹³⁵Ibíd. p. 33 y 34.

c) Teoría de la pluriofensividad.

Según los partidarios de esta teoría, lo que se pretende tutelar con el delito de peculado es una pluralidad de bienes. Este delito detentaría una **doble naturaleza: la infracción de un deber de fidelidad del funcionario y el menoscabo del patrimonio público.**

Dentro de este grupo de autores podemos ubicar a Cuello Calón, quien, refiriéndose a los delitos de malversación de caudales en la legislación española, señala que en estos se reprimen, tanto el perjuicio económico, como el abuso de confianza depositado en el funcionario público¹³⁶. En la misma línea, Muñoz Conde considera que este delito constituye una infracción del deber de fidelidad e integridad que tiene el funcionario público para la Administración, pero, además, representa un ataque contra los intereses patrimoniales del Estado, dadas su naturaleza patrimonial evidente¹³⁷.

En la doctrina peruana, dentro de esta corriente dualista del bien jurídico se reconoce a Fidel Rojas. Según este autor, el peculado es un delito pluriofensivo que tiene como objeto de protección a) garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública, asegurando una correcta administración del patrimonio público, y b) evitar el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad¹³⁸.

Cabe señalar que esta posición doctrinal dualista del bien jurídico protegido en el delito de peculado o malversación ha sido recogida por nuestra Jurisprudencia nacional Vinculante en el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116 de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República de 30 de setiembre de 2005, el cual sostuvo lo siguiente:

“El bien jurídico [del delito de peculado] se desdobla en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico-penal: a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública y b) evitar el

¹³⁶Cfr. CUELLO CALÓN, Eugenio. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II. Vol. 1. Bosch: Barcelona, 1980.p. 450.

¹³⁷Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal. Parte Especial. Tirant lo Blanch: Valencia, 1990. p. 774.

¹³⁸Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel. op cit. p. 480.

*abuso del poder que se halla facultado al funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad*¹³⁹”

Por último, hay que agregar que también existen autores que reconocen más de dos bienes jurídicos o más de vertientes del bien jurídico protegido de este delito. Así, Ferrer Sama reconoce una naturaleza tripartita del bien jurídico del peculado, señalando que este está constituido por i) los deberes especiales del funcionario público, ii) los intereses de índole patrimonial del Estado, y iii) las propias entidades públicas¹⁴⁰.

d) Teoría patrimonialista funcionalista

A diferencia de lo que sostiene las tesis patrimonialistas tradicionales, la tesis patrimonialista en su vertiente funcional entiende que el peculado o malversación de caudales protege el **patrimonio o público en tanto sirve como instrumento para la consecución de los fines públicos asignados a la administración pública**. Desde una concepción “funcional” del patrimonio se centra el injusto penal en la “adecuada gestión del patrimonio público”¹⁴¹ para la consecución de los fines prestacionales de la administración pública. El patrimonio público es protegido penalmente en tanto sirve para la consecución de los fines prestacionales de la administración pública y dicha funcionalidad se encuentra objetiva y garantizada legalmente, a través de los procedimientos administrativos respectivos, con base a los intereses generales¹⁴².

Es decir, **la funcionalidad del patrimonio público se encuentra garantizado por los estándares administrativos de actuación funcional**, por lo que, en principio, cuando se violen dichos estándares se podrá verificar- aunque no necesariamente- la lesión al bien jurídico protegido.

En principio, “(...) *cualquier intervención susceptible de lesionar dicha funcionalidad, al margen de la existencia de un menoscabo cuantificable numéricamente, habrá de considerarse típica (...)*¹⁴³”, salvo que dicha intervención sea completamente inidónea para frustrar el cumplimiento de los fines asignadas a los concretos fondos públicos. Es por ello que la lesión o puesta en peligro del patrimonio público (desvalor de resultado)

¹³⁹Ver el fundamento 6° del Acuerdo.

¹⁴⁰Cfr. FERRER SAMA citado por DE LA MATA BBARRANCO, Norberto. op. cit. p. 55.

¹⁴¹Cfr. ROCA AGAPITO, Luis. op. cit. p. 162.

¹⁴²Cfr. DE LA MATA BARRANCO, Norberto y ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xavier. op. cit. 107.

¹⁴³Ibidem.

debe entenderse como **el menoscabo de la aptitud en el tiempo oportuno de los recursos públicos para cumplir los fines públicos legalmente prefijados**¹⁴⁴. El perjuicio patrimonial en el peculado, entonces, desde una óptica dinámica y funcional, está referido al perjuicio del potencial patrimonial de la Administración para el cumplimiento de sus fines¹⁴⁵. Si la actuación irregular del funcionario es completamente inidónea para generar este tipo de menoscabo, entonces no se configurara el injusto de peculado o malversación de caudales.

En el ámbito español, además del Prof. De la Mata, se adscriben a esta teoría patrimonialista funcional Rodríguez Devesa y Serrano García, quienes afirman que los delitos de malversación afectan el patrimonio público, entendido como los intereses patrimoniales del Estado, la provincia, el municipio y, en general, de los entes públicos¹⁴⁶. Dicho autor se remite a la confianza depositada en el funcionario público para diferenciar la malversación de la protección penal común del patrimonio privado. En el mismo sentido, Queralt Jiménez señala que lo particular del delito de malversación de caudales públicos es que se afecta a la hacienda pública en su vertiente de “gasto”. Según este autor, el legislador pretende asegurar que los bienes públicos sean administrados conforme a las finalidades legales establecidas¹⁴⁷.

En el contexto peruano el Prof. Abanto Vásquez parece también adherirse a esta corriente de pensamiento, toda vez que reconoce como objeto de protección en el peculado al patrimonio público entendido de manera “funcionarial”. En términos del autor, “(...) *el interés inmediatamente protegido (para algunos el bien jurídico) será solamente el patrimonio de la Administración Pública, pero un patrimonio con características especiales que lo hacen diferente de aquel del particular (...)*”¹⁴⁸. Es por ello que prefiere denominar el bien jurídico protegido en el peculado como “la correcta gestión y la utilización del patrimonio público por parte de la Administración Pública de cara a servir los intereses generales de la sociedad”¹⁴⁹

¹⁴⁴Ibídem.

¹⁴⁵Ibíd. 106.

¹⁴⁶Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GARCIA, Alfonso. Derecho Penal Español. Parte especial. Dykinson: Madrid, 1994. p. 1181.

¹⁴⁷Cfr. QUERALT JIMENEZ, Joan J. Derecho penal español. Parte Especial. Vol. II. Bosch: Barcelona, 1987. p.463.

¹⁴⁸ ABANTO VASQUEZ, Manuel A. Los delitos contra la administración pública en el Código penal peruano.op. cit. p. 333.

¹⁴⁹Ibídem.

e) Toma de postura

En primer lugar, respecto de la teoría de la infracción de deberes funcionariales específicos, desde nuestro punto de vista, esta tesis no puede ser compartida, puesto que, como bien apunta sector de la doctrina, **el injusto penal no puede reducirse a la mera infracción foral de determinados deberes administrativos funcionariales**¹⁵⁰. Si se suscribiera esta tesis se correría el riesgo de considerar a este delito y a los demás delitos funcionariales como “delitos de mera actividad”¹⁵¹, en tanto solo importaría apreciar la violación de determinados deberes funcionariales para considerar que el injusto penal se ha configurado. Así mismo, este planteamiento convertiría a estos delitos en delitos peligro abstracto¹⁵² que impediría dogmáticamente sancionar las conductas tentadas¹⁵³.

De otro lado, tampoco se puede compartir esta tesis, ya que la misma propondría un **enfoque de la función pública de corte autoritario**; es decir, se centraría en la relación funcionario público-Administración, dejando en un segundo plano secundario la relación con los cuidados receptores de los servicios públicos. Como se dijo, en un Estado Social de Derecho como el nuestro no sería adecuado concebir una Administración por encima de los intereses ciudadanos.

Así mismo, se puede criticar a este teoría el hecho de que utiliza términos muy vagos y amplios para definir el objeto de protección penal, lo cual dificulta la resolución de la problemática de los concursos. **Los términos “probidad”, “lealtad” o “fidelidad” resultan de poca ayuda para poder determinar en el caso concreto cuando se produjo una afectación del bien jurídico**. Dicha incertidumbre en la delimitación de los conceptos puede conllevar a un punitivismo inaceptable desde nuestra concepción de un Derecho Penal con finalidades garantistas además de preventivas¹⁵⁴.

¹⁵⁰Cfr. DE LA MATA BARRANCO, Norberto y ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xavier. op. cit. p. 72.

¹⁵¹Según BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Manual de Derecho Penal. Parte General. Temis: Santa Fe de Bogotá, 1996. P. 102 Y MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Op. cit. p. 172 en los delitos de mera actividad solo cabe apreciar la realización de la acción típica para apreciar el desvalor de resultado. Aunque este último autor señala que la conducta del autor tendrá que ser idónea *ex ante* para realizar el tipo.

¹⁵²Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. loc. cit.

¹⁵³Se sancionaría un peligro demasiado remoto (peligro de peligro).

¹⁵⁴ En la misma línea DE LA MATA BARRANCO, Norberto y ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xavier. Op. cit. p. 74.

Por otro lado, en cuanto a la teoría patrimonialista tradicional, en primer lugar, habría que mencionar **que los tipos penales de peculado no protegen específicamente la propiedad¹⁵⁵, sino el patrimonio en sentido lato¹⁵⁶**. el patrimonio es entendido de una manera más amplia que el derecho de propiedad, puesto que no solo protege al que tenía derecho de propiedad sobre un bien, sino aquel que de manera genérica detenta algún derecho real u personal (obligacional) sobre él. Dentro de este patrimonio en encuentran distintos valores patrimoniales que pueden verse afectados, tales como la propiedad, la posesión, el derecho de uso, etc.¹⁵⁷. Como se explicara más adelante, en el delito de peculado, la administración pública como sujeto pasivo del delito puede ser propietaria, como también poseedora o usufructuaria del objeto materia del delito.

En segundo lugar, en nuestro ordenamiento jurídico penal, como en el español, la tipificación del delito de peculado es independiente de los delitos comunes contra el patrimonio, por lo que no necesariamente aquel tendría que proteger solo la propiedad – como si sucede en los delitos patrimoniales comunes de hurto o apropiación indebida-, sino también otros derechos reales o personales que recaen sobre bienes integrantes del patrimonio público.

Desde nuestro punto de vista, el delito del Art. 387° CP se diferencian de los demás delitos patrimoniales comunes, fundamentalmente, porque exige en el **sujeto activo del delito una especial situación de accesibilidad para la vulneración del bien jurídico**. El patrimonio es protegido en los delitos del Art. 387° CP de frente a los ataques que proviene de funcionarios públicos que tienen deberes especiales de gestión respecto de él. El peculado no es un tipo penal agravado de hurto o apropiación ilícita solo por la especial calidad del sujeto activo o de los caudales, sino que fundamentalmente es un

¹⁵⁵Tradicionalmente se ha señalado que los delitos patrimoniales comunes, como el hurto por ejemplo, protegen la propiedad, entendida esta como la completa relación de señorío de la persona sobre determinada cosa, porque sujeto activo del delito nunca puede ser el dueño o propietario de la cosa [Cfr. BAJO FERNANDEZ, Miguel y otros. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Centro de Estudios Ramón Areces: Madrid, 1993. p. 64 y 65].

¹⁵⁶Cfr. CREUS, Carlos. Delitos contra la administración pública. Astrea: Buenos Aires p.311

¹⁵⁷Cfr. BAJO FERNANDEZ, Miguel y otros. op. cit. p. 265 y 266.

tipo penal autónomo caracterizado por la dependencia entre los caudales y el funcionario¹⁵⁸. Sobre este punto, Roca Agapito sostiene acertadamente lo siguiente:

*“esta especial relación entre el funcionario y los caudales es lo que dota a la malversación de una naturaleza no meramente patrimonialista, y lo que también justifica que se encuentre regulado dentro del Título de los delitos contra la administración pública. El que el ataque al patrimonio provenga del funcionario que específicamente tiene la obligación de custodiar y gestionar los caudales, hace que lo que se vea comprometido en este delito sea la correcta gestión de los fondos público”*¹⁵⁹.

En tercer lugar, la pretendida justificación histórica de esta posición doctrinal es desacertada, puesto que, como afirma Carrara, en el Derecho cesáreo prevaleció la consideración de la “fe traicionada” y de la “facilidad para delinquir” de ciertos sujetos como criterios para distinguir al hurto común del *peculatus*¹⁶⁰. Asimismo, posteriormente, la concepción de la “fe traicionada” fue recogida durante una parte de la Edad Media, en donde –en España- se exigía para la configuración del *peculatus* una condición o personal especial del sujeto activo –se hacía referencia al “despensero” del Rey-¹⁶¹.

En cuarto lugar, habría que señalar que esta concepción patrimonialista tradicional entiende el patrimonio público en sentido estático. Es decir, aquí se entiende al patrimonio público como si este solo pretendiera ser guardado a buen recaudo por su titular¹⁶². Cabe notar que actualmente el Estado no se comporta como cualquier agente económico que busca preponderantemente la obtención de ganancias. Nuestro actual modelo de Estado Social de Derecho¹⁶³ exige entender al patrimonio público en un sentido dinámico: esto es, la definición de patrimonio público debe abarcar dos aspectos: 1) su movilidad o carácter circulante y 2) su vinculación a los fines prestacionales de la administración pública¹⁶⁴.

¹⁵⁸Cfr. ETXEBARRIA ZARABEITIA, Xavier. Malversación de caudales públicos. En: Delitos contra la administración pública. ASUA BATARRITA, Adela (editora). Instituto Vasco de Administración Pública: Bilbao, 1997.p. 184.

¹⁵⁹Cfr. ROCA AGAPITO, Luis. op. cit. p. 162.

¹⁶⁰Cfr. CARRARA citado por ROCA AGAPITO, Luis. op. cit. p. 34.

¹⁶¹Cfr. ROCA AGAPITO, Luis. op. cit. p. 35.

¹⁶²Ibíd. p. 38.

¹⁶³Ver al respecto el capítulo 1 de la presente investigación.

¹⁶⁴Ibíd.

Respecto del primer aspecto mencionado, De La Mata y Etxebarria señalan que el patrimonio público “(...) *no es un patrimonio estáticamente calculable, sino que se define por el proceso de captación y gasto al que sus elementos concretos están sometidos a un flujo circulatorio constante*”¹⁶⁵. En este sentido y el que lo se refiere el segundo aspecto, el patrimonio público no puede ser concedido de la misma forma en la que es concedido el patrimonio privado, pues los fines que cumplen con distintos. **El patrimonio público está protegido solo como la base material de la función política prestacional del Estado.**

Por último, que si bien el objeto de protección de los delitos del Art. 387° CP es el patrimonio público, su identificación requiere necesariamente una justificación especial –desde nuestro punto de vista, se requiere una justificación funcional-, de la manera que se le puede distinguir de las definiciones que tradicionalmente se han planteado para el patrimonio privado.

No creemos que el patrimonio público pueda ser simplemente entendido desde una concepción mixta jurídico-económica, que es la concepción que impera en la doctrina para los delitos patrimoniales comunes¹⁶⁶. Según la concepción mixta jurídico-económica, “(...) *el patrimonio abarca aquellos bienes patrimoniales que tienen valor económico y que el sujeto posee en virtud de la relación jurídica (...)*”¹⁶⁷. Desde esta perspectiva, el perjuicio patrimoniales entendido como la disminución, económicamente evaluable, del acervo patrimonial que jurídicamente corresponde a una persona.

En el delito del Art, 387° CP es insatisfactoria la propuesta de perjuicio patrimonial explicada en el párrafo anterior, toda vez que **no solo se debe medir objetivamente (contablemente) el daño causado al patrimonio, sino que se requiere la valoración de los fines públicos que se ven frustrados con la actuación antijurídica**. Como señala De la Mata, “(...) *la objetividad del baremo económico para definir la existencia del daño patrimonial no refleja la realidad de numerosos de supuestos en que la*

¹⁶⁵DE LA MATA BARRANCO, Norberto y ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xavier. op. cit. p. 97 y 98.

¹⁶⁶Así lo afirma PASTOR MUÑOZ, Nuria. La evolución del bien jurídico patrimonio en el seno del Derecho Penal patrimonial y económico. En: La teoría del delito en la práctica penal económica. Jesús María Silva Sánchez (Coordinador). La Ley: Madrid, 2013. pp. 88-90.

¹⁶⁷HUERTA TOCILDO citada por DE LA MATA BARRANCO, Norberto y ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xavier. op. cit. p. 86. En el

importancia patrimonial de un bien no se puede captar prescindiendo de la correcta situación que se analiza (...)»¹⁶⁸.

En cuanto a la teoría de la pluriofensividad del bien jurídico del peculado, tampoco se puede compartir la misma, puesto que para llevar a cabo una mejor interpretación teleológica del tipo penal es preferible identificar un solo bien jurídico debidamente delimitado. No sería lo más adecuado para apreciar el desvalor de resultado de un hecho típico que se identifiquen varios bienes jurídicos protegidos, ya que no se sabría de manera cabal cuando se produce la antijuridicidad material de la conducta: ¿cuándo se produce la lesión o puesta en peligro de un solo bien jurídico o cuando se produce a lesión o puesta en peligro de los dos o más bienes jurídicos identificados?

Del mismo modo, esta tesis de la pluriofensividad no ayudaría a resolver el problema de concursos que se pudiera originar con otras figuras delictivas. Como es sabido, la determinación de los bienes jurídicos protegidos por dos delitos sirve para solucionar la problemática dogmática del concurso aparente de delitos o leyes penales¹⁶⁹, el cual pretende evitar un *bis in ídem* inconstitucional¹⁷⁰. Así siempre que se considere que lo único decisivo para apreciar una “identidad de fundamento” en la punición es el bien jurídico protegido¹⁷¹, identificar en el delito del Art. 387° CP una variedad de bienes jurídicos protegidos generaría confusión, pues no se sabría si puede concurrir – en concurso real o ideal- o no con otro delito o ilícito sin afectar el principio de *ne bis in ídem*.

A nuestro juicio, los autores que defienden la pluriofensividad de este delito confundirían en un mismo plano valorativo el desvalor de acción con el desvalor de resultado de delito. En efecto, que la conducta de apropiación o utilización de del funcionario público suponga el quebrantamiento de ciertos deberes no significa que este sea el núcleo del injusto penal. **La infracción de ciertos deberes específicos en la**

¹⁶⁸Ibídem.

¹⁶⁹Cfr. MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. op. cit. p. 646.

¹⁷⁰Sobre el reconocimiento constitucional del principio *ne bis in ídem* ver la sentencia del Tribunal Constitucional N° 2050-2002-AA/TC de 16 de abril de 2003.

¹⁷¹Tradicionalmente se ha considerado que para apreciar un *bis in ídem* inconstitucional se debe apreciar una triple identidad entre los ilícitos: identidad de sujetos, identidad de hecho e identidad de fundamento. Nuestro Tribunal Constitucional ha entendido en su sentencia N° 0002-2001-AI/TC de 04 de abril de 2001 (Fundamento 19°) que la identidad de fundamento se equipara a la identidad de bien jurídico protegido.

gestión dl patrimonio público sería solo un presupuesto objetivo necesario para la afirmación de una lesión penalmente relevante del patrimonio público –auténtico bien jurídico del delito-¹⁷². De esta manera, quien no violando los deberes especiales de gestión adecuada del patrimonio Publio perjudica patrimonialmente al Estado, no será sancionado por el delito del Art. 387° CP, pues su conducta resultara atípica.

A nuestro juicio, la tesis funcional del patrimonio es la que mejor se ajusta a nuestro esquema de intervención penal en el ámbito de la función pública. En un Estado Social de Derecho como el nuestro patrimonio público y su correcta gestión deben ser protegidos penamente en tanto sirven para que la Administración cumpla con sus fines constitucionales. Del mismo modo, el reconocer al patrimonio público en cable funcional como bien jurídico protegido permite delimitar de mejor manera el injusto del delito de peculado, diferenciándolo de otras figuras penales como el cohecho, el tráfico de influencias, etc. Ello, pues, aunque esta tesis reconoce la presencia de una infracción de deberes funcionales diversos en la comisión del delito –deberes que también se pueden verse violados en otros delitos funcionales-, centra la verificación de “desvalor del resultado” (antijuridicidad material) en la afectación de la correcta gestión del patrimonio público.

Como ya hemos sostenido anteriormente en la crítica a la teoría de la infracción del deber, el núcleo del injusto penal en los delitos contra la función pública y, en general, en todos los delitos especiales no puede ubicarse en el quebrantamiento de determinados deberes. A nuestro juicio y siguiendo al Prof. Shunemann en este punto, **los delitos especiales –dentro de los que se encuentra el peculado- encuentran su fundamento en la especial vulnerabilidad del bien jurídico con respecto al autor descrito del tipo penal**¹⁷³. La razón de ser general de los distintos deberes especiales presentes en los delitos especiales es la situación de desamparo o desprotección del bien jurídico respecto del *intrañeus*, quien se encuentra en una espe3cial posición social que le da acceso a la lesión del bien jurídico. Aquí el bien jurídico es intensamente protegido debido a la especial vulnerabilidad que presenta frente a los posibles ataques

¹⁷²En este sentido, OCTAVIO TOLEDO citado por DE LA MATA BARRANCO, Norberto y ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xavier. op. cit. p. 75.

¹⁷³Cfr. GOMEZ MARTIN, Víctor. Los delitos especiales. Edisofer: Madrid, 2006. p. 202

de sujetos cualificados por su especial posición social¹⁷⁴. En el caso de los delitos contra la administración pública, el funcionario público (*intraeus*) tiene una especial vinculación con la protección del bien jurídico, pues se haya inserto dentro de la estructura de la administración estatal (posición social). El desempeño de las funciones sociales propias del cargo público e inherente al *status* de funcionario público permite el acceso típico al bien jurídico¹⁷⁵.

Así pues, como sostiene el Prof. De la Mata, no se desconoce en los delitos contra la función pública la relevancia de los deberes propios del cargo público, de hecho, se le imponen al funcionario apenas es considerado como tal; sin embargo, la incriminación de su actuación ilegítima obedece a proteger la correcta prestación de servicios públicos, que en el caso concreto del peculado es la correcta gestión de los recursos públicos¹⁷⁶. **La cualidad del sujeto activo (funcionario) en los tipos penales especiales tiene su fundamento es la especial relación de aquel con el bien jurídico específico protegido, relación que da cuenta de una especial y mayor vulnerabilidad de este respecto de la persona a la que es confiado**¹⁷⁷.

Es así que esta clase de delitos especiales supone la presencia de un **deber de garante del sujeto activo funcionario público que consiste en la protección del bien jurídico en situación de desmamparo**. Como señala el profesor Schunemann, la infracción del deber extrapenal puede ser utilizada como *ratio cognoscendi* de la infracción del deber de garante, mas no como *ratio escendi*¹⁷⁸. En nuestro caso, **los deberes que se imponen al funcionario público forman parte esencial de los delitos funcionariales, en tanto definen el deber de garante del funcionario; estos deberes forman parte del tipo penal como datos delimitadores de ámbito penal, pero nos e erigen como su objeto de protección**¹⁷⁹.

En cuanto a l delito de peculado, el titular del patrimonio público es el Estado –en tanto ha sido delegado por los ciudadanos o la sociedad para administrar el mismo- quien a su vez confía la administración del mismo a los específicos funcionario públicos. Como

¹⁷⁴Ibíd. p. 203.

¹⁷⁵Cfr. VASQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. op. cit. p. 331.

¹⁷⁶Cfr. DE LA MATA BARRANCO, Norberto y ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xavier. op. cit. p.104.

¹⁷⁷ Ibíd. p. 105.

¹⁷⁸Cfr. SCHUNEMANN citado por GOMEZ MARTÍN, Víctor. op. cit. p. 203.

¹⁷⁹Cfr. ETXEBARRIA ZARRABEITIA, Xavier. loc. cit.

sostiene Rueda Martin, los sujetos especiales que por su especial posición social ejercen el dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico asumen una posición de garante, porque tendrán el deber de garantizar su protección¹⁸⁰.

En el caso específico del peculado, esta relación entre sujeto activo y bien jurídico se hace más evidente a partir de lo establecido explícitamente por el tipo penal. En él se señala que el sujeto activo debe ser aquel funcionario que tiene confiado por razón de su cargo el patrimonio público. Es decir, se exige una vinculación funcional especial entre funcionario y bien público.

CAPITULO IV

EL DELITO TRADICIONAL DE “PECULADO POR APROPIACION”

PREVISTO EN EL ARTICULO 387° CP

Antes de ingresar al estudio del tipo penal, consideramos necesario ver el panorama general sobre el estudio de los delitos y luego ubicar al delito de peculado.

4.1. Clasificación de delitos según los sujetos.

Delitos comunes.

Los delitos comunes pueden ser realizados por cualquier persona, ya que no se le exige ninguna condición natural o jurídica al presunto sujeto como por ejemplo en los delitos de violación sexual, usurpación, hurto, etc., delitos que pueden ser cometidos por personas “de a pie”. Es más, para ser autor o partícipe no se necesita ninguna “cualidad especial”, toda vez que la norma no establece ninguna condición vinculatoria en el tipo penal.

¹⁸⁰Cfr. GRACIA MARTIN Y RUEDA MARTIN citados por GOMEZ MARTÍN, Víctor. op. cit. p. 209.

Delitos especiales.

El tipo penal limita al círculo de posibles autores a determinados sujetos, al incorporar entre sus requisitos ciertas características que concurren en número limitado de personas. Siendo así, no todos pueden cometer estos delitos a título de autor sino únicamente aquellos que reúnan las características requeridas. Como se ve, los delitos especiales se contraponen a los delitos comunes en los que cualquiera puede acceder a la condición de autor.

Delitos especiales propios.

Son aquellos que no tienen correspondencia con un delito común porque la calidad especial del sujeto es determinante para la existencia del delito, de lo contrario sería atípica. Ejemplo es el delito de prevaricato. En otros términos, en los delitos comunes no existen hechos similares que configuran la infracción que pueda equipararse al delito especial.

Delitos especiales impropios.

Estos delitos tienen correspondencia con los delitos comunes; es decir, existe delito subyacente. En fin, hay semejanza de hechos que de no ser por el sujeto activo que en este caso es funcionario o servidor público, constituiría perfectamente un delito común. Ejemplo: el delito de peculado con el de apropiación ilícita, ya que los hechos (generalmente apropiación) en ambos casos serían los mismos, variando por la cualidad de sujeto activo, el bien jurídico protegido y el sujeto pasivo.

4.2. Tipologías delictivas.

a) Delitos de dominio del hecho

En estos delitos es autor quien tiene el dominio o control del acontecer delictuoso que emana de su competencia. El autor lesiona o pone en peligro ámbitos de libertad de terceros mediante la infracción de un deber jurídico negativo. Welzel afirma que es el hecho de tener intencionalmente en las manos el desarrollo del acto típico, por tanto será autor quien controla la toma de decisión y la ejecución de esta. Es el sujeto que tiene el papel decisivo que representa, aparece la figura “clave o central” del suceso.

b) Delitos de Infracción del Deber.

Por delitos de infracción del deber entendemos a aquellos en los cuales la figura central (autor) del evento criminal se encuentra vinculada por un deber especial de carácter penal. Es autor quien infringe el deber especial penal y partícipe quien interviene en el hecho sin poseer ese deber especial.

Esta teoría inicia con el planteamiento de Claus Roxin en el año 1963, sobre la base de que el funcionario público guarda el deber especial de imparcialidad, fidelidad de su cargo, confianza, responsabilidad, etc., que se encuentra amparado bajo un marco normativo, perteneciendo a la estructura jurídica del país que ocupan un estatus institucional con una asignación de roles que debe desempeñar, cumplir a cabalidad.

Los servidores y funcionarios públicos tienen los deberes de neutralidad, transparencia, discreción, ejercicio adecuado de su cargo, el uso adecuado de los bienes del Estado y responsabilidad dentro de las funciones que se les haya encomendado en las diferentes entidades del Estado.

Es una teoría compartida mayoritariamente para diferenciar entre un delito especial y común con las figuras de **delito de dominio** y **delito de infracción de deber**.

4.3. El delito de peculado

Existe cierta diferencia entre el Código Penal peruano con respecto al del argentino, pues el tipo penal en el de éste exige alternativamente “apropiación” o “uso indebido” y distingue claramente al “peculado” de la “malversación”, aunque los trate bajo la misma sección. Luego, aquí parece predominar la protección patrimonial, la cual se expresa en el daño patrimonial causado por el sujeto activo, y también la “infracción del deber”, que algunos entienden como “deber de lealtad”, es decir, de la “probidad, honradez y fidelidad” del funcionario público.

La Constitución Política del Estado deja establecido la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos en los Arts. 40 y 41, remitiendo su regulación a

la ley¹⁸¹. Es en el segundo artículo que señala, que la ley, refiriéndose al código sustantivo, establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos así como el plazo de su inhabilitación para la función pública.

a) Peculado doloso.

La legislación sustantiva peruana, con la modificación introducida por la Ley N° 30111 publicada el 26 de noviembre del 2013, regula en el primer párrafo del Art. 387 del Código Penal sobre el delito de **peculado doloso**, precisando que *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*. En el siguiente párrafo añade que *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*.

En caso de superar dicha cantidad, el monto de lo apropiado podría ser sumas exorbitantes y esa idea nos invita a reflexionar y será parte de la crítica que se exponga en este trabajo.

Constituye circunstancia agravante cuando los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social, ya que 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.

b) Peculado culposo.

En el último párrafo del mencionado artículo 387, regula sobre el **peculado culposo** precisando que *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*

¹⁸¹ **Artículo 40°.** La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos.

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

La **administración, percepción o custodia** de los bienes públicos deben haber sido confiadas al funcionario en razón de su cargo (relación funcional específica). No se trata de una simple entrega de bienes como una cuestión de confianza en el funcionario (entrega facultativa), o derivada de la costumbre o del consenso o de cualquier otra circunstancia. Por ejemplo: que se haya llegado a la tenencia por engaño, abuso, etc.

El funcionario debe tener los bienes en función de lo dispuesto por la ley, no debe bastar con que el funcionario disponga de los bienes “con ocasión” de sus funciones. El funcionario incompetente sólo podría cometer delitos contra la propiedad. Por ejemplo cuando por error del administrado sobre la competencia del funcionario, éste recibe los bienes quedándose con ellos.

Apropiarse o Utilizar indebidamente. Para interpretar el concepto de *apropiación*, en la doctrina argentina se emplea la argumentación referida a los delitos contra la propiedad y se distinguen varios términos: “apoderamiento” sería sustraer la cosa de la esfera de custodia del legítimo tenedor para ingresarla en la propia esfera; por ejemplo, en el hurto descrito en el artículo 185º Código Penal peruano; “apropiación” sería algo más, implica disponer de la cosa como si fuera el dueño. La “**sustracción**”, en cambio, solamente implicaría “apartar, separar, extraer” la cosa de la esfera de custodia en que el bien se encontraba legalmente. Ejemplos: sacar un bien del local de la administración ya es sustracción, pero todavía no es apoderamiento. Metérselo en el bolsillo y llevárselo a casa es apoderamiento, pero todavía no es apropiación. Si a ese bien se le da un uso de dueño (se le consume, usa, vende, presta, etc.), entonces hay apropiación. La doctrina colombiana, en cambio, parece equiparar el “apoderamiento” a la “sustracción”, y, en el caso de la “apropiación” no requiere la disposición del bien como propio. Igualmente, la doctrina española identifica el “sustraer” del art. 432º

de su Código Penal con un apoderarse, siendo la apropiación sinónimo de este último.

Una interpretación distinta de la “apropiación” es la sostenida por la tradicional doctrina italiana: apropiación sería no cumplir con devolver o, entregar a tercero una cosa recibida con esa finalidad, lo cual incluso podría incluir la simple “sustracción”. En realidad, esta interpretación no es tan exacta, pues no se trata de “no entregar”, lo cual llevaría al malentendido de que debería mediar un pedido previo de entrega de los bienes, sino al empleo privado que se da a los bienes.

En el caso de “**percibir**”, los bienes ni siquiera son entregados por la administración al funcionario, sino directamente por el particular, que puede ser el administrado u obligado al pago de un impuesto o servicio, con destino a la administración. La conducta del funcionario peculador no puede entenderse sino como la de una apropiación *sui generis*, puesto que él no sustrae los bienes sino que ya estaban en su poder de disposición en función de su cargo: el sujeto simplemente debería administrar los bienes destinándolos a la función pública para la que estaban destinados, sin embargo dispone de ellos como si formaran parte de su propio patrimonio.

Dentro de los postulados en el Código Penal se habla de **caudales** y **efectos**. Dentro del concepto “caudales” debe incluirse a los inmuebles, la mano de obra y otros. Los *caudales* son toda clase de bienes en general (especialmente el dinero) dotados de valor económico. Incluso los bienes artísticos, recreativos e históricos son valubles económicamente y los *efectos* son documentos de crédito negociables emanados de la Administración Pública: valores en papel, títulos, sellos, estampillas, bonos, etc.

Primigeniamente el tipo legal de peculado aparece tipificado como un Hurto Agravado por la cualificación del bien jurídico tutelado y no por la condición del sujeto activo. Es decir, no fue un delito de función pública, sino un hecho ilícito cualificado por la condición esencialísima de la cosa pública. Fue a posteriori y atendiendo a las exigencias legales requeridas de determinada calidad en el sujeto

activo (especiales facultades respecto de los bienes en razón del cargo de funcionario) en que se consideró que el peculado es un delito de función.

Con la evolución aparece ya el peculado como un hecho ilícito en el que el sujeto activo aparte de revestir una cualificación determinada, viola la confianza pública en él depositada mediante la entrega de los bienes del Estado, considerándose entre los delitos contra la fe pública. Modernamente y con la evolución legislativa se tipifica el Delito de Peculado entre los delitos contra la Administración Pública. El delito de Peculado es un problema que aqueja, no solo al Perú sino, diríamos, a casi a todos los países del orbe y desde tiempos de antaño y, para la investigación debemos saber primero el concepto de este delito, la cual como ya dijimos, consiste en el hurto de caudales del erario público, hecho por aquel a quien está confiada su administración.

Se dice también que es la sustracción, apropiación o aplicación indebida de los fondos públicos, por aquel o a quien está confiada su custodia o administración que en este caso es un servidor o funcionario público, 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.

Se debe tener en cuenta que entre el funcionario y los caudales situados en su esfera jurídica existe una relación de corte institucional que lo sujeta a un mundo común donde actúa como portador del deber positivo de administrar y custodiar los bienes del Estado.

Por otro lado, en los delitos contra la administración pública los bienes jurídicos que se protegen no se hallan en un espacio social accesible a todos, o que solo a los que desempeñan un cargo público y en especial para los que están encargados de su percepción, custodia o administración a la que no tienen acceso todos los individuos. Por ello, sólo quien sea funcionario público y tenga, además, la vinculación funcional por razón del cargo con los fondos o efectos públicos, deberá de estar en la posibilidad real o potencial de vulnerar los deberes funcionariales para efectos de imputarle la autoría de ese delito.

Es necesario dejar aclarado que, a raíz de sucesos como el caso de la sustracción de los fondos del Estado por personas que formalmente no fueron funcionarios ni

servidores, pero que por su especial posición dentro de la esfera gubernamental (caso de Vladimiro Montesinos Torres), se vio como una variante del delito de peculado, el concepto de administrador de hecho, de manera amplia por la doctrina del llamado Derecho Penal Económico y, en concreto, por la del Derecho Penal Empresarial, con el fin de imputar responsabilidad penal a quienes ejercen indebidamente la función de administración de una sociedad. Este concepto presupone una escisión entre la titularidad de la empresa y gobierno de la misma por una divergencia entre situación formal y situación material. Lo fundamental en esta cuestión no es la calificación formal o jurídica que se le otorga al sujeto activo, sino la posibilidad fáctica que ostenta para sustraer dinero del Estado.

Por apropiación se entiende, una vez más, “la ejecución o materialización de actos de disposición *Ut i Dominus*, es decir, actos de señor y dueño, lo que comportaría, de un lado, el que el bien entrase, por un instante siquiera, en la esfera de disponibilidad jurídica del agente delictual y, del otro, obviamente, la salida de ese bien de la esfera de disponibilidad jurídica del titular real y verdadero del mismo que, en este caso, no es otro que la misma Administración Pública.

Sólo el servidor o funcionario público reúne la cualidad especial para ser autor del delito de peculado que haya tenido como objeto el dinero de los pliegos presupuestales de cada sector. Se considera además como delitos especiales propios cuando la calidad especial del sujeto es determinante para la existencia del delito. Actos posteriores al mismo (al apoderamiento) resultan no punibles para peculado.

Con respecto a los particulares (*el extraneus*) que contribuyen con actos de complicidad no pueden ser imputados a título de cómplices de peculado, la cual obedece al criterio de que el peculado es fundamentalmente una infracción, un quebrantamiento del deber de fidelidad a la función más que una lesión al patrimonio público, careciendo los particulares de calidad funcional imputable. Desde esa óptica, los efectos se reducirían o limitarían a la deslealtad del funcionario para con la Administración Pública y el Estado, en cuyo aspecto no estaría la afectación a la sociedad, pero ver así no sería completa, íntegra, ya que finalmente la base primaria del Estado es de todas maneras la sociedad.

c) **Peculado de uso.**

El delito de peculado de uso conocido también peculado por distracción, que alude al hecho que el bien es distraído, destinado o empleado en usos distintos al oficial.

Una ejecutoria superior citada por James Reátegui Sánchez señala, “el tipo de peculado de uso consiste en una conducta mediante la cual el funcionario o empleado público usa o permite que otro use, para fines ajenos al servicio, vehículos, maquinas o cualquier otro instrumento perteneciente a la administración pública que se encuentre bajo su guardia”¹⁸².

Entendido esto, que el funcionario público o servidor público utilice indiscriminadamente los bienes del trabajo pertenecientes al Estado para sus propios fines personales.

El peculado de uso tiene zonas fronterizas con el llamado “Hurto de Uso” del Artículo 187 del código penal, que literalmente dice lo siguiente: “el que sustrae un bien mueble ajeno con el fin de hacer uso momentáneo y lo devuelve será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año”. En ambas conductas afectan el patrimonio, con la diferencia que en el hurto el afectado será un particular titular de la cosa mueble; en cambio en el peculado el afectado será el patrimonio del Estado.

En el delito contra la administración pública existe un bien jurídico – penal genérico y bien jurídico – penal específico.

Descripción legal

Artículo 388 del código penal – peculado de uso

“El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos, maquinas 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

¹⁸² Sentencia de la sala mixta de Camaná de la corte superior de justicia de Arequipa del 17 de diciembre de 1998, Exp. N° 523-98, extraído de: ARMAZO GALDOS, Jorge y ZAVALA TOYA, Fernando, la decisión judicial, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 248.

mayor de cuatro años 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”.

Se advierte que es un delito cometido solamente por funcionarios o servidores públicos que tienen a su cargo la administración, percepción o custodia de caudales o efectos de carácter público.

Cataloga como circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social, en cuyos casos, establece que la pena privativa de la libertad será no menor de cuatro ni mayor de **diez** años; en tanto que si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será sancionado con pena privativa de libertad no mayor de **dos** años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas, constituyendo como circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social, en cuyos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años.

En el *peculado por uso*, “Utilizar” implica “destinar” temporalmente los bienes que tienen como destino el cumplimiento de alguna función pública, a determinados trabajos de carácter privado. En cuanto al “uso de determinados bienes” (vehículos, máquinas o instrumentos de trabajo de la administración), el Código Penal peruano prevé –como ya se dijo- un tipo penal específico: el del artículo 388. Esto dificulta bastante la interpretación, pues ambos tipos penales parecen superponerse. Para hallar la diferencia entre ambas figuras, debe entenderse que los bienes precisados en el artículo 387, a diferencia de los del 388, no son aquellos que usualmente constituyen instrumentos de trabajo del funcionario público.

En la jurisprudencia nacional se ha admitido que hay “**utilización**” cuando por ejemplo el Alcalde “presta” bienes (además de vender otros) que, a través de un convenio público, se les habían confiado para la construcción de una carretera y módulos educativos. Además, se ha precisado que hay “utilización” incluso si los bienes son devueltos, después de haberlos usado para fines ajenos al servicio.

Por otro lado, se tiene entendido por delitos *dolosos* y *culposos* a aquellos en los cuales se tienen conocimiento de causa, por ejemplo en los delitos dolosos el sujeto activo comete el delito de manera consciente, sabiendo lo que hace; en cambio en el delito culposo el sujeto activo lo hace por descuido u omitiendo las normas o sus funciones a las que está obligado, dentro de ella puede incluirse la demasiada confianza con que se actúa.

Conducta típica

a) **El usar.**-vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo perteneciente al Estado o bajo guarda de éste. Indica que el funcionario o servidor público utilice de forma personal el bien de trabajo, entendido también como el abuso de confianza. Ejemplo: utilizan los vehículos públicos para una candidatura política.

b) **Permitir.**- que otro use vehículos, maquinas o cualquier otro instrumento de trabajo perteneciente al Estado o bajo su guarda de éste.

Es cuando permite que otro utilice, aquí el agente no lo utiliza de forma personal, sino que lo delega a otra persona, que puede ser otro funcionario público u otro sujeto particular. En este sentido es, cuando el agente por actos omisivos permite, tolera o facilita que un tercero particular realice actos de uso. Ejemplo: el vehículo oficial, asignado a un funcionario público, quien permite que sea diariamente utilizado para que su esposa realice las compras en un centro comercial.

El uso de objetos o instrumentos de propiedad del Estado con fines ajenos al servicio público

Los fines ajenos al servicio presuponen la presencia de beneficio para el sujeto activo o para los terceros que resultan favorecidos. Tiene que existir un uso privado, que sería un acto de beneficiarse con las propiedades funcionales de un bien, sin consumirlo.

Que el uso debe ser privado, es decir, debe producirse con destinados fines ajenos a la función pública para lo cual ha sido destinado. Los casos de desviación del fin son subsumibles en el tipo de malversación de caudales.

4.4.El objeto material del delito:

Que el vehículo, maquinas o cualquier otro instrumento de trabajo que pertenezcan a la administración pública o que se hayan bajo su guarda.

Se trata de propiedad del Estado, lo cual puede ser en sentido amplio o de particulares bajo la custodia de la administración pública.

El tipo penal señala solo de “vehículos”, “maquinas” o “cualquier otro instrumento de trabajo”, que está refiriendo a aquellos bienes de carácter mueble que sirve para facilitar y/o complementar el trabajo del agente especial dentro de la administración pública.

4.5. Especial vinculación entre funcionario o servidor público y los efectos o caudales.

Sin pretender realizar un análisis exhaustivo sobre el tema, el “funcionario público” a efectos penales viene definido por ser una persona incorporada a la actividad pública y que ejerce o puede efectivamente ejercer una función pública¹⁸³. A nuestro juicio, el concepto penal de “funcionario público” abarca los siguientes dos aspectos: i) la incorporación heterónoma a la función pública (vía selección, designación, proclamación o elección, conforme lo establece el numeral 6° del artículo 425° CP) y ii) posibilidad efectiva de desempeñar el cargo público¹⁸⁴.

¹⁸³ABANTO VASQUEZ, Manuel A. Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano. op. cit. p. 23-32, señala que el funcionario debe ejercer una función pública; sin embargo, a nuestro juicio y siguiendo a MONTOYA VIVANCO, Yvan y otros. op. cit. p. 36 basta con que el funcionario tenga la posibilidad efectiva de ejercer la misma.

¹⁸⁴Cfr. MONTOYA VIVANCO, Yvan y otros. op. cit. p. 32-33.

Ahora bien, como uniformemente ha sostenido la doctrina y jurisprudencia penal, el sujeto activo del delito del Art. 387° CP no puede ser cualquier funcionario público, sino que debe ser uno que tenga una vinculación funcional especial con los caudales que percibe, custodia o administra¹⁸⁵. En esta medida, el tipo penal de peculado peruano establece que el objeto material del delito debe estar “confiado” al sujeto activo para su “percepción”, “administración” o “custodia”.

A nuestro juicio, la relación existente entre sujeto activo y caudal público -ya sea que él tenga facultades de “percepción”, “custodia” o “administración”-debe ser entendida como la doctrina alemana dominante ha entendido la relación del sujeto activo del delito de apropiación indebida con el objeto material, es decir, a partir de la **“teoría de la custodia”**¹⁸⁶. Sobre la base de esta teoría se sostiene que el sujeto activo, de manera genérica, debe tener una relación de dominio sobre la cosa dirigida por una voluntad de dominio sobre la misma¹⁸⁷ es decir, debe detentar efectivo poder sobre la cosa con posibilidad de obrar sobre ella con exclusión de otros¹⁸⁸ (no necesariamente se debe tener la posibilidad de actuar como dueño sobre el bien). Este poder o dominio, en el caso del peculado tradicional, se puede manifestar a través de una facultad de “percepción”, “custodia” o “administración” de los bienes, que genera que éstos estén en la “esfera de disposición” del funcionario.

Desde luego, la exigencia típica de la relación o vinculación funcional con los caudales o efectos públicos no debe entenderse como una necesaria tenencia fáctica o material de los mismos por parte del funcionario. La insuficiencia de la

¹⁸⁵Cfr. MORALES PRATS, Fermín y MORALES GARCÍA, Oscar. De la malversación. En: Comentarios al Nuevo Código Penal. Tomo III. Gonzalo Quintero Olivares (Director). Aranzadi: Navarra, 2005. p. 2162 y 2163, Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal. Parte Especial. Tirant lo Blanch: Valencia, 1990. p. 775, Cfr. ABANTO VASQUEZ, Manuel A. Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano. op. cit. p. 337, entre otros.

¹⁸⁶Así lo afirma, DE LA MATA BARRANCO, Norberto. Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. El dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida. PPU: Barcelona, 1994. p. 130. No debe confundirse el uso del término “custodia” de esta teoría, con el elemento típico “custodia” descrito en precepto penal del peculado, que da cuenta sólo de una forma de manifestación de esta relación entre sujeto activo y caudal público.

¹⁸⁷Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel citado por DE LA MATA BARRANCO, Norberto. Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. loc. cit.

¹⁸⁸Cfr. LISZT citado por FERRER SAMA, Antonio. El delito de apropiación indebida. En: Anales de la Universidad de Murcia. Murcia: Universidad de Murcia, 1944. p. 416.

tesis de la posesión material para explicar la relación del sujeto activo con el objeto de la acción del delito ha sido destacada por Morales García, quien sostiene que dicha tesis imposibilitaría aplicar el peculado en situaciones en las que el funcionario no ostenta una situación de inmediatez con el bien, sino que tiene un poder de actuación que se concreta en la capacidad jurídica de actuación sobre el mismo¹⁸⁹. Creemos, por ello, que, como sostiene la doctrina dominante, **basta con que el funcionario encargado tenga una “disponibilidad jurídica” de los caudales o efectos**¹⁹⁰.

En esta medida, el sujeto activo del delito viola ciertos deberes especiales de administración adecuada del patrimonio público. Como dijimos anteriormente en lo referente al bien jurídico, el desvalor de acción del injusto supone la violación de deberes funcionariales específicos, deberes que no pueden ser violados por cualquier funcionario, sino sólo por aquellos que tienen la competencia normativa para ello. Como sostiene Abanto Vásquez, “(...) *el bien jurídico sólo se verá afectado cuando el funcionario ataca el patrimonio del Estado infringiendo el deber específico que tiene para con los bienes (...)*”¹⁹¹.

Esta línea de argumentación ha sido la que, también, ha acogido la Corte Suprema de Justicia peruana en su Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116 anteriormente mencionado. En dicho acuerdo la Corte sostuvo lo siguiente:

*“(...) Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la administración pública (...)”*¹⁹²

A efectos de que el funcionario público tenga la competencia normativa especial a la que hicimos mención en los párrafos anteriores será necesaria la

¹⁸⁹Cfr. MORALES GARCÍA, Oscar. op. cit. p. 183.

¹⁹⁰Cfr. ETXEBARRIA ZARABEITIA, Xavier. op. cit. p. 191.

¹⁹¹Cfr. ABANTO VASQUEZ, Manuel A. Los delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano. op. cit. p. 338.

¹⁹²Fundamento 6° del acuerdo.

preexistencia de una **norma (legal o reglamentaria), disposición (acto administrativo) u orden de la autoridad competente** que habilite al funcionario para la gestión de los caudales o efectos públicos, de tal manera que se descartan los supuestos de mera ocasionalidad en la gestión del bien o la costumbre *contra legem*¹⁹³¹⁹⁴. No se configurará el delito de peculado, por tanto, cuando la tenencia o disponibilidad funcional de los bienes públicos respondan a un acto administrativo ilegal, a engaño o abuso de oficio¹⁹⁵. Asimismo, no basta con que los bienes estén confiados al sujeto activo por su condición general de funcionario público, sino que, como lo exige el tipo penal expresamente, deben estar en su competencia “por razón” de su cargo específico¹⁹⁶.

4.6. Características del bien público

A nuestro juicio, se pueden reconocer cuatro características básicas en el objeto material del delito de peculado tradicional (“peculado por apropiación”) que se asemejan a las de los delitos patrimoniales comunes: **1) corporeidad o tangibilidad, 2) aprehensibilidad y 3) posibilidad de traslado o desplazamiento e 4) idoneidad para satisfacer intereses de la administración pública.**

Teniendo en cuenta las características apuntadas precedentemente, es importante señalar que objeto material de la acción del delito de peculado tradicional no pueden ser bienes inmateriales como planes, ideas, activos o derechos, puesto que ellos no son susceptibles de “apropiación” por parte del funcionario¹⁹⁷.

¹⁹³Cfr. MORALES GARCÍA, Oscar. loc. cit.

¹⁹⁴Respecto de la costumbre como generadora de la competencia normativa del sujeto activo, CREUS, Carlos. op. cit. p 330, sostiene que la costumbre no puede crear dicho presupuesto del tipo, salvo cuando funcione como verdadera fuente de derecho, lo cual ocurre cuando existe un vacío en la normativa administrativa pertinente.

¹⁹⁵Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. loc. cit.

¹⁹⁶Cfr. CREUS, Carlos. loc. cit.

¹⁹⁷Cfr. ROCA AGAPITO, Luis. op. cit. p. 125 y 124; ROJAS VARGAS, Fidel. op. cit. p. 499 y DELA MATA BARRANCO, Norberto. Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. op. cit. p. 198 refiriéndose a los delitos patrimoniales comunes. Como bien afirma Roca, en el caso de la mano de obra como objeto material del delito, se puede configurar el injusto de peculado, pero no por la apropiación de las propias energías, sino por la apropiación con que la Administración ha de pagar las mismas [Ibíd. p. 126].

Los bienes inmateriales o incorporeales son aquellos que sólo pueden percibirse intelectualmente, pues carecen de un sustrato material tangible y apreciable por los sentidos humanos (tacto, visión, etc.)¹⁹⁸. En esta medida, conforme lo ha reconocido la doctrina penal española y alemana unánimemente, **la conducta típica de “apropiación” no puede recaer sobre bienes inmateriales, puesto que ellos no pueden ser aprehensibles ni trasladables de un lugar a otro**¹⁹⁹. En efecto, no podría haber “apropiación” de bienes incorporeales, pues no es posible que alguien incorpore fácticamente a su patrimonio un derecho de crédito (activo) por ejemplo. Si bien se puede observar objetivamente cómo un administrador dispone indebidamente de dinero extraído de la cuenta corriente de una persona jurídica, lo que puede incorporar a su patrimonio es el dinero líquido extraído del banco, mas no el propio “activo” o “derecho de crédito” de titularidad de la persona jurídica, el cual por su propia naturaleza inmaterial no puede ser alterado, en términos naturalistas, directamente por una conducta de tercero.

En tal sentido, la consideración de los bienes inmateriales como bienes no pasibles de “apropiación”, genera que no puedan ser objeto material del delito de peculado doloso tradicional i) los “derechos de crédito” provenientes de la entrega de un objeto como bien fungible y ii) el dinero electrónico en operaciones bancarias. Conforme se analizará en el siguiente capítulo, en los dos supuestos mencionados, se podrá aplicar la modalidad de administración desleal de patrimonio público si se configuran sus elementos típicos, mas no será de aplicación el delito de “peculado tradicional por apropiación”, pues en ambos casos la conducta típica de aplicación privada indebida recae sobre bienes públicos incorporeales.

Por otro lado, habría que señalar que -como sucede también en el delito patrimonial común de apropiación indebida-**la doctrina penal mayoritaria ha descartado la posibilidad de incluir como objeto material del delito de**

¹⁹⁸Cfr. AVENDAÑO V., Francisco. “Comentarios a los artículos 885° y 886° del Código Civil”. En: El código civil comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo V. Lima: Gaceta Jurídica, 2003. p. 33.

¹⁹⁹Cfr. DE LA MATA BARRANCO, Norberto. Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. op. cit. p. 199 y SILVA CASTAÑO, María Luisa. El delito de apropiación indebida y la administración desleal de dinero ajeno. Dykinson: Madrid, 1997. p. 133.

peculado doloso tradicional a ciertos “bienes inmuebles”—penalmente entendidos²⁰⁰- que no pueden ser desplazados de un lugar a otro²⁰¹. Se sostiene que, por su propia naturaleza, los “bienes inmuebles” al no poder ser desplazados de un lugar a otro con la conducta apropiatoria, quedan fuera del radio de aplicación de los “delitos de apropiación” como el peculado tradicional o la apropiación indebida. Conforme lo sostiene Sánchez-Vera Gómez-Trelles, refiriéndose al delito de apropiación indebida, “(...) *El objeto material del delito de apropiación indebida, como es obvio, únicamente puede tener carácter mobiliario, al tratarse de un ilícito de apropiación. Una apropiación, en el sentido de las expropiación y apropiación (...) sólo puede llevarse a cabo sobre un mueble como es natural, quedando fuera de ella los bienes inmuebles*”²⁰².

Se sostiene que la inclusión de los bienes inmuebles como objeto material del delito de peculado tradicional desnaturalizaría este ilícito, desvirtuando el sentido teleológico de la norma. Se afirma que los delitos de apropiación están pensados sólo para proteger la propiedad que recae sobre “bienes muebles”, puesto que la protección de la propiedad u otros derechos reales sobre “bienes inmuebles” está garantizada por los “delitos de usurpación”²⁰³. En este sentido, de manera similar a lo que sucede con los delitos patrimoniales comunes, el delito de peculado doloso tradicional estaría reservado exclusivamente para

²⁰⁰Sobre este punto, debe tenerse presente que, como sostiene la doctrina penal mayoritaria, el concepto de bien mueble e inmueble que se maneja en el Derecho Penal no es idéntico al del Derecho Civil. Ello dado que si un bien es susceptible de ser trasladado de un lugar a otro será considerado como “bien mueble” para el Derecho Penal, aun cuando este sea considerado como “inmueble” en el ámbito civil [Cfr. DE LA MATA BARRANCO, Norberto. Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación loc. cit.].

²⁰¹Así lo sostiene la sentencia del Tribunal Supremo Español de 12 de diciembre de 2006 citada por ORTOS BERENGUER, Enrique. Lección XXXIX Delitos contra la administración pública (y ii): Cohecho. Tráfico de influencias. Malversación. Fraudes y exacciones ilegales. Actividades prohibidas. Abusos en el ejercicio de la función pública. Corrupción en las transacciones comerciales. En: Derecho Penal. Parte especial. Tirant lo Blanch: Valencia, 2010. p. 725. Del mismo modo, MORALES GARCÍA, Oscar. op. cit. p. 103 y 105 y ROCA AGAPITO, Luís. op. cit. p. 124. Refiriéndose a la imposibilidad de que los bienes inmuebles sean objeto material del delito de apropiación indebida, SANCHEZ VERA GOMEZ-TRELLES, Javier. Administración desleal y apropiación indebida: Consecuencias de la distinción jurisprudencial. En: Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo. Tomo II. Jacobo López Barja de Quiroga y otro (Coordinadores). Marcial Pons: Madrid, 2004. p.1219.

²⁰²Cfr. SANCHEZ-VERA GOMEZ-TRELLES. Administración desleal y apropiación indebida. loc. cit.

²⁰³Expone esta afirmación CASTRO MORENO, Abraham. La malversación de caudales en el Código Penal de 1995. Tirant lo Blanch: Valencia, 2001. p. 158.

proteger derechos patrimoniales sobre “bienes muebles”²⁰⁴, mientras que la protección de derechos patrimoniales (facultades de la propiedad u otros derechos reales²⁰⁵) sobre “bienes inmuebles” se daría a través de la modalidad agravada, en virtud del artículo 46°-A CP (funcionario público como sujeto activo), del tipo penal agravado de usurpación (Art. 204.4° CP²⁰⁶). Asimismo, como se explicará en el siguiente capítulo, se podrá proteger la funcionalidad de los bienes inmuebles públicos a través de la modalidad especial de administración desleal de patrimonio público contenida en el artículo 387° CP.

En este sentido, no pueden ser objeto material de los delitos de peculado caudales o efectos públicos con mero valor sentimental, afectivo o de otro género no dinerario, en tanto no sean relevantes para posibilitar el cumplimiento de los fines públicos de la entidad. Ello sucederá, por ejemplo, cuando la conducta de peculado recaiga sobre documentación completamente irrelevante o de muy lejana utilidad para el fin prestacional del ente público.

4.6.1. El carácter público del objeto material

La doctrina penal mayoritaria sostiene que el tipo penal del Art. 387° CP exige que el objeto material del delito tenga la calidad de “público”²⁰⁷. En este sentido, ¿Cuándo un bien es de naturaleza pública?

Una corriente teórica sostiene que sólo es el derecho real de propiedad el que puede cualificar a los caudales como públicos. Los partidarios de esta tesis entienden el peculado o malversación de caudales como un delito de corte exclusivamente patrimonialista. Luego, la lesión del patrimonio estatal se

²⁰⁴Discrepamos, en este sentido, con ROJAS VARGAS, Fidel. op. cit. p. 498, quien señala que objeto material del delito pueden ser bienes muebles como inmuebles. No obstante, no queda claro si, al afirmar ello, este autor se refiere al “peculado por apropiación”, al “peculado por utilización” o a ambos.

²⁰⁵Se sostiene que la usurpación protege a las manifestaciones o atribuciones que dimanen del derecho de propiedad u otros derechos reales [Cfr. GALVES VILLEGA, Tomas Aladino y DELGADO TOVAR, Walther Javier. op. cit. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II. Jurista Editores: Lima, 2012. p. 1145]. Se sostiene que en la usurpación se protege a la propiedad a través de la desposesión [Cfr. RODRIGUEZ DEVESA citado por VIVES ANTON, T.S y GONZALES CUSSAC, J.L. Lección XXIII: Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (VI): Robo y hurto de uso de vehículo. Usurpación. En: Derecho Penal. Parte especial. Tirant lo Blanch: Valencia, 2004. p. 466.]

²⁰⁶Agravante por la naturaleza pública del inmueble.

²⁰⁷Cfr. ABANTO VASQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano. op. cit. p. 349.

evidenciaría solamente cuando la Administración se considera perjudicada en su capacidad dispositiva sobre la base del derecho de propiedad preexistente sobre el bien respectivo²⁰⁸.

Nosotros no compartimos esta teoría, puesto que limita sobremanera los bienes que pueden ser objeto material del delito. Consideramos que la relación jurídica que hace que los caudales o efectos sean públicos es la relación de “pertenencia” que guardan con la Administración²⁰⁹. Esta relación de “pertenencia” no se limita al derecho de propiedad, sino que abarca una pluralidad de situaciones jurídicas que dan a la administración pública un derecho activo de disposición, goce, disfrute, etc. sobre la cosa o un poder de actuación de naturaleza pública sobre ella²¹⁰.

La “pertenencia” debe ser entendida en sentido lato; es decir, como la relación mediante la cual los bienes están destinados o adscritos al patrimonio de la administración pública y, por ende, al cumplimiento de finalidades públicas²¹¹. El carácter público del objeto, entonces, no se limita sólo al derecho de propiedad, sino a una pluralidad de derechos que pueden integrar el patrimonio (en sentido lato) de la administración pública²¹².

Como ya se dijo, la principal diferencia entre el delito de peculado del Art. 387° CP y los delitos patrimoniales comunes es la especial dependencia que existe entre caudal de naturaleza pública y funcionario. Por ello es que creemos que la figura del peculado por extensión (o peculado impropio) del artículo 392° CP, que extiende el objeto material del delito a bienes pertenecientes a particulares embargados o en dados en depósito (no adjetivados como públicos), resulta extraño a la naturaleza misma del peculado, el cual exige necesariamente una relación especial entre funcionario público y un bien adscrito al patrimonio de la Administración que cumpla finalidades públicas.

²⁰⁸Cfr. MORALES GARCIA, Oscar. op. cit. p. 151.

²⁰⁹El Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116 (Fundamento 7.ºc) también parece adscribirse a esta teoría, en la medida que al definir el elemento “apropiación” señala que este consiste en hacer suyos caudales o efectos que “pertenecen” al Estado.

²¹⁰Ibíd. p. 169. y 172.

²¹¹Cfr. MIR PUIG, Carlos. Los delitos contra la administración pública en el nuevo Código Penal. Bosch: Barcelona, 2000. p. 301.

²¹²Cfr. ROCA AGAPITO, Luis. op. cit. p. 138.

Creemos que, en esta figura de peculado impropio, **el objeto de tutela no es el patrimonio público funcionalmente concebido, sino simplemente una falta de respeto o desobediencia a la voluntad de la autoridad**²¹³. Se sostiene, en estos casos, que el precepto penal no cambia la naturaleza de los bienes embargados o depositados -que continúan siendo privados y perteneciendo a particulares- sino que, aceptando que se trata de bienes privados, les extiende, no obstante, el tipo de malversación o peculado²¹⁴.

4.6.2. Concepto de “caudal” y “efecto” público

El delito de peculado –al igual que el delito de malversación de caudales públicos de la legislación española- diferencia dos categorías dentro del género “bien público” como objeto material del delito: los “caudales” y “efectos” públicos. Ambos elementos del tipo tienen sus características propias conforme explicaremos a continuación.

En primer lugar, respecto del elemento normativo “caudal público” tendríamos que señalar que debe entenderse en un sentido amplio, como bienes **muebles de toda clase**²¹⁵. Caudal será, como lo establece la Real Academia de la Lengua Española, la hacienda o bienes de cualquier especie y, más comúnmente, el dinero²¹⁶. Dicha definición amplia incluye a los bienes fungibles y no fungibles, y a los bienes consumibles como no consumibles. De cara al delito de peculado, “caudales” serán, por ejemplo, el dinero, una computadora, un televisor, etc. Conforme ya se explicó anteriormente, a partir de una interpretación teleológica del elemento típico “caudal”, este es entendido como bienes en general que tengan las características de corpóreos, aprehensibles, trasladables e idóneos para satisfacer intereses públicos. No será necesario, por ende, que estos caudales estén dotados de valor económico, por lo que se incluyen dentro de esta categoría a los objetos sin valor en el tráfico

²¹³Refiriéndose al tipo penal de “malversación por extensión” español del artículo 435.3º del CP español que tiene una redacción muy parecida al artículo 392º CP peruano, ETXEBARRIA ZARABEITIA, Xavier. op. cit. p. 187, LOPEZ BARJA DE QUIROGA citado por ROJAS VARGAS, Fidel. op. cit. p. 590 y FEIJOO SANCHEZ, Bernardo citado por CASTRO MORENO, Abraham. op. cit. p. 114.

²¹⁴LOPEZ BARJA DE QUIROGA citado por CASTRO MORENO, Abraham. op. cit. p. 112.

²¹⁵Cfr. CREUS, Carlos. op. cit. p. 313.

²¹⁶Cfr. ROJAS VARGAS, Fidel. op. cit. p. 497.

económico que tenga la relevancia en la Administración para cumplir con sus finalidades públicas.

Por otro lado, por “efectos públicos” se entienden todos aquellos **documentos de crédito negociables emanados de la Administración u objetos con representación económica** (valores en papel, títulos, sellos, estampillas, bonos, cheques, etc.)²¹⁷. De esta manera, el concepto de efectos es más restringido que el de caudales, puesto que aquel sólo incluye a objetos que representan un valor económico o patrimonial y que tienen carácter de negociables²¹⁸. Nótese que el objeto de la “apropiación” típica del peculado no lo constituye el valor económico, sino la representación material de él. Ello es así, pues los “efectos” necesariamente tendrán que detentar las cuatro características que todo objeto material del delito de peculado debe tener: corporeidad, aprehensibilidad, posibilidad de desplazamiento e idoneidad para satisfacer finalidades de la administración pública.

4.6.3. La “custodia”, “percepción” y “administración” del bien público

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**²¹⁹.

Por ejemplo, el funcionario que tiene la función de recibir el pago de tributos

²¹⁷Cfr. ABANTO VASQUEZ, Manuel A. Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano. op. cit. p. 349 y el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116 de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República de 30 de setiembre de 2005. Fundamento 7.e.

²¹⁸Cfr. CREUS, Carlos. op. cit. p. 314. En este punto coincidimos con CASTRO MORENO, Abraham. La malversación de caudales públicos en el Código Penal de 1995. Tirant lo Blanch: Valencia, 2001. op. cit. pp. 154-155, quien sostiene que el vocablo “efectos” resultaría superfluo, pues el vocablo “caudales” al ser más amplio abarca a los bienes que constituyen “efectos”.

²¹⁹Ibíd. p. 328.

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. Conforme mencionamos *supra*, la presencia de esta finalidad de “percepción” en la redacción del delito del Art 387° CP es la que permite suscribir la tesis del “destino”, 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”²²⁰.

En segundo lugar, la **“custodia” es la actividad de cuidado y vigilancia de los bienes**²²¹. 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 por ejemplo. 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 bien²²².

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 finalidades²²³. Es decir, quien administra bienes públicos tiene la facultad -por estar autorizado normativamente- de disponer de ellos a efectos de cumplir una

²²⁰Sobre este punto, cabe notar que, a nuestro juicio, quedan fuera del radio de aplicación del delito de peculado tradicional los supuestos en los que el funcionario sólo “percibe” bienes de naturaleza privada que han sido embargados o dados en depósito por autoridad competente. En este caso, como se dijo, al no ser el bien de naturaleza “pública”, se aplicará el delito de “peculado por extensión” del artículo 392° CP.

²²¹Ibídem.

²²²Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano. op. cit. p. 353 y 354.

²²³Cfr. CREUS, Carlos. op. cit. p. 319 y ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano. p. 353, SILVA CASTAÑO, María Luisa. Comentarios al Código Penal. Manuel Cobo del Rosal (Director). Edersa: Madrid, 1999. p. 422.

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 cargo²²⁴. 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 (enajenación o alquiler p. ej.), también incluye actuaciones de simple “aprovechamiento” (usufructo) sobre el patrimonio**²²⁵.

4.6.4. La “apropiación” y la “utilización” de bienes públicos

Para el entendimiento cabal del verbo rector “apropiación” del tipo penal de peculado doloso es pertinente realizar un análisis de este elemento en las otras figuras delictivas patrimoniales que se le asemejan en su estructura típica. En efecto, además de estar presente en el delito de peculado, el elemento típico “apropiación” se encuentra presente en el delito de apropiación ilícita (Art. 190° CP).

4.6.5. Conceptualización del elemento “apropiación”

Habiendo sostenido que el delito de “peculado por apropiación” clasifica dentro de los denominados “delitos de apropiación”, corresponde ahora determinar qué se entiende por “apropiación”. En esta medida, para entender el elemento típico “apropiación” del delito de peculado recurriremos, en primer lugar, a las definiciones que se han esbozado en la doctrina respecto de la “apropiación” en el delito de apropiación ilícita o indebida²²⁶. En efecto, aunque dichas definiciones no son trasladables automáticamente al delito de

²²⁴Ibídem.

²²⁵El Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116 (Fundamento 7.ºb) también suscribiría un entendimiento amplio del elemento “administración”, puesto que señala que la “administración” implica las funciones activas de manejo y conducción de bienes públicos.

²²⁶Así también lo sostiene CASTRO MORENO, Abraham. op. cit. p. 216.

peculado, sí nos servirán para entender de mejor manera esta conducta típica del peculado²²⁷.

La doctrina penal es uniforme al reconocer en la conducta de “apropiación” dos aspectos imprescindibles: 1) la apropiación en sentido estricto (aspecto positivo) y 2) la expropiación (aspecto negativo)²²⁸. Como sostiene la Prof. Silva Castaño, la “apropiación” consiste en la usurpación de una posición similar a la del propietario, desplazando al anterior titular permanentemente de su posición e incorporando la cosa al patrimonio ajeno²²⁹. Conforme sostiene esta autora, la **apropiación supone la presencia de dos elementos: 1) la apropiación en sentido estricto, que ha de ser al menos transitoria y consiste en que el sujeto se atribuye un poder de disposición igual que el del propietario; y 2) la expropiación del titular que ha de ser permanente o definitiva**²³⁰.

Ahora bien, a nuestro juicio, la conducta de “apropiación” no tiene una vertiente subjetiva propia distinguible de los dos elementos objetivos previamente expuestos ni distinguible del dolo típico que todo delito presenta.

Aun cuando en la doctrina existen autores que sostienen que la conducta apropiatoria tendría un aspecto objetivo y subjetivo²³¹, en tanto no podría existir una apropiación sin el ánimo de apropiación o propósito de incorporación definitiva de la cosa al patrimonio del sujeto activo²³², desde nuestro punto de vista, el **ánimo de apropiación (*rem sibi habendi*) es en realidad una exigencia del propio concepto de apropiación, considerado desde el punto de vista de lo objetivo**²³³. El denominado “*animus rem sibi habendi*” o intención especial de apropiación se determina objetivamente mediante la apreciación de los elementos de la “apropiación” del tipo objetivo.

²²⁷ Así también lo sostiene ROCA AGAPITO, Luis. op. cit. p. 172.

²²⁸ DE LA MATA BARRANCO, Norberto. Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. op. cit. p. 133.

²²⁹ Cfr. SILVA CASTAÑO, María Luisa. Comentarios al Código Penal. op. cit. p. 403.

²³⁰ *Ibidem*.

²³¹ Cfr. ROCA AGAPITO, Luis. op. cit. p. 173 y ETXEARRIA ZARABEITIA, Xavier. op. cit. p. 173.

²³² 262 Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GARCÍA, Alfonso. Alfonso. op. cit. p. 1184

²³³ Cfr. SILVA CASTAÑO, María Luisa. op. cit. p. 431-432.

Lo subjetivo de la conducta de apropiación es, como en cualquier otra conducta delictiva, parte integrante del dolo. Como bien sostiene la Prof. Silva Castaño:

“la intencionalidad de apoderarse de la cosa, no es configuradora de la tipicidad subjetiva con una entidad diferenciada de las exigencias del dolo, lo relevante es que el sujeto manifieste objetivamente dicha intencionalidad. Bastará para configurar la tipicidad del delito (...), con que el sujeto que se apropia en sentido estricto de la cosa, ponga de manifiesto por hechos externos la intencionalidad de expropiar de forma definitiva al titular de la misma, y actúe con dolo.”²³⁴

Por tanto, trasladando la definición de “apropiación” esbozada al delito de peculado, se puede sostener que la “apropiación” consiste en aquel comportamiento por el cual el funcionario realiza un acto de dominio sobre una cosa que ya tiene en su poder por razón de su cargo, expropiando definitivamente a la administración pública del dominio del bien. **La apropiación, por tanto, supondría que el funcionario público realice, sobre las cosas que tiene a disposición, actos incompatibles con el título que le otorga inmediatez fáctica o jurídica sobre ellas, expropiando a la administración permanentemente del bien.**

4.7. Teorías sobre el contenido de los dos elementos de la “apropiación”

Si bien los dos aspectos positivo y negativo de la “apropiación” son reconocidos unánimemente por la doctrina, la conceptualización y la determinación del alcance de los mismos ha sido diverso. Así, en la doctrina penal se han reconocido básicamente cuatro teorías para dotar de contenido a los aspectos positivo y negativo de la “apropiación”: **la “teoría de la sustancia”, la “teoría del valor”, la “teoría de la unión” y la “teoría funcional”**. A continuación expondremos cada una de estas teorías y tomaremos postura sobre el particular.

²³⁴Ibíd. p. 432.

4.7.1. Teoría de la sustancia

Según esta teoría, existirá en estricto “apropiación” cuando el sujeto en su accionar pretende obtener una posición de poder similar a la del propietario a través del aprovechamiento de la “sustancia” del bien ajeno, lo cual genera en el titular del bien una privación fáctica de ejercer los poderes de su propiedad²³⁵. En esta medida la apropiación vendría definida por dos elementos: **i) la apropiación en sentido estricto, entendida como la actuación que pretende obtener una posición similar a la del propietario, y ii) la expropiación, entendida como la privación a un sujeto de un objeto físico de su propiedad, de modo que ya no pueda disponer de él en absoluto**²³⁶.

Se sostiene que para la existencia de una apropiación no se exige que se prive al propietario de su derecho de propiedad (este sigue existiendo), sino sólo de la cosa; es decir, que se afecte la posibilidad real con la que cuenta el propietario para ejercer sus poderes dominicales sobre el bien²³⁷.

De esta manera, cuando con la acción del sujeto activo se priva a una cosa de su valor inherente, pero ésta retorna a él sin mayor alteración en su estructura material tras su utilización indebida, no podrá afirmarse la presencia de una “apropiación” por ausencia del elemento segundo de “expropiación”. No habrá apropiación, entonces, cuando tras utilizar un título valor (cheque p.ej.) se devuelva al dueño el mismo título sin posibilidad de cobro²³⁸.

²³⁵ Cfr. DE LA MATA BARRANCO, Norberto. Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. op. cit. p. 134.

²³⁶ *Ibíd.* p. 133 y ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Comentario previo al Título XVIII. En: Comentarios al Código Penal. Manuel Gómez Tomillo (Director). Lex Nova: Valladolid, 2010. p. 914.

²³⁷ Cfr. DE LA MATA BARRANCO, Norberto. Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. loc. cit.

²³⁸ *Ibíd.* p. 135.

4.7.2. Teoría del valor real

Los partidarios de esta teoría sostienen que la “apropiación” se verifica con la privación duradera del valor económico de una cosa ajena. Los dos elementos de la apropiación vendrían definidos de la siguiente manera: **i) la actuación del sujeto activo que pretende conducir a su propio patrimonio el valor que detenta un bien (apropiación en estricto) y ii) la privación definitiva en contra del propietario del valor del bien (expropiación)**²³⁹. Como se puede observar, esta teoría centra su análisis en el valor económico del bien objeto de apropiación antes que en su materialidad.

Cabe notar que esta teoría tiene dos vertientes que se diferencian por tener un distinto entendimiento del segundo elemento de “expropiación” en la apropiación. Así, tenemos a la “teoría del valor amplia” y la “teoría del valor restringida”. La primera de ellas señala que existe apropiación cuando el autor obtiene cualquier beneficio con el uso del objeto ajeno²⁴⁰. Es decir, existirá apropiación cuando, aunque se devuelva el objeto, su uso le haya reportado un beneficio al autor. Por otro lado, la teoría del valor restringida sostiene que existe una expropiación típica cuando, además del beneficio para el sujeto activo, se genere la pérdida del valor económico intrínseco de la cosa ajena²⁴¹.

4.7.3. Teoría de la unión

La doctrina penal dominante ha reconocido que las dos teorías anteriormente expuestas no pueden constituir por sí solas fundamento suficiente para la comprensión del elemento de “apropiación”. En esta medida, se ha formulado una teoría ecléctica que trata de conjugar los postulados de la teoría de la sustancia y la teoría del valor real²⁴².

²³⁹ Cfr. DE LA MATA BARRANCO, Norberto. Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. op. cit. p. 136.

²⁴⁰ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. loc. cit.

²⁴¹ Cfr. DE LA MATA BARRANCO, Norberto. Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. op. cit. p. 137.

²⁴² *Ibíd.* pp. 138-141.

Según esta teoría, la apropiación viene definida por la incorporación al patrimonio del sujeto activo de i) la materialidad de cosa ajena o ii) de su valor, privando al propietario de las dos o una de ellas. Es decir, existirá apropiación cuando i) la cosa misma se expropie con carácter definitivo o, al menos, duradero; o ii) se merme su “valor” (incorporado necesaria y directamente en la sustancia de la cosa).

Cabe notar que esta teoría entiende al “valor” de la cosa de manera distinta a como la entendía la teoría del valor anteriormente expuesta, por cuanto el “valor” del bien viene definido por la función de objeto. El valor del bien no es cualquier ventaja económica imaginable que se obtenga de cualquier modo mediante la utilización del objeto sobre el que recae la conducta expropiatoria, sino solo aquel que se deriva de la propia funcionalidad del objeto²⁴³. En efecto, los defensores de esta tesis señalan que para determinar la “expropiación” del “valor” del bien incorporado indebidamente al patrimonio del sujeto activo se tendrá que atender a los intereses que tiene el propietario sobre él. Es decir, existirá “expropiación” por privación del “valor” del bien, cuando el objeto no pueda satisfacer a su propietario del mismo modo como anteriormente venía haciéndolo²⁴⁴.

Conforme lo señala De la Mata Barranco, **son dos los momentos que se deben analizar para afirmar o negar la existencia de una “apropiación”: Primero, se debe comprobar si el sujeto activo ha incorporado a su patrimonio un objeto ajeno del que se ve privado definitiva o duraderamente su legítimo propietario, en cuyo caso existirá apropiación (apropiación de la sustancia); sin embargo, si ello no sucede, habrá que verificar, en un segundo momento, si el propietario puede disfrutar del bien del mismo como lo venía haciendo antes de que el sujeto activo incorpore indebidamente el mismo a su patrimonio (apropiación del valor).** Si existe esta posibilidad de disfrute por parte del propietario, entonces, no se afirmará la apropiación²⁴⁵.

²⁴³ *Ibíd.* p. 139.

²⁴⁴ *Ibíd.* p. 141.

²⁴⁵ *Ibíd.*

4.7.4. Teoría funcional

Por último, la doctrina penal ha formulado en los últimos tiempos una teoría que se asemeja en cierto grado a la teoría de la unión y a la cual han denominado “teoría funcional de la apropiación”.

De acuerdo a esta teoría, “apropiación” supone el aprovechamiento indebido de las posibilidades de utilización inherentes a la función que una cosa tiene para su propietario (apropiación en estricto), privando duraderamente de la cosa al propietario (expropiación)²⁴⁶.

Este último elemento de “expropiación” es entendido como la disminución o privación de las posibilidades de disposición fácticas que fluyen de la propiedad y que permiten a su titular desarrollarse personalmente en el orden social²⁴⁷. Como sostiene Silva Castaño, habrá expropiación cuando se compruebe que se ha privado al propietario para siempre de su posibilidad real de dominio o si se le ha privado de todas o algunas de las funciones del objeto²⁴⁸. O como sostiene Zugaldía, hay expropiación cuando se priva al titular de la posibilidad de ejercer el dominio de la cosa de la misma forma que lo hacía antes²⁴⁹.

La semejanza con la teoría de la unión se presenta por lo siguiente: Primero, ambas teorías no renuncian a la consideración de la sustancia y/o el valor de la cosa para determinar su apropiación. En efecto, aun cuando la teoría funcional centra su análisis en la funcionalidad del objeto, implícitamente está reconociendo que dicha funcionalidad puede recaer, tanto en la sustancia de la cosa, como en su valor o ambas, dependiendo del caso²⁵⁰. En segundo lugar, tanto la teoría de la unión, como la teoría funcional, hacen referencia a la función del objeto como elemento a tomar en cuenta para determinar la “expropiación”. Como se mencionó supra, la teoría

²⁴⁶ *Ibidem*.

²⁴⁷ *Ibidem*.

²⁴⁸ Cfr. SILVA CASTAÑO, María Luisa. El delito de apropiación indebida y la administración desleal de dinero ajeno. op. cit. p. 99.

²⁴⁹ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. loc. cit.

²⁵⁰ Esta semejanza es reconocida también por DE LA MATA BARRANCO. Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. loc. cit.

de la unión, en un segundo momento de análisis, evalúa si el propietario puede disfrutar del bien del mismo como lo venía haciendo antes de que el sujeto activo incorpore indebidamente el mismo a su patrimonio. En tal sentido, aquí también la teoría de la unión atiende a la funcionalidad del objeto.

4.7.5. Toma de postura

A nuestro juicio, de todas las teorías expuestas precedentemente, la teoría funcional es la que nos parece más acertada, en tanto se ajusta de mejor manera al bien jurídico “patrimonio en clave funcional” que hemos reconocido en el delito de peculado. Conforme lo ha reconocido sector de la doctrina penal, los postulados de la teoría de la sustancia, la teoría del valor y la teoría de la unión merecen importantes críticas que a continuación expondremos:

Respecto a la teoría de la sustancia, lo criticable de su postulado es que, **dado su alcance limitado, genera efectos político-criminales negativos**. Conforme lo ha reconocido la doctrina alemana dominante, según esta teoría permanecen impunes una variedad de atentados contra la propiedad que no necesariamente transforman la sustancia del objeto²⁵¹.

Así, en el ejemplo que mencionábamos supra sobre la apropiación de un cheque bancario, sería político-criminalmente insatisfactorio que no se sancione penalmente al que se apropió del valor del cheque (monto dinerario), pero devolvió la materialidad del mismo (papel).

En cuanto a la teoría del valor real amplia, se le puede criticar que la misma **no permite sancionar a las conductas apropiatorias que recaen sobre bienes carentes de valor económico**²⁵². Conforme hemos señalado, desde nuestro punto de vista, el objeto material del delito de peculado no requiere tener necesariamente un valor económico, pues lo relevante es que sirva para satisfacer intereses públicos de la Administración en concordancia

²⁵¹ *Ibíd.*

²⁵² *Ibíd.* p. 136.

con el bien jurídico “patrimonio público en sentido funcional”. En esta medida, la teoría del valor “amplia” no se condeciría con este entendimiento del bien jurídico ni con la caracterización general del objeto material de la acción del delito de peculado.

Por otro lado, un segundo cuestionamiento que recae sobre esta teoría es que genera una sobre criminalización de conductas de mero uso que reportan beneficio para el sujeto activo, las mismas que en principio deberían ser atípicas por no suponer una privación definitiva de las facultades de dominio sobre el bien (apropiación)²⁵³. Desde nuestro punto de vista, no se debe analizar el beneficio del sujeto activo para determinar la “apropiación” - pues este también puede beneficiarse de los meros usos penalmente irrelevantes-, sino que se debe evaluar el efecto que la incorporación del bien ajeno en el patrimonio del sujeto activo produce en el titular.

En lo concerniente a la teoría del valor real restringida, podemos criticar que la misma hace referencia exclusivamente al valor económico intrínseco de la cosa para determinar la existencia de una “expropiación”. En tal sentido, no podrían ser objeto de apropiación objetos carentes de valor económico, lo cual, como ya se explicó, resulta desacertado, pues el valor que debe ser atendido no es el “valor económico” de la cosa, sino su “valor funcional”. Un entendimiento puramente económico del valor de un objeto no estaría en concordancia con nuestro entendimiento del objeto material del delito de peculado y del “patrimonio público en clave funcional” como bien jurídico protegido del delito.

Respecto a la teoría de la unión, habría que mencionar que el único cuestionamiento que podría efectuarse a la misma es de orden metodológico. En efecto, creemos que no resulta útil dividir en dos momentos la evaluación de la presencia de la “apropiación” (primero, “apropiación” de la sustancia y, luego, “apropiación” del valor), puesto que lo realmente importante es determinar el menoscabo de la funcionalidad del objeto, sea que esta

²⁵³ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. loc. cit.

funcionalidad recaiga sobre el valor o la sustancia del objeto ajeno. A pesar de que la teoría de la unión hace referencia a la funcionalidad del objeto en el segundo momento de análisis, creemos que ello se tiene que realizar siempre desde un primer momento, pues la apropiación de la sustancia de una cosa comporta también un menoscabo a su funcionalidad.

En tal sentido, desde nuestro punto de vista, la teoría que debe ser manejada para definir a la “apropiación” en el delito de peculado es la teoría funcional. La interpretación en clave funcional del “patrimonio público” como bien jurídico protegido por el delito de peculado propicia que también entendamos al elemento típico de “apropiación” en sentido funcional. Como sostiene De la Mata, existirá expropiación y lesión al bien jurídico protegido cuando *“con la conducta del sujeto activo se lesiona la posible utilidad que el titular podría haber obtenido con la disposición de su bien, único supuesto (...) en el que el derecho a la libertad de actuación sobre esos bienes patrimoniales habrá de tenerse en cuenta”*²⁵⁴. La expropiación se producirá allí donde el objeto deje de prestar a su propietario legítimo una de las posibilidades de disfrute que le ofrecía con anterioridad al acto de apropiación²⁵⁵. Asimismo, a favor de esta teoría funcional también se pronuncia Silva Castaño, quien sostiene que *“solo podremos admitir la existencia de apropiación cuando el uso afecte a la función y sólo en ese caso consideramos la punibilidad del comportamiento”*²⁵⁶. Según esta autora, si se le priva al sujeto pasivo de la función de la cosa (con independencia de su valoración económica), aunque se le haya devuelto la sustancia, en realidad ya se le ha expropiado en forma definitiva de la misma²⁵⁷.

Por tanto, a nuestro juicio, la “apropiación” en el delito de “peculado doloso tradicional” debe ser entendida como **el aprovechamiento indebido de**

²⁵⁴ DE LA MATA BARRANCO. Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. op. cit. p. 181.

²⁵⁵ *Ibíd.*

²⁵⁶ SILVA CASTAÑO, María Luisa. El delito de apropiación indebida y la administración desleal de dinero ajeno. op. cit. p. 101.

²⁵⁷ *Ibíd.*

las posibilidades de utilización inherentes a la función pública que una cosa tiene para la Administración (apropiación en estricto), privando total o parcialmente a ésta de las posibilidades de disposición fácticas sobre dicha cosa (expropiación). Es decir, la apropiación se verifica cuando se suprime o disminuye la posibilidad de que la Administración ejerza su dominio sobre el bien público de la misma forma que lo hacía antes de que el funcionario se comporte ilícitamente como pseudo-propietario.

4.8. Los usos penalmente irrelevantes

Teniendo en consideración la definición de “apropiación” que hemos esbozado, los meros usos serían aquellas conductas consistentes en destinar el objeto ajeno a un fin diverso al autorizado, no generando la disminución de la funcionalidad del bien (no existe “expropiación”)²⁵⁸. Aquel funcionario que sustrae un viernes por la noche una laptop de su centro de labores para jactarse de que tiene una frente a sus amigos un fin de semana, pero la devuelve a la Administración el lunes por la mañana, sólo habría usado el caudal, mas no se lo habría “apropiado”, dado que no se redujo ni privó a la Administración del uso funcional del bien conforme lo venía haciendo antes.

Al respecto, como se afirma respecto del delito de apropiación indebida español, **el mero uso del bien objeto material del peculado es irrelevante penalmente**²⁵⁹. Las conductas que realmente son desvaloradas por el delito de “peculado tradicional”, por tener una gravedad y dañosidad suficiente, son sólo las conductas apropiatorias, siendo que, como se explicará más adelante, el elemento típico “utilización” hace referencia a una modalidad delictiva distinta de “gestión desleal de patrimonio público”. En efecto, aun cuando a partir de un entendimiento puramente literal del elemento típico “utilización” del precepto, se podría pensar que las conductas de mero uso son también punibles, sobre la base de una interpretación teleológica-axiológica²⁶⁰ de este

²⁵⁸ Cfr. QUINTANO RIPOLLES citado por DE LA MATA BARRANCO, Norberto. Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. Op. cit. p. 166.

²⁵⁹ Cfr. SILVA CASTAÑO, María Luisa. Comentarios al Código Penal. op. cit. p. 404 y DE LA MATA BARRANCO, Norberto. Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. loc. cit.

²⁶⁰ Conforme sostiene JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. op. cit. p. 166, la interpretación teleológica es aquella que apela a los fines y valores de la ley penal para su

elemento típico, se puede afirmar que el mero uso no autorizado del bien constituiría, en todo caso, sólo una infracción de naturaleza administrativa, mas no un delito²⁶¹.

Sobre el funcionario público que tiene a su cargo patrimonio público recae una serie de deberes funcionales especiales -positivizados en la normativa administrativa- de debida utilización como el estipulado en el artículo 7°.5 del Código de Ética de la Función Pública. Según este precepto, el funcionario debe hacer lo siguiente:

“proteger y conservar los bienes del Estado, debiendo utilizar los que le fueran asignados para el desempeño de sus funciones de manera racional, evitando su abuso, derroche o desaprovechamiento, sin emplear o permitir que otros empleen los bienes del Estado para fines particulares o propósitos que no sean aquellos para los cuales hubieran sido específicamente destinados.”

En tal sentido, **la vulneración de este deber de uso debido de los bienes públicos por parte del funcionario encargado constituiría una falta o infracción administrativa** (Art. 10° del Código de Ética de la Función Pública), pues dicha conducta supone también un cierto grado de menoscabo al correcto funcionamiento de la administración pública que amerita que el Derecho Administrativo sancionador, como una manifestación adicional

entendimiento. En esta línea, LUZON PEÑA, Diego-Manuel. Curso de Derecho Penal. Parte General I. op. cit. p. 169, sostiene que *“el criterio teleológico y valorativo atiende a la finalidad de la norma (fundamentalmente la ley), a su voluntad «objetiva» en su configuración actual y a las valoraciones implícitas o explícitas de la misma; y en el caso de las leyes penales, a los objetivos de política criminal que el sistema penal ha plasmado en un precepto o grupo de preceptos a través de un determinado tenor literal, con valoraciones y fines que se desprenden no sólo de la redacción de los hechos típicos y de la mayor o menor gravedad de su sanción, sino también de su puesta en relación con los principios y límites del ius puniendi”*.

²⁶¹ Sobre este punto, cabe mencionar que, si bien el artículo 388° CP sanciona a aquel funcionario que simplemente usa de forma no autorizada ciertos bienes públicos, este precepto penal sólo se aplica para bienes que constituyen herramientas de trabajo comunes, quedando fuera de su ámbito de aplicación los bienes que tiene el funcionario para custodiar, percibir o disponer (realizar negocios jurídicos). Además de ello, a nuestro juicio, este precepto penal del Art. 388° CP resultaría contrario al principio constitucional de proporcionalidad por contravenir la naturaleza *ultima ratio* del Derecho Penal, por lo que de *lege ferenda* debería ser derogado.

del *ius puniendi* estatal, intervenga (no se está proponiendo aquí una impunidad absoluta del hecho).

En efecto, al igual que sucede con otros ámbitos de regulación normativa en la que coexiste regulación penal y la regulación administrativa (regulación en el ámbito medioambiental por ejemplo), **el Derecho Administrativo también fomenta, conjuntamente con el Derecho Penal, el “correcto funcionamiento de la administración pública”** (en específico, por ende, se protegería también el patrimonio público en sentido funcional)²⁶². La diferencia entre estos dos tipos de manifestación del *ius puniendi* estatal es que el Derecho penal, en tanto *última ratio*, sólo intervendrá frente a las conductas más lesivas que afectan el correcto funcionamiento de la administración pública²⁶³. Es por ello que, como lo afirma sector de la doctrina penal, el riesgo que es tolerado o permitido por el Derecho Penal debe ser mayor al tolerado o permitido por el Derecho Administrativo²⁶⁴; es decir, no necesariamente lo que es prohibido para el Derecho Administrativo es prohibido para el Derecho Penal.

Así, a nuestro juicio, **la conducta de mera “utilización” del caudal público no reviste la gravedad o entidad lesiva suficiente como para ameritar la intervención del Derecho Penal a través de la aplicación del delito de “peculado por apropiación”**. Como dijimos, el delito de “peculado tradicional” sancionaría solamente conductas que en estricto son

²⁶² Cfr. HUERTA TOCILDO, Susana. Ilícito penal e ilícito disciplinario de funcionarios. En: La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir. Carlos María Romeo Casabona y otros (Editores). Tecnos: Madrid, 2002. p. 54. En sentido similar pero refiriéndose al ámbito del Derecho Penal económico CARO CORIA, Dino Carlos. op. cit. p. 19.

²⁶³ Creemos que lo que distingue a la sanción administrativa de la sanción penal es la mayor gravedad del injusto de este. Se trata, entonces, de una diferencia cuantitativa, pues la sanción administrativa se deberá aplicar en casos de infracciones menores, de poca conmoción social, mientras que la sanción penal en virtud del principio de subsidiariedad y *última ratio*, deberá intervenir en aquellos casos en los cuales la sanción administrativa resulte insuficiente de cara a sus efectos preventivos generales [Cfr. ROXIN, Claus. op. cit. p. 71-75]. Sobre este punto MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. Derecho Penal. Parte General. Tomo 1. Astrea: Buenos Aires, 1994. p. 23; sostiene que la diferenciación cuantitativa entre estos dos tipos de sanción ha sido la que ha tenido mayor acogida doctrinal.

²⁶⁴ Cfr. PAREDES CASTAÑON, José Manuel. El riesgo permitido en Derecho Penal (régimen jurídico penal de las actividades peligrosas). Ministerio de Justicia e Interior: Madrid, 1995. p. 79; y CARO CORIA, Dino Carlos. op. cit. p. 20.

apropiatorias, dejando al Derecho Administrativo la labor de reprimir las conductas de utilización indebida de bienes públicos por parte de los funcionarios.

4.9. Conceptualización del elemento típico “utilización”

Si hemos señalado que la conducta de mero uso indebido (no apropiatoria) resulta penalmente irrelevante para el delito de “peculado tradicional” por no tener el grado de gravedad suficiente, entonces ¿Tiene alguna utilidad práctica el término “utilizar” empleado en el precepto penal del Art. 387° CP? La respuesta es afirmativa; no obstante, la conducta típica de “utilización” configura una modalidad especial del delito de peculado que se diferencia de la tradicional modalidad de “peculado por apropiación”. En esta medida, el elemento típico “utilizar” no debe ser entendido genéricamente como cualquier clase de uso indebido de un bien público, sino como “disposición abusiva” de bienes públicos dados en “administración” al sujeto activo.

En definitiva, a nuestro juicio y siguiendo parcialmente en este punto al Prof. Montoya Vivanco, el elemento típico “utilización” cobra utilidad práctica cuando se conjuga con los elementos típicos “administración” y “caudales públicos” -explícitamente mencionados por la redacción del Art. 387° CP-. En este supuesto, **la conducta típica de “utilización” viene a constituir una modalidad delictiva especial del delito de peculado, al cual podemos denominar “administración desleal de patrimonio público”²⁶⁵.**

4.10. Consumación del delito

Desde una perspectiva formal, un delito se consuma cuando el sujeto activo realiza todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal²⁶⁶. Desde esta perspectiva, la consumación hace referencia al cumplimiento de

²⁶⁵ Cfr. MONTROYA VIVANCO, Yvan. Los viáticos como objeto de la acción del delito de peculado. Boletín N° 8. Diciembre 2011. p. 3-6. En: http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/boletin/diciembre_2011_n08.pdf f. Visitado el 16 de agosto de 2012.

²⁶⁶ Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. op. cit. p. 556 y LUZON PEÑA, Diego-Manuel. Curso de Derecho Penal. Parte General. Volumen I. Universitas: Madrid, 2004. p. 350 y

los elementos que se describen en el tipo penal²⁶⁷. Por otro lado, desde una perspectiva material, con la consumación se produce la perturbación del bien jurídico (lesión o puesta en peligro)²⁶⁸; es decir, la consumación marca el surgimiento del “desvalor de resultado” del injusto (sea éste un injusto tipificado expresamente en la parte especial del Código Penal o leyes especiales, o el injusto de un “delito tentado” que se tipifica a partir de las reglas generales de la tentativa del artículo 16° CP)²⁶⁹; el “desvalor de resultado” coincide con la consumación material del delito²⁷⁰.

En ese sentido, **el delito tradicional de “peculado por apropiación” se consume cuando se produce la “expropiación definitiva” del objeto ajeno**, puesto que es en este momento que se perturba el bien jurídico “patrimonio público en sentido funcional” disminuyendo o privando a la administración pública de las posibilidades funcionales de aprovechamiento del objeto público. Conforme sostiene Silva Castaño, el “resultado típico”, “desvalor de resultado” o “consumación” en los “delitos de apropiación” se verifica en el segundo aspecto de la conducta de “apropiación”, esto es, la “expropiación definitiva” del titular del bien objeto de la apropiación²⁷¹. De la misma opinión es Sánchez-Vera, quien refiriéndose al delito de apropiación indebida, señala que este se consume con el acaecimiento de los dos elementos o aspectos de la “apropiación”: “apropiación en estricto” y “expropiación”²⁷².

²⁶⁷ Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal. Parte General. Grijley: Lima, 2013. p. 422.

²⁶⁸ En este sentido VASQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. op. cit. p. 301 y 302.

²⁶⁹ Cfr. MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. op. cit. p. 339; quien sostiene que la tentativa es, en puridad, un delito distinto al consumado.

²⁷⁰ Según VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. op. cit. p. 422 la consumación concuerda con el desvalor de acción y el desvalor de resultado. De la misma opinión es LAURENZO COPELLO, Patricia. El resultado en el derecho penal. Tirant lo Blanch: Valencia, 1992. p. 160 quien sostiene que para los que adoptan -como nosotros- una concepción dualista del injusto, toda consumación supone desvalor de resultado, entendido como “perturbación” del bien jurídico.

²⁷¹ Cfr. SILVA CASTAÑO, María Luisa. El delito de apropiación indebida y administración desleal de dinero ajeno. op. cit. p. 96.

²⁷² Cfr. SÁNCHEZ-VERA GOMEZ-TRELLES, Javier. Administración desleal y apropiación indebida. op. cit. p. 1213-1214, quien denomina a estos dos elementos “expropiación ideal” y “apropiación ideal”.

En esta medida, la consumación del delito no requiere que se produzca un efectivo beneficio o provecho económico contable en el sujeto activo o un tercero²⁷³. La “apropiación” no implica, necesariamente, que el sujeto activo se enriquezca ni que, paralelamente, el sujeto pasivo (Administración) se empobrezca contablemente, dado que lo que se está protegiendo aquí son las posibilidades de ejercicio efectivo de las facultades dominicales que otorga la propiedad al titular de un objeto, mas no la situación patrimonial del sujeto pasivo²⁷⁴. Conforme lo sostiene la doctrina de manera consensuada, la “apropiación” no disminuye contablemente el patrimonio del sujeto pasivo, pues este sigue detentando jurídicamente la titularidad del objeto “apropiado”²⁷⁵.

En efecto, como sostuvimos cuando tomamos postura sobre el bien jurídico protegido por esta figura delictiva, para que se produzca un daño patrimonial no se requiere verificar una disminución económicamente cuantificable en las arcas del Estado, sino que -de acuerdo a un entendimiento funcional del patrimonio- se requiere la valoración de los fines públicos que se ven frustrados con la actuación antijurídica.

4.11. Sobre la apropiación “para sí o para otro”

Cobra especial importancia en este punto de nuestro estudio, el entendimiento de los elementos típicos “para sí” y “para otro” del delito de peculado tradicional. En efecto, el delito de peculado tradicional señala que la “apropiación” puede darse “para sí” (para el sujeto activo) o “para otro” (para un tercero distinto al sujeto activo), lo cual debe entenderse como que la “apropiación” puede tener como consecuencia un **“favorecimiento” o “beneficio” al propio sujeto activo o a un tercero particular**²⁷⁶.

²⁷³ De esta opinión también es ROJAS VARGAS, Fidel. op. cit. p. 501.

²⁷⁴ Cfr. SANCHEZ-VERA GOMEZ-TRELLES, Javier. Administración desleal y apropiación indebida. op. cit. p. 1215-1216.

²⁷⁵ Cfr. DE LA MATA BARRANCO, Norberto. Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. op. cit. p. 134.

²⁷⁶ En sentido similar, ABANTO VASQUEZ, Manuel. op. cit. p. 354.

A nuestro juicio, **la mención explícita que hace el tipo penal a estos dos elementos resulta superflua**, pues el propio concepto de “apropiación” los engloba. El tipo penal pudo no haber mencionado que la “apropiación” era “para sí o para otro” y de igual forma se hubiera entendido que la “apropiación” de un objeto ajeno puede suponer un beneficio para el sujeto activo o para un tercero. Por ejemplo, habrá una “apropiación para sí” cuando la manifestación de la actuación indebida como pseudo-propietario (aspecto positivo de la “apropiación”) sea la realización de un viaje interprovincial de vacaciones familiar con un vehículo del Estado; mientras que habrá una “apropiación para otro” cuando esa manifestación de actuación como pseudo-propietario sea la entrega de una laptop del Estado como regalo de cumpleaños a la hermana del sujeto activo.

En los dos ejemplos mencionados, la “apropiación” se produce con el acaecimiento de disminución o privación de las posibilidades de aprovechamiento funcionales que tiene el objeto para la administración pública (expropiación); no obstante, en el primer caso, producto de la “apropiación” hubo un beneficio personal del sujeto activo, pues el sujeto activo se aprovechó de una de las facultades que dimanaban de la propiedad sobre el objeto (uso); mientras que, en el segundo ejemplo, mediante la conducta del sujeto activo hubo un beneficio para tercero (recibió un objeto sobre el que podrá ejercer fácticamente las facultades que emanan de la propiedad sobre él, expropiando a la Administración del objeto).

Toda “apropiación” siempre supone favorecer u obtener un beneficio privado (para sí o para otro) del objeto. Como se dijo, la propia naturaleza de las conductas apropiatorias hace que este beneficio se encuentre presente. Por ende, la mención expresa de los elementos “para sí o para otro” no hace más que reafirmar que existen diversas formas de manifestación de las conductas apropiatorias, las cuales pueden acarrear un beneficio para el sujeto activo, pero también, en algunos casos, un beneficio para un tercero.

En esta medida, para poder sancionar al tercero -que recibe dolosamente una cosa pública del sujeto activo- como partícipe del delito de peculado²⁷⁷, habrá que analizar en cada caso concreto cuándo se produjo la “expropiación” definitiva del objeto público. Si la “expropiación” se produjo antes de que el tercero dolosamente recibiera en su esfera de dominio el objeto público, entonces no se podrá sancionar al tercero como partícipe, pues su intervención es post-consumativa²⁷⁸. No obstante, si la “expropiación” se produce recién cuando el tercero recibe o tiene en su poder el objeto público, entonces el tercero podrá responder como partícipe del delito por intervenir en fase de consumación del delito.

Es sobre la base de estas consideraciones que nosotros no compartimos la opinión de Reaño Peschiera, quien refiriéndose a la conducta típica de “apropiación para otro” del delito señala que *“su consumación exige que el tercero acepte los caudales que indebidamente le ofrece el funcionario público. La aceptación del particular configura el acto de apropiación que consume el delito, y sólo a partir de ese momento puede afirmarse que el Estado ha sufrido una lesión patrimonial”*²⁷⁹.

El autor referido sostiene que en la modalidad de “peculado por apropiación para otro” la consumación del mismo no se produce con el acto de “apropiación” mismo, sino con el acto de aceptación de los caudales por parte del tercero. A nuestro juicio, este entendimiento del elemento “para otro” no es acertado, pues introduce en la conducta típica de “apropiación” un elemento ajeno e innecesario. La aceptación por parte de un tercero de los

²⁷⁷ Sobre este punto, compartimos la opinión de MONTOYA VIVANCO, Yvan y otros. Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública. op. cit. p. 50, quienes sostienen que no existe impedimento para que el *extraneus* que participa como “interviniente necesario” en los delitos de encuentro (como el “peculado por apropiación para otro”), responda penalmente como cómplice si con su conducta se crea un riesgo penalmente prohibido para el bien jurídico. En sentido similar, pero sosteniendo que la conducta del interviniente necesario debe ir más allá de un “aporte mínimo necesario”, ABANTO VASQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano. op. cit. p. 80. Del mismo modo, se acerca a nuestro planteamiento, MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. op. cit. p. 233.

²⁷⁸ No obstante, el tercero podrá, de ser el caso, responder penalmente por un delito de lavado de activos por ejemplo.

²⁷⁹ REAÑO PESCHIERA, José Leandro. Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias. Lima: Jurista editores, 2004. p. 43.

bienes públicos no determina de ninguna manera la existencia de “apropiación”, sino que es siempre la verificación de una “expropiación” definitiva del objeto en perjuicio del Estado lo que configura la conducta apropiatoria. Según sea el caso, como se dijo, esta “expropiación” podría producirse antes de que el tercero acepte el objeto o, también, cuando éste ya lo tiene en su poder.

Por tanto, lo decisivo aquí no es la aceptación o recepción del objeto por parte del tercero, sino la verificación de los dos aspectos positivo (apropiación en estricto) y negativo (expropiación definitiva) de la “apropiación”.

CAPITULO V

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE PECULADO

5.1. Autoría directa o inmediata.

Se dice que es autor directo o inmediato a aquel sujeto que comete el hecho delictivo de manera directa, realizando el hecho por sí mismo o por propia mano, sin utilizar a terceros o instrumento para la ejecución del delito y sin compartir el dominio del hecho con otros. Es quien tiene dominio del hecho en la comisión de un delito. Como dice Javier Villa Stein, es autor quien realiza el tipo aquel señalado en la norma con la fórmula “el que” para significar con ello que cualquier persona con capacidad de culpabilidad puede ser su protagonista principal.

5.2. Autoría mediata.

Teoría cuyo fundador es Claus Roxin para referirse a aquel que sin intervenir de manera directa, impartiendo una orden o valiéndose de un instrumento o terceros, ejecuta el hecho delictivo, a través de una orden o mando sin “ensuciarse las manos”. Es aquella persona que sin intervenir de manera directa, imparte una orden utilizando algún medio o instrumento con el cual llega a concretar su objetivo; es así como se le conoce “autor detrás del autor”, autor mediato o, como otros lo conocen, autor intelectual.

5.3. Autor y sujeto activo.

La noción de autor contiene la responsabilidad criminal por el hecho cometido; en tanto que, el sujeto activo es exclusivamente la persona que realiza la conducta típica prevista en la norma penal, persona que puede o no ser catalogada como autor.

5.4. Coautoría.

Son aquellos sujetos que, de manera conjunta y coordinada a través de acuerdo de voluntades, deciden realizar un evento delictivo.

La coautoría es un título de imputación delictiva referido a un colectivo típico integrado por intervinientes con capacidad para infringir la norma prevista en el tipo penal, donde el hecho es realizado de manera conjunta. Se trata de una comunidad objetiva de intervinientes, con acuerdo previo, donde cada uno de ellos realiza una aportación objetiva esencial fundada en un reparto de trabajo de tal forma que en la relación objetiva de los aportes se produce una comunidad en un contexto que los acredita como referidos los unos a los otros, producidos colectivamente, materializándose precisamente la coautoría en la co-ejecución del hecho punible.

Se trata de la ejecución de un delito cometido conjuntamente por varias personas que participan voluntaria y conscientemente de acuerdo a una división de funciones de índole necesaria.

Para la configuración de coautoría se requiere la presencia de dos condiciones: la co-ejecución (objetiva) y el acuerdo de voluntades (subjetiva). En cuanto a la condición objetiva, es necesario que la ejecución del hecho se realice conjuntamente, estructurándose en un todo. Los coautores deben realizar los actos ejecutivos que le correspondan funcionalmente. Subjetivamente coautor es el autor que tiene el poder y dominio de la realización del hecho, pero conjuntamente con otros autores, con quienes se ha establecido un acuerdo de voluntades.

5.5.Participación delictiva.

Uno de los problemas álgidos en el Derecho Penal es el de la autoría y participación en los diferentes delitos cuando uno o varios sujetos cooperan con otro en la ejecución del hecho delictivo o cuando varias personas intervienen en la comisión de un delito sea como autores o partícipes en diferentes grados.

En los delitos de infracción del deber existen reglas distintas que en los delitos de dominio del hecho y más aún cuando un sujeto *extraneus* participa en aquellos delitos cometidos por funcionarios públicos que desempeñan una función o rol dentro de la Administración Pública. Si bien el *extraneus* participa en un delito infringiendo el tipo especial, no tiene la calidad exigida por la norma, esto es, participa o interviene en la comisión de aquellos delitos que solo pueden ser cometidos por un *–intrenei-* funcionario o servidor público o cuando, incluso puede tener un grado de participación mayor al del sujeto que cumple la calidad del tipo penal. De modo que, por ejemplo, en el delito de peculado, se necesita tener una relación funcional específica con el objeto del delito al interior de la Administración Pública.

5.5.1.Naturaleza jurídica de la participación delictiva.

Si son varios los que intervienen en la comisión de un delito, realiza el tipo no solo quien domina formalmente la conducta típica sino que existen, sin tener relación directa con la ejecución del hecho en sí mismo, el instigador y los cómplices, personas que colaboran de manera intelectual o materialmente con el autor.

5.5.2.Principio de accesoriedad.

La participación es la intervención en un hecho ajeno, ya que el partícipe no realiza un tipo delictivo autónomo sino una actividad accesoria de un hecho principal ajeno. La accesoriedad significa que la participación requiere para su existencia de un hecho principal que es realizado por el autor.

5.5.3. Formas de participación.

a) Instigación.

Es una forma de participación en su entidad cualitativa. Estriba en que el instigador hace surgir en otra persona la idea de perpetrar un delito, siendo lo relevante es que quien decide y domina la realización del hecho es el instigado y éste es el autor, de lo contrario el instigador aparecería como autor mediato. La instigación puede tomar las figuras de mandato, persuasión, consejo, orden, amenaza, disuasión. El inductor o instigador debe actuar intencionalmente a fin de lograr el hecho delictivo, en tanto que la forma culposa no es punible, pero es posible que suceda como por ejemplo cuando un sujeto comenta sobre la posibilidad de un hecho remoto y hace surgir en otro la idea que puede adoptar las formas comentadas para perpetrar un delito.

b) Complicidad.

Es otra forma de participación en que el cómplice ayuda o coopera en la ejecución de un hecho delictivo a diferencia de los coautores que ejecutan directamente el delito. Los actos de cooperación pueden ser materiales o intelectuales. Son las personas que cooperan con los autores o coautores del delito en la comisión de un delito, cuyo papel puede ser fundamental o no.

c) Complicidad primaria y secundaria.

La distinción entre la complicidad primaria y secundaria estriba en que para la configuración del primero, será cómplice quien realiza actos que sean esenciales para que el autor pueda cometer el delito, como por ejemplo aquella persona que proporciona arma de fuego a los asaltantes.

Es cómplice secundario el que realiza cualquier contribución que no sea esencial para la comisión del delito como por ejemplo aquel sujeto que tiene la función de avisar a los asaltantes de un banco sobre la llegada de la policía. Es más, el cómplice secundario puede ser antes, durante o después del hecho delictivo como cuando el sujeto sugiere que los asaltantes, después de perpetrado un asalto, fuguen por tal calle y no otro que por donde está la Comisaría.

En los delitos de infracción del deber no se admite sino una complicidad única, lo que significa que no existe cómplices primarios ni secundarios que únicamente se admite en los delitos de dominio del hecho. Por ello aquel que participa será cómplice o instigador del delito especial, no importando si en realidad se trata de cómplice primario o secundario.

Es más, la diferencia entre complicidad primaria o secundaria es hija de la teoría del dominio del hecho donde es importante determinar el aporte que ha brindado al autor el partícipe en la comisión del delito²⁸⁰

5.6.Coautoría en los delitos de infracción del deber ?

En la teoría de infracción del deber no se admite la coautoría definida en el artículo 24° del Código Penal como el hecho de cometer conjuntamente el delito. Pues –recordando diremos- existe coautoría cuando dos o más personas cometen conjuntamente un hecho punible. Ocurre cuando dos o más personas con acuerdo de voluntades lesionan o ponen en peligro un bien jurídico protegido. La coautoría también es hija de la teoría del dominio del hecho que explica la autoría y participación en los delitos comunes. La coautoría se fundamenta en el principio de reparto funcional de roles, por el cual las distintas contribuciones deben considerarse como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada coautor, independientemente a la entidad material de su intervención. Por ejemplo, hay coautoría en un delito de robo cuando dos o más personas se ponen de acuerdo y se reparten roles específicos para lesionar el bien jurídico patrimonio de la víctima. Igual puede ocurrir en un homicidio, hay coautoría cuando dos o más personas se ponen de acuerdo en poner fin a la vida de la víctima y luego para conseguir su objetivo se reparten roles específicos. En suma, ello ocurre cuando los bienes jurídicos protegidos son derechos de las personas.

Sin embargo, ello no ocurre cuando los bienes jurídicos protegidos lo constituyen deberes impuestos por la ley penal a determinadas personas. Por

²⁸⁰ Ramiro Salinas Sicha en Delitos contra la Administración Pública. Grijley tercera edición – 2014. Pg. 25.

ejemplo, el deber de lealtad, el deber de imparcialidad, el deber de no lesividad del patrimonio del Estado, etc., son deberes personalísimos que impone el Estado a aquellas personas que desempeñan un cargo público. Son deberes personales que se conocen también como principios que sustentan la administración pública. No pueden dividirse ni compartirse.

En tal sentido, si dos o más funcionarios de una institución pública se ponen de acuerdo para sustraerse el patrimonio de la institución sobre el cual tienen la relación funcional de administración, y así lo hacen, cada uno de aquellos funcionarios afectaría su deber personal de no lesividad del patrimonio público. Cada funcionario en forma personal lesiona o infringe el deber especial penal impuesto por el Estado. Así, cada funcionario será solo autor del delito de peculado. **Es imposible sostener que dos o más funcionarios se pongan de acuerdo y luego se repartan roles para infringir un solo deber especial.** No hay forma de sostener que el funcionario A lesiona una parte de un deber especial, el funcionario B otra parte del mismo deber, y el funcionario C la otra parte del mismo deber especial. **Los deberes especiales impuestos por la ley no pueden dividirse.** En suma, **la infracción del deber especial penal es único, materialmente la infracción de un principio no se hace en coautoría.**

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República, en el año 2010 emitió 2 ejecutorias supremas –que consideramos discordantes con la posición mayoritaria- en los que sostiene que “en los delitos especiales impropios, como el de peculado, se admite la coautoría siempre que concurra: a) la presencia de un acuerdo común para lesionar los bienes del Estado; b) una división de funciones y c) un aporte eficaz de cada uno de los agentes delictivos públicos para extraer los caudales del Estado fuera de la esfera de la administración sin causa legítima para ello”.

Aquí la Sala Suprema utiliza los parámetros de la teoría del dominio del hecho que fundamenta la coautoría, para identificar la autoría y participación en un delito especial como lo es el peculado, el mismo que como sabemos es un delito de infracción del deber. Es más, se señala que debe haber un acuerdo común para lesionar los bienes del Estado cuando **el bien jurídico que se**

protege con el delito de peculado no son los bienes o el patrimonio del Estado, sino lo que se protege con el citado delito es el principio de no lesividad al patrimonio del Estado como incluso, así se ha precisado de modo adecuado como doctrina legal vinculante en el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116.

Es cierto que en el delito de peculado se afecta el patrimonio del Estado en forma indirecta, pero **no como bien jurídico protegido, sino como objeto material del delito.**

Cuando los bienes jurídicos protegidos lo constituyen deberes impuestos por la ley a determinadas personas como el deber de lealtad, el deber de imparcialidad, el deber de no lesividad del patrimonio del Estado, son deberes personalísimos que impone el Estado a aquellas personas que desempeñan un cargo público al interior de la administración pública. Son deberes personales que, como señala el profesor Salinas Sicha, se conocen también como principios que sustentan la administración pública, no pueden dividirse ni compartirse.

5.7. Tesis de la ruptura del título de imputación.

Esta teoría considera la separación absoluta al autor y al partícipe en los delitos contra la administración Pública, bajo los fundamentos de que el sujeto extraneus no tiene la calidad del funcionario obligado y, por lo tanto, no podría vulnerar los bienes jurídicos del Estado al no ostentar de la obligación ni deber de respeto, imparcialidad, custodia de los bienes, etc., respecto de los cuales el sujeto obligado, es decir, el intraneus respondería de una forma independiente, aislada, separa porque aquellos delitos que solamente se les puede imputar a título de autoría dentro de su esfera (Administración Pública).

En cambio el sujeto particular, es decir, ex *extraneus* que no ostenta la calidad de funcionario o servidor público respondería de acuerdo a esta tesis, por un delito subyacente, porque no podría ser autor ni partícipe del delito contra la

Administración Pública; de manera que cada uno responde por los delitos que se les pueda atribuir. El *intraneus* por el delito especial y *extraneus* responde por un delito común. Por ejemplo: el *intraneus* podría responder por el delito de peculado, colusión o abuso de autoridad y el segundo por el delito subyacente u homologable como sería el delito de hurto, apropiación ilícita, estafa o coacción, toda vez que esta tesis considera que los tipos penales de los delitos especiales se refieren exclusivamente a los *intraneus*, razón por la cual existirán delitos subyacentes y homologables en los casos de delitos especiales impropios.

El problema de esta tesis surge cuando se está frente a delitos especiales propios, en que no existen delitos subyacentes como por ejemplo el delito de prevaricato. En este caso al no poderse sancionar al *extraneus* quedaría impune cualquier hecho en el que éste haya intervenido para la producción del delito.

5.8. Tesis de la unidad del título de imputación

Para esta doctrina, tanto el autor como el partícipe de los delitos especiales responderán por la unidad del título de imputación sobre la base de un mismo hecho, el cual permite que el sujeto *extraneus* sea partícipe de un delito contra la Administración Pública. En otros términos, de acuerdo a esta teoría el *extraneus* no responderá por un delito subyacente sino por el mismo hecho de manera accesoria al de su autor. Esta teoría admite la participación y la sanción del *extraneus* en los delitos especiales recurriendo al principio de accesoriedad limitada de la participación, es decir, si el dominio del acontecimiento delictivo –dicho con propiedad infracción del deber- fue detentado por el *intraneus* y el *extraneus* intervino prestando auxilio doloso, este último será partícipe del delito especial perpetrado por aquel.

Si el *extraneus* ejerció el dominio del hecho cambia la figura, entonces el delito cometido será uno común y aquí el *intraneus* será partícipe de dicho delito común.

5.9. Principio de accesoriadad limitada.

Como fundamento de participación del sujeto *extraneus* en los delitos de infracción del deber todo partícipe necesariamente debe de tener un autor quien cometa un hecho delictivo ya sea dominando o violando su obligación de deber.

Por el principio de accesoriadad limitada se entiende una cierta relación de dependencia del partícipe respecto del autor; que entre la conducta de uno y otro existe una dependencia fáctica.

Es necesario dejar aclarado que la tesis de la ruptura del título de imputación vulnera el principio de accesoriadad limitada toda vez que separa al autor especial por el delito que le corresponde y al partícipe por el delito común subyacente al delito especial (solo para los delitos especiales impropios)

Por ello resulta ser más pertinente optar por la tesis de la unidad de imputación que supera el problema de la doble calificación por el mismo hecho, el cual impide búsquedas erráticas y elimina la sombra de impunidad que cubre los delitos contra la Administración Pública.

5.10. Derecho Comparado.

Contexto cultural y normativo.

Es de advertir, que en varios países de América Latina de habla castellana, culturalmente similares, tienen, con respecto a sus legislaciones penales, varias similitudes como también diferencias normativas.

Es así que en las legislaciones de algunos de ellos, a diferencia del Perú, se toma en cuenta el monto de los caudales o efectos sustraídos, en otras además el hecho que el agente haya restituido el dinero antes de la iniciación del proceso judicial.

Así tenemos que en la legislación penal **chilena**, trata el tema con la denominación de malversación de caudales públicos y no como peculado,

graduando además la sanción de acuerdo al monto equivalente a Unidades Tributarias Mensuales²⁸¹. Precisa que serán castigados con presidio menor en un grado medio si la sustracción es de 1 a 4 Unidades Tributarias Mensuales (UTM); con presidio menor en su grado máximo si excediere de 4 unidades tributarias mensuales y no pasare de 40 unidades tributarias mensuales, con presidio mayor en sus grados mínimo a medio si excediere de 40 unidades tributarias mensuales.²⁸²En todos los casos de sanción, se establece además la inhabilitación absoluta temporal en su grado mínimo a inhabilitación absoluta **perpetua** para cargos y oficios públicos.

En cuanto a la restitución de lo sustraído, con la denominación de **reintegro**, legisla como parte de una forma de rebajar la pena al agente del delito, lo que no ocurre en el Perú, puesto que no se toma este aspecto que consideramos interesante así como el hecho de tomar en cuenta la graduación de la sanción considerando el monto de los caudales sustraídos.

La legislación penal de **Argentina**, trata como malversación de caudales públicos, en su artículo 261²⁸³ del Código Penal. Sin embargo, guarda semejanza con la ley peruana, ya que no distingue el monto sustraído para efectos de agravar o aminorar la sanción ni toma en cuenta la posible restitución de lo sustraído que pueda beneficiarle al agente del delito. Sin embargo, lo resaltante de esta legislación, es que la inhabilitación del funcionario o servidor público es absoluta y perpetua a diferencia de lo nuestro.

La legislación penal **colombiana**, tiene en cuanto al tratamiento específico, similar a la peruana, catalogando en su Art. 133 el delito de Peculado por

²⁸¹ Código Penal de Chile. Art. 233. El empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los sustrajere o consintiere que otro los substraiga, será castigado.

²⁸²En otro apartado se encuentra la tabla de sanciones y para este caso precisa de 10 a 15 años de reclusión, como pena más alta.

²⁸³ Código Penal de Argentina. ARTICULO 261. - Será reprimido con reclusión o prisión de dos a diez años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que sustrajere caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo. Será reprimido con la misma pena el funcionario que empleare en provecho propio o de un tercero, trabajos o servicios pagados por una administración pública.

apropiación, en cuya norma precisa que si el servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado e interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) a quince (15) años. Sin embargo, como la legislación chilena, toma en cuenta el monto de lo apropiado haciendo una equivalencia a Salarios Mínimos Mensuales para efectos de la graduación de la pena.

La legislación penal **española**, trata el delito de peculado dentro del rubro de malversación. Sin embargo, tiene cierta semejanza con la peruana con respecto a los años de prisión a imponerse al agente del delito de peculado, precisando en su Artículo 432 que si la autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años. Como la legislación chilena, toma en cuenta por otro lado para sanción con mayor severidad si la malversación revistiera especial gravedad, atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público. Las mismas penas se aplicarán si las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico, o si se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública. Precisa por ejemplo, si la sustracción no alcance la cantidad de **4,000 euros**, se impondrán las penas de multa superior a dos y hasta cuatro meses, prisión de seis meses a tres años y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de hasta tres años. Asimismo, esta legislación toma en cuenta el reintegro que pueda efectuar el agente para efectos de atenuar la sanción.

La legislación penal **mexicana**, tiene semejanza con la peruana cuando en el Artículo 223 precisa que comete el delito de peculado el servidor público que indebidamente utilice fondos públicos u otorgue alguno de los actos a que se refiere el artículo de uso indebido de atribuciones y facultades con el objeto de

promover la imagen política o social de su persona, la de su superior jerárquico o la de un tercero, o a fin de denigrar a cualquier persona. Hay cierta diferencia con respecto a que, en México puede cometer el delito de peculado no solo funcionarios o servidores públicos sino hasta cualquier persona pero que haya estado obligada legalmente a la custodia, administración o aplicación de recursos públicos federales que los distraiga de su objeto para usos propios o ajenos o les dé una aplicación distinta a la que se les destinó.

El otro aspecto a resaltar en esta legislación es que, como en su par chileno, para efectos de agravar o atenuar la sanción, toma en cuenta el monto de los fondos utilizados haciendo una equivalencia al salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal

CAPITULO VI

LA SENTENCIA PENAL

Los items posteriores se limitaran a un punto específico como es la de la motivación, tal y como se podrá evidenciar más adelante, por el momento solo se desplegara lo atinente a las consideraciones más resaltantes sobre la sentencia.

Así se podrá observar en este primer capítulo, para que su desarrollo se denota un apoyo predominante de doctrina, tanto nacional como extranjera, con el fin de establecer, en la medida de lo posible comparaciones de criterios, en cuanto a conceptos definiciones de sentencia se refiere, así como en su clasificación, contenido y requisitos y demostrar si la sentencia representa una institución jurídica uniforme en todo el ámbito jurídico o no.

6.1. Conceptos de la sentencia

La palabra sentencia, proviene del latín “sentencia” y representa, según la Enciclopedia Jurídica OPUS (1994). En el ámbito procesal “... el más importante de los actos del órgano jurisdiccional, porque en el mismo y en virtud de la aposición de lo alegado y probado en juicio, el Magistrado administra justicia, mediante, la aplicación del Derecho invocando por las partes...” (p.659).

También señala que la sentencia contiene distintos ingredientes psicológicos y es, al mismo tiempo, declaración de voluntad, juicio lógico y experiencia jurídica, bajo este aspecto, el juez, en lo que refiere a los fundamentos, según la doctrina tradicional, no es autorizado para revisar si esa declaración es equivocada si ese juicio es ilógico o si esa experiencia es errónea, solo le toca verificar si la sentencia esta razonada y si ciertamente existen los fundamentos de hecho y de derecho; en cambio, tiene el deber de controlar la regulación jurídica, la declaración de certeza que emana del fallo como ley entre las partes.

En el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (2000), por ser un compendio de significados verbales, pueden hallarse variedad de ellos para una palabra, en su contenido encontramos que la sentencia se define como una “...Declaración del Juicio y resolución del juez...”, o también como “...Aquella en que el juzgador, concluido el juicio, resuelve finalmente sobre el asunto principal, declarando, condenando o absolviendo...” (p.1864).

El Diccionario de Derecho Usual (1998), por su parte expresa en su contenido que “... la sentencia proviene del latín sentenciado, que equivale a sintiendo, por expresar la sentencia lo que siente u opina quien la dicta. Por ella se entiende la decisión que legítimamente dicta el juez competente, juzgando de acuerdo con su opinión y según la ley o norma aplicable...” (p.372).

En la doctrina extranjera también se manejan algunas definiciones de sentencia, bastante similares a lo señalado en los párrafos precedentes y a la de algunos autores venezolanos, por ejemplo Devis Echandia (1985), sostiene que la sentencia “es el acto por el cual el juez cumple la obligación jurisdiccional derivada de la acción y

del derecho de contradicción de resolver sobre las pretensiones del demandante y las excepciones de mérito o fondo del demandado...” (p.457)

Dentro de los doctrinarios extranjeros, se encuentra también Couture E., (1979) quien en su obra Estudios de Derecho Procesal Civil, estableció que la sentencia “es, en primer término, un acto jurídico. El acto jurídico consiste en que tres agentes del poder público, en el ejercicio de sus facultades y de sus deberes, unen sus voluntades en el sentido de determinada solución: la confirmación, la revocación, la reforma o la anulación del fallo recurrido...” (p.307).

Por su parte, Liebman (1980), opina que la sentencia “es conceptualmente e históricamente el acto jurisdiccional por excelencia, aquel en que se expresa de manera más característica la esencia de la jurídico: el acto de juzgar...” también expresa que la palabra sentencia etimológicamente, quiere decir solamente opinión, parecer, ha sido asumida para indicar, en un significado técnico, el acto final del proceso con el cual el juez formula su juicio...” (p.181).

En ese mismo sentido, opina Carnelutti (1944,319), en su obra sobre la existencia de una diferencia de efectos entre la sentencia y el dictamen, cuya causa se encuentra en la diversidad de naturaleza de ambos actos, por lo que si el segundo nombrado posee una eficacia menor a la sentencia, es porque a la sentencia posee evidentemente alguna cosa distinta y alguna cosa más, la cual consiste en que mientras el dictamen constituye solo ,un juicio, la sentencia es además un mandato, es el prius lógico de su eficacia vinculante: obligación y mandato no son en resulta, sino una misma cosa vista desde dos lados distintos.

Con respecto a la opinión anterior, se incluye por considerarse relevante, destacar la diferenciación efectuada por el autor, de dos actos pertenecientes a un proceso judicial, como lo son la sentencia y el dictamen, por cuanto, en innumerables ocasiones se confunden los términos y se otorgan significados erróneos, con dicha inclusión se logra resaltar un más la importancia de la sentencia como institución jurídica, por cuanto en la medida en la que se van estableciendo diferencias y prioridades se va acentuando su jerarquía.

Siguiendo en el mismo orden, y encontrando en el ámbito de los doctrinarios venezolanos, Delgados (2001,17), se refiere a la sentencia como una norma individualizada, siendo dicha norma un producto regulativo regido por un juego de competencias y de procedimientos, resultados que la sentencia es la consecuencia de un proceso de producción normativo que resuelve un conflicto judicial, el cual afirma el autor, es el resultado de una relación jurídica integrada por las partes y el juez, aparte de todas las demás operaciones judiciales, incluyendo en esa numeración de abogados.

De igual manera, Rengel (1997), ha definido la sentencia como "...el mandato jurídico individual y concreto, creado por el juez mediante el proceso, en el cual se acoge o rechaza la pretensión que se hace valer en la demanda...".

Considerando a la sentencia como un acto que determina el fin del proceso, la Sala constitucional (SC) del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), mediante la sentencia N° 02-03-0313 de fecha 13/08/2002, considero:

...La sentencia como un acto de determinación del proceso decide o no de la pretensión planteada. Tradicionalmente, la doctrina procesal clasifica la sentencia conforme al fin que en el mundo jurídico cumple la forma individualizada en que ella se resuelve...

De lo anterior, se desprende que la sentencia también es entendida como el acto por el cual se pone fin a un proceso, que será corto o largo, dependiendo de cómo haya sido planteada la controversia por las partes, ese viene a constituirse como la finalidad más trascendente de la sentencia.

Como resultado de todo lo anteriormente expuesto, puede concluirse que la sentencia es un acto a través del cual el juez, como rector del proceso, está en la obligación de dar respuesta expresa y precisa conforme a la presentación deducida y en la que forzosamente debe aceptar o desechar los alegatos que se han establecido en la demanda y cuyo efecto inmediato es el poner fin a un determinado proceso.

Se evidencia con cada una de las citas efectuadas de cada autor, sin importar su país de origen, que se manejan los mismos criterios en cuanto a sentencia se refiere,

quedando así demostrando una unidad en este tema que Afianza categóricamente la idea de ver a la sentencia como una institución jurídica, visto que, tanto el derecho extranjero como en el nacional, se mantiene y consolida el criterio sobre lo que debe entenderse por sentencia.

En mi opinión, la sentencia, tomando una idea general de todo lo que se ha expresado anteriormente, deben en su contenido contar con razonamiento de hecho y de derecho en los cuales basar el positivo del fallo, no es posible que los jueces puedan llegar a una decisión justa y completa sin tomar en consideración tales circunstancias, las cuales son aportadas al proceso por las partes, debido a que esas razones necesariamente tienen que guardar una relación con la pretensión deducida o con las excepciones o defensas opuestas.

6.2. Clasificación de la sentencia

Con respecto a la clasificación de la sentencia, son varios los autores que han manifestado su criterio, sin embargo, se nota que aun cuando dichos criterios son diferentes, tal diferencia se observa solo en su forma, más no en el fondo del punto, en otras palabras, en el fondo todos se refieren a la misma clasificaciones o tipos de sentencia, solo que son ubicadas o separadas de manera distinta, dependiendo de la incidencia que esta tenga o de su aparición en el proceso.

En efecto, para Devis Echandía (1985, 457), la sentencia puede ser de tantas clases como los procesos en sí, por lo tanto puede hablarse de sentencias declarativas o positivas; de conocimiento o ejecutiva; declarativas, declaración constitutiva o de condena; represivas, singulares o colectivas; contenciosas o de jurisdicción voluntaria.

Por su parte, Mendoza (1993,76) la clasifica en: Constitutiva; de reposición; de primera instancia; de segunda instancia; firme; aclaratoria; de ampliación; de experiencia complementaria.

Sobre el particular Leibaman (1980,182) ha expresado que la sentencia puede ser definida, cuando define el juicio, es decir concluye , agota el proceso, la misma puede tener por objeto el fondo, cuando lo decide en su totalidad o un cuestión preliminar, cuando decide negando la regular constitución del proceso o la existencia de la

acción y en consecuencia la admisibilidad del juicio sobre el fondo, esta sentencia es la sentencia final del procedimiento de primer grado o de al menos de aquella fase que se ha desarrollado ante un órgano jurisdiccional ; la sentencia no definitiva es aquella que no define el juicio, de manera tal que el proceso continua después de su pronunciamiento, a través de ella el juez solo decide una parte de la materia controvertida, y puede referirse también al fondo o a las cuestiones preliminares.

De manera semejante se refiere Regel -Romberg (1997,290), a la clasificación de la sentencia, resaltando para ello dos criterios, uno por la posición que ocupa en el proceso, las cuales pueden ser: definitiva e interlocutorias; y otro por el contenido específico de la sentencia: en declarativa, de condena, constitutiva y dispositiva o determinativas .

Para dar continuación a lo anteriormente señalado, tenemos que la sentencia definitiva es aquella dictada por el juez al final del juicio, aceptando o rechazando la pretensión del demandante, dando con ella fin al proceso, esta es conocida también como la sentencia de mérito, la que satisface el derecho de acción, pero que solo satisface la pretensión cuando acoge y declara con lugar a la demanda.

En cambio, la sentencia interlocutoria, como su nombre dice, es aquella que se dicta en el curso del proceso, para solucionar cuestiones incidentales como por ejemplo la admisión o negativa de una prueba; en otras palabras son aquellas que deciden cuestiones accesorias y previas relativas al proceso y no al derecho discutido, hasta llevarlo al estado de ser decidido a través de una sentencia definitiva.

De este tipo de sentencia (interlocutoria) se derivan tres categorías de sentencias, conocidas en el ordenamiento jurídico venezolano como:

1. Interlocutoria con fuerza de definitiva: aquellas que ponen fin al juicio, como por ejemplo las que resuelven las cuestiones previas de los ordinales 9º,10º y 11 del artículo 346 del código de procedimiento civiles (CPC), cuyo efecto es desechar la demanda y extinguir el proceso, cuando son declaradas con lugar.
2. Interlocutorias simples: son las demás sentencias que deciden cuestiones incidentales sin producir los efectos de la anterior, a través de estas sentencias el juez concede a

las partes un plazo o sin ella. Un ejemplo de ellas es la que resuelve sobre la inhibición o recusación del juez.

3. Interlocutorias no sujetas a apelación y esencialmente revocables por el contrario imperio: son aquellas que constituyen meros autos de sustanciación, son providencias que pertenecen al impulso procesal.

Según el otro criterio de clasificación, señalado Rengel –Romberg(1997,294), las sentencias pueden ser :

1. Sentencias declarativas, de condena, constitutivas: aquella que recen sobre una pretensión relacionada con alguna de estas diversas especies.
2. Sentencias positivas o determinativas, aquellas que son didácticas por el juez en jurisdicción de equidad, solo que estas sentencias según ha establecido la doctrina dominante, no pueden ser consideradas como una variedad separada de la presentación sobre tratar solamente de declarativa, al tratar solamente de declarar en qué modo, antes y fuera del proceso, se encontraba ya regulada la relación controvertida.

Tal y como adelantamos al inicio de este literal, citando solo a tres autores se puede evidenciar que la regla en cuanto a los tipos de sentencia es bastante similar.

Sin embargo, para ampliar un poco más algunas definiciones conviene resaltar también la opinión de otro autor, como por ejemplo Loreto (1987,341), referida en un primer término a la “sentencia de declaración de simple o de manera certeza”, sobre este tema ha señalado que para la doctrina existen tres clases de sentencia de fondo, denominadas así: declarativas de condena y constitutiva.

Con respecto a la sentencia declarativa, opina que dicha denominación ha sido objeto de variadas discusiones y de críticas rigurosas, una de ellas enfoca a la necesidad de algunos procesalistas de que esta expresión verbal se corresponda verdaderamente con la esencia del concepto o significado, debido a que no da el sentido cabal de su función y contenido.

Afianza su criterio aún más, al señalar la convivencia de sustituir los términos “declara” y “declaración”, por otros que expresen el verdadero sentido y traducción de esos vocablos en el idioma castellano, desde el italiana o alemana, idiomas a partir de los cuales se trataba de amular dichos términos.

Considera que el término “declarar” a la diferencia del concepto de manera certeza, es muy genérico, y que constituye a la creación de muchas confusiones, dadas ellas por la carencia en el idioma castellano de un vocablo que se adaptase perfectamente del italiano a la palabras acertamiento, cuya contribución textual es “hacer cierto, establecer certeza o declararla” o del alemán feststellung y que traduzca la esencia de ellas exactamente al castellano.

Igual pasa con el término “declaración”, que en algunas aplicaciones del lenguaje significa la manifestación o explicación de lo que otra persona u otras dudan si vigor obligatorio; en el ámbito de lo que constituye la sentencia judicial de fondo, esta aceptación se traduce con la manifestación, con fuerza vinculante para las partes, de lo que en cada caso concreto es la voluntad de las leyes en forma estable.

En definitiva, las sentencias en las cuales no se resuelven propiamente hablando las controversias de incertidumbre entra las partes, es porque no existen en ellas la necesidad practica de lograr la certeza, otro caso es aquel que alcanza con la sentencia de inconstitucionalidad de una ley, sobre la cual no existe incertidumbre alguna, en tales circunstancias no estamos en presencia de un problema de certeza que haya de ser fijado por la sentencia solo se busca poner en movimiento el aparato jurisdiccional competente para la actuación del orden jurídico, llegando entonces a situarnos no ante una cuestión de certeza, sino de validez.

Por las consideraciones anteriores, Loreto (1987,363) considera que las expresiones apropiadas para denotar dicha función específica de la sentencia de fondo, deben ser manera declaración, mera declarativa, simple declarativa, con las cuales se pone de manifiesto el sentido estricto de lo que es derecho es en la especie, dejando fuera cualquier componente de condena o constitutivo, que a la ragas es extraño.

Es segundo lugar término, el prenombrado autor, se refiere también a la sentencia constitutiva, señalando que es aquella por medio de la cual se modifica o se extingue un estado de derecho concreto.

Un ejemplo típico de la sentencia constitutiva es la de divorcio, la cual una vez que se realiza un análisis de los hechos que originan alguna de las causas de divorcio admitidas por la ley, crea en la esfera jurídica del cónyuge inocente el derecho potestativo de producir la extinción del vínculo matrimonial a través de la sentencia de divorcio.

En definitiva la sentencia constitutiva es aquella que crea, modifica o extingue una relación jurídica existente entre sujetos, siendo ellos entonces, los únicos investigados con la cualidad activa o positiva para obrar, este tipo de sentencia, vale agregar, no es susceptible de ejecución forzada, por cuanto ellas conllevan en sí misma el acto de ejecución, es decir, en el pronunciamiento constitutivo.

Al respecto, la SC/TSJ e sentencia N° 02.0313 con fecha 13/08/2002, citada anteriormente, en su contenido también hace referencia a los tipos de sentencia, por ello se anexa el párrafo siguiente:

... cuando en el dispositivo del fallo ordena o impone una presentación al obligado porque se estima la pretensión de que exige justicia, se está ante las denominadas sentencias de condena, por otro lado, cuando el dispositivo del fallo no ordena ningún cumplimiento frente a un obligado, sino que reconoce una situación jurídica preexistente, sin modificar a relación jurídica sustantiva, cabe hablar de sentencia afectiva a la relación jurídico material en tanto crea, modifica o extingue una determinada relación jurídica, se habla de sentencia declarativas; y por último cuando la sentencia afecta a la relación jurídico material en tanto crea, modifica o extingue una determinada relación jurídica, se habla de las denominadas sentencias constitutivas...

Con dicho criterio, la sala afianza las condiciones que sobre el tema de los tipos de sentencia se manejan en la doctrina, unificando en principio al criterio nacional y asemejándolo al extranjero.

Atendiendo a todo lo anteriormente señalando, puede concluirse que la sentencia, sea cual sea su clase, su finalidad más directa es la de poner fin a una controversia entre partes, la cual de acuerdo al momento en el cual aparece en el proceso tendrá ciertas características que la ubicaran en alguno de los tipos ya mencionados en este literal o en cualquier otro aceptado por la doctrina nacional o internacional.

6.3. Contenido de la sentencia

De acuerdo a las exigencias impuestas por la legislación procesal, toda sentencia debe contener una decisión expresa, positiva y precisa con arreglo a la pretensión deducida y alas excepciones o defensas opuestas, sin que en ningún caso pueda absolver la instancia” (ordinal 5º del artículo 243 de Código Procesal Civil).

Para cumplir con este requisito de forma exigido para los fallos judiciales, la decisión que se dicte en el curso del proceso no debe contener expresiones o declaratorias implícitas o sobreentendidas, por el contrario, el contenido de la sentencia debe ser expresado en forma comprensible, cierta verdadera y efectiva, que no da lugar a dudas, incertidumbres, insuficiencia, contradicciones o ambigüedades, debiendo para ello ser exhaustiva, es decir, pronunciarse sobre todos los pedimentos formulados en el debate, y de esa manera dirimir el conflicto de interés que le ha sido sometido en el proceso.

Estas exigencias de carácter legal, como requisitos fundamentales e imprescindibles que deben contener las sentencias, han sido caracterizados por la jurisprudencia como: el deber de pronunciamiento, la congruencia y la prohibición de absolver la instancia.

La sentencia, como quedó asentado en el proyecto que predijo este trabajo de investigación, puede ser considerada como un mandato jurídico individual y concreto, a través de la cual un juez, acepta o desecha los alegatos que se han establecido en la demanda y cuyo afecto inmediato es el poner fin a un determinado proceso; en otras palabras la sentencia es una repuesta expresa, positiva y precisa con arreglo a la pretensión deducida.

Como se ha definido en el párrafo anterior, la sentencia debe acoger o rechazar la pretensión que se hace valer en la demanda, para lo cual debe existir una exacta correspondencia entre la sentencia, como acto del juez y la pretensión como acto de parte, esta condición es la que hace una buena decisión, entendiendo esto último, como acto del juez y la pretensión como acto de parte, esta condición es la que hace una buena decisión, teniendo este último, como aquella que es apoyada en buenos y sólidos argumentos se deben seguir ciertos requisitos, que en este referido a la sentencia serán desarrollados en el capítulo siguiente.

Autores como Rangel (1997,296) expresan que toda sentencia debe constar de tres (3) partes: narrativa, motivación y dispositiva. En la primera se debe indicar, entre otras características, los nombres de las partes, más aquellos datos que las identifican, la pretensión y la defensa, todo esto debe efectuarse de forma precisa, clara y lacónica, abarcando los términos en los que ha quedado planteada la controversia sin incluir aquellos actos que constan en autos; esto se refiere más bien, a la expresión de los términos del problema judicial o tema decidendum. En la segunda, se expresan los fundamentos de su decisión. En la tercera, se sitúa o ubica la decisión propiamente, la cual debe ser expresa, positiva y precisa, con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas.

Como puede observarse, la sentencia indiscutible debe contener las tres partes indicadas anteriormente, puesto que ellas constituyen un todo.

Indivisible, puede decirse, que son conceptos o caracteres correlativos, o lo que es lo mismo, entre ellos existente un nexo o vínculo lógico de mutua implicación.

En fin, el contenido de la sentencia debe estar dirigido más que a los requisitos de existencia, a la forma como debe estar estructurada la sentencia como tal, por ello las partes que la constituyen aportando, además de un orden lógico al contenido de la misma, conllevan a demostrar si el sentenciador ha tomado en cuenta todos los alegatos y oposiciones llevados por las partes al proceso, de allí su importancia.

6.4. Requisito de la sentencia

Con la relación a los requisitos de la sentencia, es necesario destacar la opinión de varios autores nacionales que desarrollan sus opiniones particulares al respecto, basándose todos en lo que establece el texto normativo, que en definitiva es el que define y asienta las exigencias sobre la sentencia, con la finalidad de que esta como ya ha quedado determinado en los capítulos anteriores tenga una exacta correspondencia como acto del juez con la pretensión de la parte.

En tal sentido, con el desarrollo de este capítulo se resalta el contenido de la norma patria que estatuye tales requisitos, con una breve comparación con lo establecido en otro ordenamiento jurídico, con el propósito de establecer semejanzas y /o diferencias entre ambos, que constituyan al establecimiento del tema central de esta investigación, es decir si la motivación de la sentencia puede ser considerada como una garantía de legalidad, tomando en cuenta que esta constituye uno de sus requisitos o necesidades de existencia.

La mayoría de los autores venezolanos, basan su estudio sobre los requisitos de la sentencia establecida en el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil (1987), según el cual:

... toda sentencia debe contener:

- 1) La indicación del tribunal que la pronuncia
- 2) La indicación de las partes y sus apoderados.
- 3) Una síntesis clara, precisa y lacónica de los términos en que ha quedado planteada la controversia, sin transcribir en ella los actos del proceso que constan en autos.
- 4) La motivación de hecho y derecho de la decisión.
- 5) Decisión expresa, positiva y precisa con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas, sin que en ningún caso puede absolverse de la instancia.
- 6) La determinación de la cosa u objeto sobre que recaiga la decisión...

Para ejemplificar tal consideración, el autor Rengel (1997, 286) afirma que Para que la sentencia tenga una exacta correspondencia con la presentación, necesariamente deberá contener los elementos de la presentación utilizados por el juez al momento de decidir,

los cuales tendrán que ser exacto a los aportados por las partes en el proceso, por ello distingue los requisitos de la sentencia desde dos años (2) puntos de vista, en intrínsecos y extrínsecos, los primeros relacionados con la forma que debe tener toda sentencia, los cuales son un reflejo exacto del contenido del artículo 243 del código de Procedimiento Civil y, los segundos, referidos a la sentencia como instrumento, como expresión externa de la voluntad del órgano que la dicta.

Los llamados extrínsecos, están constituidos por las exigencias de forma que refieren a la sentencia, sin los cuales no adquiere existencia ni autonomía en el ámbito jurídico, tales requisitos extrínsecos son los que conducen la decisión del juez a la exteriorización de su voluntad, mediante la utilización de diversos momentos como son:

1. La deliberación, que debe ser un acto secreto, íntimo, reservado a su conciencia, si el órgano es unipersonal, mientras que, si el órgano es colegiado, dicha deliberación implica discusión y votación de sus integrantes.
2. La documentación, que no es más que la redacción por escrito de la sentencia, con la inclusión de la fecha y la firma de los miembros del órgano jurisdiccional de cuál emana.
3. La publicación, que constituye el momento final del proceso de exteriorización de la sentencia.

En mencionado autor cierra su enumeración haciendo mención a la forma como debe ser encabezada la sentencia, pero en vista de que ello constituye una característica que se va adaptando al tiempo, en la actualidad debe hacerse así “en nombre de la República Boliviana de Venezuela”, de esta manera muy resumidamente son distinguidos los requisitos de la sentencia por el autor antes mencionado.

En ese mismo orden y dirección los autores Abreu y Mejía (2000, 258), han expresado que los requisitos de la sentencia previsto en el antes mencionado artículo 243 el CPC, no deben ser exigidos de una forma tan rigurosa, que acarree nulidades, sobre todo por las disposiciones constitucionales, y al efecto expresamente señalan que “... una reforma legal deberá proveer sobre la materia, pero mientras tanto, es necesario amortizar los textos legales con las reglas constitucionales, mediante la interpretación”.

Hacen referencia igualmente, dichos autores al análisis de los requisitos de la sentencia, los cuales están regidos por tres (3) principios fundamentales a saber:

1. La unidad del fallo: mediante el cual la sentencia es un acto que debe entenderse como una unidad.
2. La autosuficiencia del fallo: la sentencia debe basarse por si sola, no debe ser necesario recurrir a otros instrumentos o actas del decidido o para el control de legalidad, para la ejecución de lo decidido para determinar el alcance de la cosa juzgada
3. La finalidad del requisito, consiste en la relación de la controversia con plenas posibilidades de ejecución y fuerza de cosa juzgada, esta contribuye a determinar si la sentencia contiene un vicio o no.

Este último principio se encuentra tipificado en el artículo 206 del Código de Procedimiento Civil, según el cual no debe declararse la nulidad del acto como tal, si se ha alcanzado el fin al cual está destinada, refiriéndose al fin u objetivo perseguido por ley.

La finalidad de la sentencia, según este principio, es resolver el conflicto de intereses, estos autores textualmente señalan además que esa finalidad debe verse.... Con carácter imperativo, lo cual implica la posibilidad de ejecución, aun en contra de la voluntad del vencido en el proceso, con efecto de cosa juzgada que impide un nuevo planteamiento de la controversia y con suficientes garantías para las partes en cuanto al ejercicio de los derechos del proceso.../Abreu y Mejia, 200,258).

Con relación a este punto de los requisitos de la sentencia, a manera de comparación, conviene citar lo restablecido en la LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL Española (2000), en lo sucesivo LECE, de cuya Exposición de motivos puede extenderse su espíritu y dirección, los cuales literalmente se reflejan a continuación "...esta nueva Ley de Enjuiciamiento Civil se inspira y se dirige en su totalidad al interés de los justiciables, lo que es tanto como decir al interés de todos los sujetos jurídicos y por consiguiente, de la sociedad entera. Sin ignorar la experiencia, los puntos de vista y las propuestas de todos los profesionales protagonistas de la Justicia Civil, esta ley mira, sin

embargo, ante todo, a quienes demandar tutela jurisdiccional en verdad efectiva, para sus derechos e intereses legítimos...”.

Así, en el capítulo VIII de LECE en la Selección Primera, titulado en el contenido del artículo 206, se hace de las clases, forma y contenido de las resoluciones y del modo de dictarlas, publicar y archivarlas, referencia a las clases de resoluciones judiciales empleadas por los tribunales civiles, las cuales como en nuestro ordenamiento jurídico se dictaran “ para poner fin al proceso, en primera o segunda instancia, una vez que haya concluido su tramitación ordinaria prevista en la Ley”, incluidos también los recursos extraordinarios y los procedimientos para la revisión de sentencias firmes.

Al igual que en nuestra normativa nacional, en la mencionada LECE, se establecen los requisitos que deben contemplar las sentencias o resoluciones, específicamente en el artículo 208, se prevé expresamente lo siguiente:

1. Las providencias se limitarán a expresar lo que por ellas se mande e incluirán además una sucinta motivación cuando así lo disponga la ley el tribunal lo estime conveniente.
2. Los autos y las sentencias serán siempre motivados y contendrán, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho en lo que se base la subsiguiente parte dispositiva o fallo.
3. Todas las resoluciones incluirán la mención del lugar y fecha en que se adopten y la indicación del tribunal que las dicte, con expresión del Juez o Magistrados que lo integren y su firma e indicación del nombre del ponente, cuando el tribunal sea colegiado.
4. Al notificarse la resolución a las partes se indicará si la misma es firme o si cabe algún recurso que proceda, del órgano ante el que debe interponerse y del plazo para recurrir ...”

Comparativamente con lo previsto en nuestra normativa patria, estos requerimientos citados en el párrafo precedente son un poco más específicos, contemplan algunas exigencias dependiendo del tipo de acto dictado por el juez; en el CPC venezolano en

cambio se incluyen solo aquellos que debe contemplar toda sentencia, sin incluir a los autos, providencias o resoluciones.

Del mismo modo, este LECE incluye reglas especiales sobre la forma y contenido de las sentencias, específicamente en el artículo 209, las cuales textualmente son:

...las sentencias se formularan conforme a lo dispuesto en el artículo anterior y con sujeción, además, a las siguientes reglas:

1. En el encabezamiento deberán expresarse los nombres de las partes y cuando sea necesario, la legitimación y representación en virtud de las cuales actúen, así como los nombres de los abogados y procuradores y el objeto del juicio.
2. En los antecedentes el hecho se consignaran, con la claridad y la comisión posible y en párrafos separados y numerados, las pretensiones de las partes o interesados, los oportunamente y tengan relación con las cuestiones que hayan de resolverse, las pruebas que se hubiesen propuesto y practicado y los hechos probados, en su caso.
3. En los fundamentos de derecho se expresarán, en párrafos separados y numerados, los puntos de hecho y de derecho fijados por las partes y los que ofrezcan las cuestiones controvertidas, dando las razones y fundamentos legales del fallo que haya de dictarse, con expresión concreta de las normas jurídicas aplicables al caso.
4. El fallo que se acomodará a lo previsto en los artículos 216 y siguientes, contendrá numerados, los pronunciamientos correspondientes a las pretensiones de las partes, aunque la estimación o desestimación de todas o algunas de dichas pretensiones pudiera deducirse de los fundamentos jurídicos, así como, el pronunciamiento sobre las cosas. También determinara, en su caso la cantidad objeto de la condena, sin qu pueda reservarse su determinación para la ejecución de la sentencia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 219 de esta ley....

- 1) ... las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con demandas y con las demás pretensiones las declaraciones que aquellos exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todo los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate.

El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acreditadamente citados o alegadas por los litigantes.

- 2) Las sentencias se motivaran expresando los razonamientos facticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá indicar en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón.
- 3) Cundo los puntos objeto del litigio hayan sido varios, el tribunal hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a casa uno de ellos.

De cualquier manera, el tema de los requisitos de la sentencia, sin importar el país, en este caso Venezuela y España, consiste en la exigencia del cumplimiento de cierto parámetro para que un fallo o sentencia sea considerado como tal.

En definitiva, particularmente considero, que ambos ordenamientos jurídico, aquellos requisitos de la sentencia que obligan a determinar el órgano del cual emana el acto, los limites objetivos dela controversia así como la exigencia de una decisión expresa, positiva y precisa están dirigidos a asegurar la ejecución del fallo y posibilitar la determinación del alcance de la cosa juzgada; toda sentencia debe contar con todas las mansiones que permitan el control de legalidad, es decir, debe bastarse por sí misma para su ejecución o para determinar el alcance de la cosa juzgada; toda sentencia debe bastarse por sí misma para su ejecución o para determinar el alcance de la cosa juzgada que de ella emana.

CAPÍTULO VII

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

7.1. Descripción de los resultados

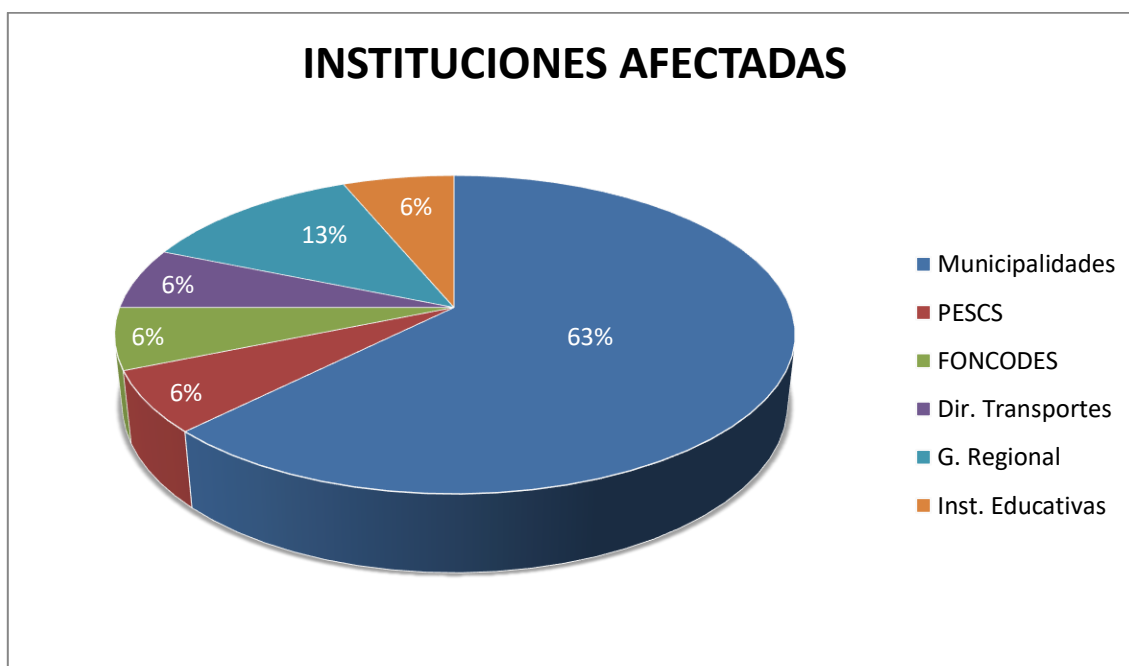
CUADRO N° 01:

EXPEDIENTES PENALES SOBRE DELITO DE PECULADO ANALIZADOS

N°	EXPEDIENTE	IMPUTADO	AGRAVIADO	DELITO
1	N° 2015-704	Mao García Jeri	Municipalidad Provincial de Huamanga	Peculado Culposo
2	N° 2014-037	Ubaldo Melchor Santiago Huaroto	Municipalidad Provincial de Huamanga	Peculado de uso Y doloso por apropiación
3	N° 2012-02162	Pánfilo Amílcar Huancahuari Tueros	Municipalidad Provincial de Huamanga	Peculado de uso
4	N° 2015-02124	Martínez Pariona, Abdón y otros (5)	Municipalidad Distrital de Acocro	Peculado de uso
5	N° 2014-0304	Barrientos Guevara, UberEfraín	Dirección Regional de Transportes y Comunicaciones - Ayacucho	Peculado doloso por apropiación
6	N° 2014-02543	Morote Ventura, Manases	Municipalidad Provincial de Huamanga	Peculado doloso por apropiación
7	N° 2014-652	Rojas Llactahuaman Tito	Municipalidad Distrital de San José de Ticllas	Peculado doloso por apropiación.
8	N° 2015-1788	Hipólito Cuya Juscamaita	Gobierno Regional de Ayacucho	Peculado Culposo
9	N° 2014-02072	Bravo Rivas, Exaltación	-IEP San Juan	Peculado doloso por apropiación
10	N° 2014-1491	Ruth Miriam Ramírez Quispe	Municipalidad Distrital Jesús de Nazareno	Peculado doloso por apropiación
11	N° 2014-01846	Guerra Molina, Daniel	Municipalidad Provincial de Huamanga	Peculado Doloso por apropiación
12	N° 2014-2543	Manases Morote, Ventura	Municipalidad Provincial de Huamanga	Peculado Doloso por apropiación
13	N° 2012-1422	Guerra Godoy, Rosa y otros.	FONCODES	Peculado doloso

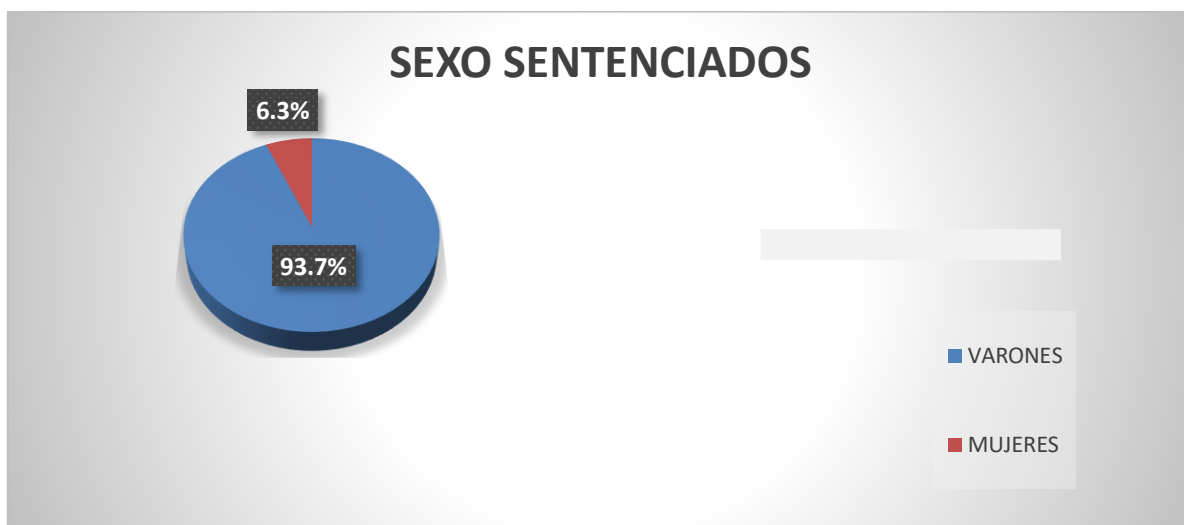
14	N° 2011-2388	Jayo Tineo, Daniel Arturo	Proyecto Especial Sierra Centro Sur	Peculado Culposo
15	N° 2014-2082	Víctor Carrasco Avilés	Gobierno Regional de Ayacucho	Peculado Doloso
16	N° 2015-1797	Gutiérrez Ayala, Rocky	Municipalidad Distrital de SJB	Peculado Culposo

GRÁFICO N° 01



Interpretación: De los 16 expedientes se aprecia que 63% de las instituciones afectadas son las municipalidades provinciales y distritales; 13% el Gobierno Regional; otras instituciones públicas en el orden de 6% cada uno.

GRAFICO N° 02



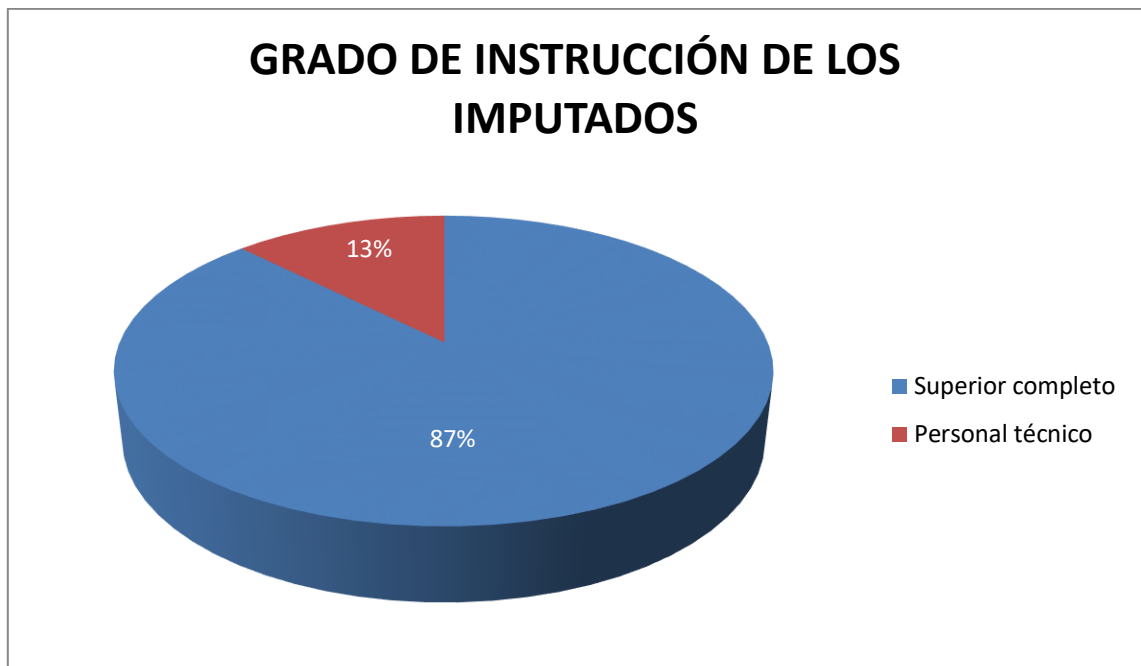
Interpretación: De los 16 expedientes podemos apreciar que el delito de peculado en un 93.7% es cometido por varones. Mientras que sólo 6.3% de las sentenciadas fueron de sexo femenino.

**CUADRO N°02:
GRADO DE INSTRUCCIÓN DEL IMPUTADO**

N°	EXPEDIENTE	IMPUTADO	GRADO DE INSTRUCCIÓN
1	N° 2015-704	Mao García Jeri	Superior Completa
2	N° 2014-037	Ubaldo Melchor Santiago Huaroto	Superior Completa
3	N° 2012-02162	Pánfilo Amílcar Huancahuari Tueros	Superior Completa
4	N° 2015-02124	Martínez Pariona, Abdón y otros (5)	Superior Completa
5	N° 2014-0304	Barrientos Guevara, UberEfraín	Técnico
6	N° 2014-02543	Morote Ventura, Manases	Superior Completa
7	N° 2014-652	Rojas Lactahuaman Tito	Técnico
8	N° 2015-1788	Hipólito Cuya Juscamaita	Superior Completa
9	N° 2014-02072	Bravo Rivas, Exaltación	Superior Completa
10	N° 2014-1491	Ruth Miriam Ramírez Quispe	Superior Completa
11	N° 2014-01846	Guerra Molina, Daniel	Superior Completa
12	N° 2014-2543	Manases Morote, Ventura	Superior Completa

13	N° 2012-1422	Guerra Godoy, Rosa y otros.	Superior Completa
14	N° 2011-2388	Jayo Tineo, Daniel Arturo	Superior Completa
15	N° 2014-2082	Víctor Carrasco Avilés	Superior Completa
16	N° 2015-1797	Gutiérrez Ayala, Rocky	Superior Completa

GRÁFICO N° 03

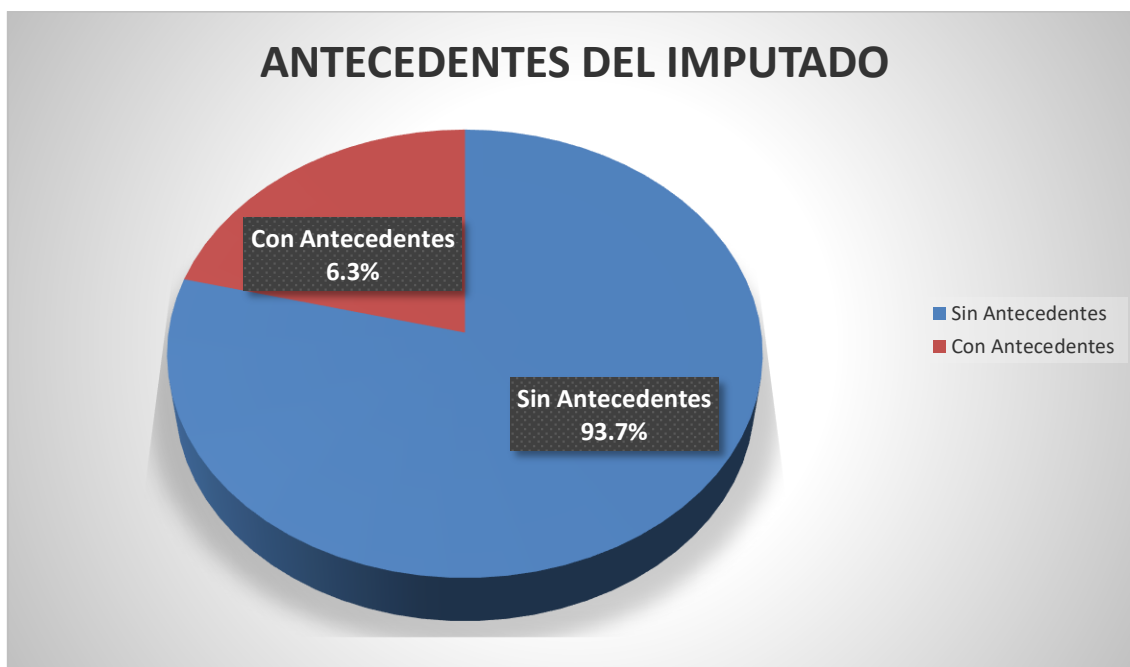


Interpretación: Según el grado de instrucción de los sentenciados y absueltos, encontramos en cada expediente que el 87 % del total tienen superior completa, el 13 % personal técnico. En suma, se determina que la mayoría de los imputados tienen un grado de instrucción superior completa.

CUADRO N°03:
ANTECEDENTES JUDICIALES Y PENALES DEL
IMPUTADO Y/O SENTENCIADO

N°	EXPEDIENTE	IMPUTADO	ANTECEDENTES
1	N° 2015-704	Mao García Jeri	Carece de antecedentes judiciales y penales.
2	N° 2014-037	Ubaldo Melchor Santiago Huaroto	Carece de antecedentes judiciales y penales.
3	N° 2012-02162	Pánfilo Amílcar Huancahuari Tueros	Carece de antecedentes judiciales y penales.
4	N° 2015-02124	Martínez Pariona, Abdón y otros (5)	Carece de antecedentes judiciales y penales.
5	N° 2014-0304	Barrientos Guevara, UberEfraín	Carece de antecedentes judiciales y penales.
6	N° 2014-02543	Morote Ventura, Manases	Carece de antecedentes judiciales y penales.
7	N° 2014-652	Rojas Llactahuaman Tito	Carece de antecedentes judiciales y penales.
8	N° 2015-1788	Hipólito Cuya Juscamaita	Carece de antecedentes judiciales y penales.
9	N° 2014-02072	Bravo Rivas, Exaltación	Carece de antecedentes judiciales y penales.
10	N° 2014-1491	Ruth Miriam Ramírez Quispe	SI REGISTRA ANTECEDENTES PENALES.
11	N° 2014-01846	Guerra Molina, Daniel	Carece de antecedentes judiciales y penales.
12	N° 2014-2543	Manases Morote, Ventura	Carece de antecedentes judiciales y penales.
13	N° 2012-1422	Guerra Godoy, Rosa y otros	Carece de antecedentes judiciales y penales.
14	N° 2011-2388	Jayo Tineo, Daniel Arturo	Carece de antecedentes judiciales y penales.
15	N° 2014-2082	Víctor Carrasco Avilés	Carece de antecedentes judiciales y penales.
16	N° 2015-1797	Gutiérrez Ayala, Rocky	Carece de antecedentes judiciales y penales.

GRÁFICO N° 04



Interpretación: de los 16 expedientes se determina que el 93.7% de los imputados carece de antecedentes judiciales y penales y que sólo el 6.3% si registra antecedentes penales y judiciales.

CUADRO N° 04

MEDIOS PROBATORIOS VALORADOS EN LA SENTENCIA

N°	EXPEDIENTE	IMPUTADO	MEDIOS PROBATORIOS VALORADOS
1	N° 2015-704	Mao García Jeri	-Declaración testimonial de Eduardo Lujan Palomino, Johani Cristóbal Mendoza, Pastor Fidel Jirón Molina. Pruebas Documentales: -Informe N° 061-2014-MPH-MGJ-RO (2710-14) -Copia certificada de denuncia (17-12-14). -Documento s/n (17-10-14) -Parte dactiloscópico N° 306 -Acta de sustracción de bienes

			<ul style="list-style-type: none"> -Orden de compra -Guía de internamiento -Presupuesto analítico de la obra -Recibo de pago de alquiler de oficina y local.
2	N° 2014-037	Ubaldo Melchor Santiago Huaroto	<ul style="list-style-type: none"> -Examen al acusado -Declaración testimonial de Maribel Peña Escola y Yober Quispe Tincopa. Pruebas Documentales: <ul style="list-style-type: none"> -Resolución de Alcaldía -Contrato de alquiler -Nota de pedido -Informe de pronunciamiento -Notas de pedido de combustible -Vales de consumo de petróleo -Tarjetas de control visible de almacén -Documento N° 00992 – combustible -Solicitud presentada ante la Municipalidad por Maribel Peña Escola. -Parte policial de avance N° 03-2013 -vale de combustible 12399
3	N° 2012-02162	Pánfilo Amílcar Huacahuari Tueros	-No hay referencias
4	N° 2015-02124	Martínez Pariona, Abdón y otros (5)	<ul style="list-style-type: none"> -Declaración indagatoria del imputado. -Acta fiscal de constatación -Acta de intervención policial -Orden de servicio N° 0587 -Papeleta de salida N° 001-001021 -Contrato de alquiler de local -Reconocimiento de los hechos de los imputados. -Resolución de alcaldía -Resolución Gerencial -Acta policial de registro vehicular. -Tarjeta de identificación vehicular.
5	N° 2014-0304	Barrientos Guevara, UberEfraín	-Prueba documental que acredita la preexistencia y el valor del scanner portátil rango 0495-2450.095
6	N° 2014-02543	Morote Ventura, Manases	-Declaración testimonial de

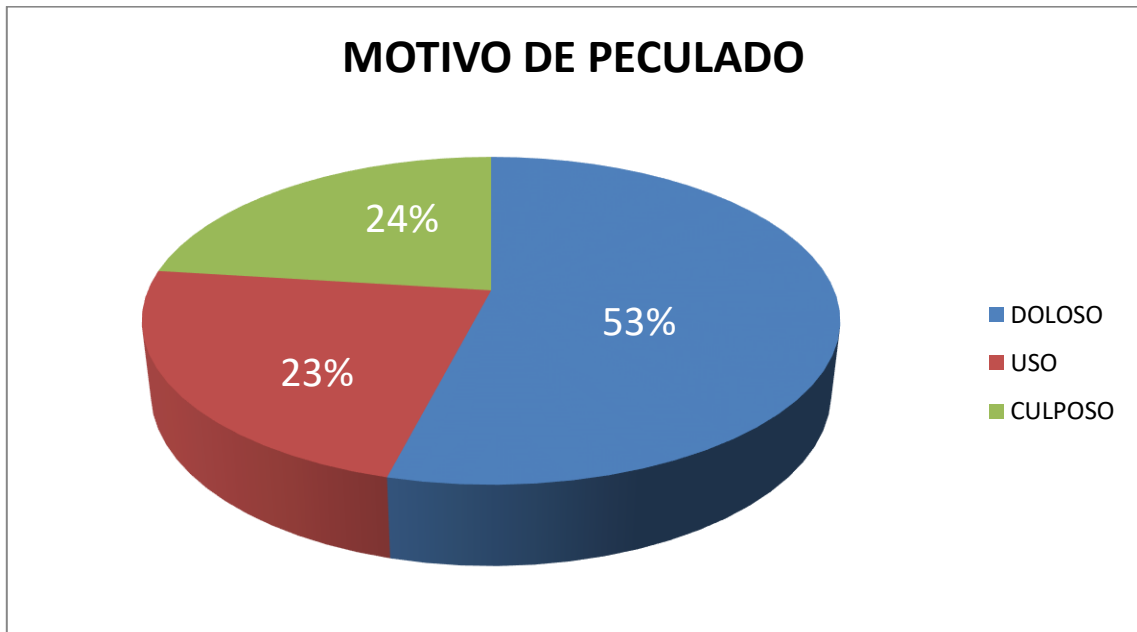
			<p>Fausto Gilberto Curitomay y Niltón Vásquez De la Cruz.</p> <p>-(2)Acta de entrega de materiales y recepción de cargo.</p> <p>-Contrato de locación de servicios</p> <p>-Memorando N° 091-2013</p> <p>-Acta de préstamo interno</p>
7	N° 2014-652	Rojas Llactahuaman Tito	<p>-Voucher de depósito voluntario.</p> <p>-Confesión sincera</p>
8	N° 2015-1788	Hipólito Cuya Juscamaita	<p>-Acta de entrega y recepción de motocicleta</p> <p>-Acta de entrega de motocicleta</p> <p>-Compromiso para reponer la motocicleta.</p> <p>-Dos cartas notariales</p> <p>Acta de acuerdo provisional de terminación anticipada.</p>
9	N° 2014-02072	Bravo Rivas, Exaltación	<p>Documentales:</p> <p>-Acta de constatación del MP</p> <p>-Oficio</p> <p>-Informe de gastos de mantenimiento de local escolar</p> <p>-acta de constatación de hechos.</p> <p>-Solicitud del presidente de la APAFA</p> <p>-Boleta de venta</p> <p>-Informe pericial</p>
10	N° 2014-1491	Ruth Miriam Ramírez Quispe	<p>-Contrato de suplencia temporal</p> <p>-Resolución de alcaldía</p> <p>-Declaración del imputado</p> <p>-Proceso de adjudicación directa selectiva</p> <p>-Informe de retención de garantías</p> <p>-Comprobante de pago</p> <p>-Informes</p> <p>-Recibo</p>
11	N° 2014-01846	Guerra Molina, Daniel	<p>-Planillas remuneratorias</p> <p>-Voucher de depósito</p> <p>-Audios</p> <p>-Aceptación de imputado sobre cargos (arribaron a terminación anticipada)</p>
12	N° 2014-2543	Manases Morote, Ventura	<p>-Declaraciones testimoniales de Yuri A. Ramos Pérez, Fausto G. Curitomay Quispe, Niltón Vásquez De la Cruz.</p>

			<ul style="list-style-type: none"> -Comprobante depago -Acta de entrega de materiales -Acta de préstamo interno de materiales -Informes -Carta Notarial -Carta N° 011
13	N° 2012-1422	Guerra Godoy, Rosa y otros.	<ul style="list-style-type: none"> -Declaraciones testimoniales. - Contrato de alquiler de bien mueble -Nota de pedido -Informe -Actuados policiales -Vales de combustible - Cheques
14	N° 2011-2388	Jayo Tineo, Daniel Arturo	<ul style="list-style-type: none"> -Declaraciones testimoniales de Ludy y. Aroni De la Cruz y Luis Prospero Morote Torres. -Informes -Carta Notarial -Contrato individual de trabajo -Resoluciones directorales -Cheque -Estado de cuenta corriente -Oficio
15	N° 2014-2082	Víctor Carrasco Avilés	Acuerdo celebrado entre el imputado, abogado defensor y MP.
16	N° 2015-1797	Gutiérrez Ayala, Rocky	<ul style="list-style-type: none"> -Declaración del imputado -Resolución de alcaldía -Informes -Comprobante de pago -Orden de compra -Guía de internamiento -Factura -Guía de remisión -Pedido de comprobante de salida. -Acta de asignación de bienes patrimoniales -tarjeta de identificación vehicular de motocicleta -Certificado del SOAT Acta de reposición de motocicleta.

CUADRO N° 05**HECHOS QUE MOTIVARON EL DELITO DE PECULADO**

N°	EXPEDIENTE	HECHOS IMPUTADOS
1	N° 2015-704	Sustracción de equipos de obra
2	N° 2014-037	Utilización de vehículo para fines ajenos al servicio
3	N° 2012-02162	Utilización de tractor oruga en aplanamiento y remoción de tierras, en predio rústico de Alcalde.
4	N° 2015-02124	Préstamo de vehículo del conductor de la institución a un tercero.
5	N° 2014-0304	Apropiación de bien consistente en receptor scanner portátil rango 0.495.2450.095 MHZ
6	N° 2014-02543	Apropiación de proyector marca Epson, valorizado en 2 125.00 soles.
7	N° 2014-652	Apropiación indebida de suma de dinero, monto de 1 515. 00 soles.
8	N° 2015-1788	Pérdida de motocicleta
9	N° 2014-02072	Apropiación de suma de dinero monto de 533.36 soles
10	N° 2014-1491	Retención indebida de 2 627.59 soles y 3 941.40 soles por garantía de fiel cumplimiento de contratos suscritos.
11	N° 2014-01846	Apropiación de suma de dinero 33, 599.50 Soles.
12	N° 2014-2443	Apropiación de proyector
13	N° 2012-1422	Apropiación de dinero de una obra.
14	N° 2011-2388	Sustracción y cobro de cheque por la suma de 7, 421.10 soles.
15	N° 2014-2082	No precisa adecuadamente
16	N° 2015-1797	Utilización de vehículo menor para uso de tercero.

GRÁFICO N° 05



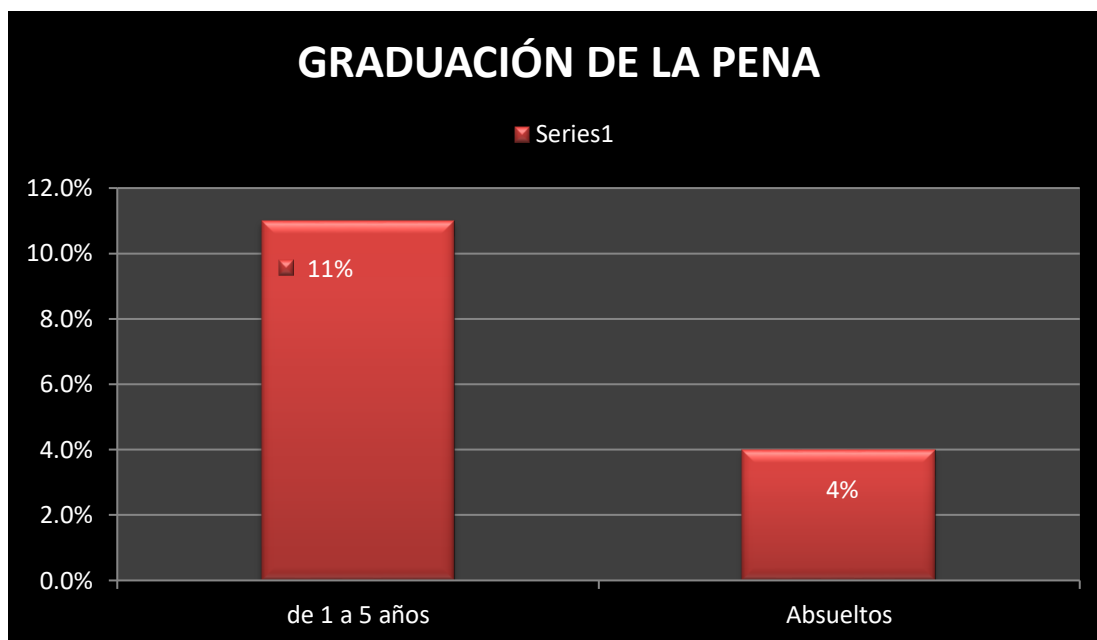
Interpretación: de los 16 expedientes analizados se determina que el 53% de los delitos por peculado se produjo por apropiación (doloso), el 23% de los delitos por peculado de uso (doloso) y 24% como peculado culposos.

Se advierte por otro lado, que el 76% de los delitos son por hechos deliberados.

CUADRO N°06
DECISIÓN JUDICIAL EMITIDA EN EL PROCESO

N°	EXPEDIENTE	DECISIÓN JUDICIAL
1	N° 2015-704	Absuelto
2	N° 2014-037	03 años de pena privativa de libertad suspendida e inhabilitación de 3 años
3	N° 2012-02162	02 años de pena privativa de libertad, suspendida.
4	N° 2015-02124	01 años y 8 meses de pena privativa de libertad, suspendida.
5	N° 2014-0304	03 años y 5 meses de pena privativa de libertad, suspendida. Inhabilitación de 1 año y 9 meses.
6	N° 2014-02543	Absuelto
7	N° 2014-652	02 años de pena privativa de libertad, con ejecución suspendida. Inhabilitación de 1 año.
8	N° 2015-1788	06 meses de pena privativa de libertad con ejecución suspendida, prestación de servicios comunitarios por el plazo de 6 jornadas e inhabilitación por igual tiempo.
9	N° 2014-02072	Absuelto
10	N° 2014-1491	05 años de pena privativa de libertad, con ejecución suspendida. Inhabilitación de 5 años.
11	N° 2014-01846	04 años de pena privativa de libertad con ejecución suspendida. Inhabilitación 4 años
12	N° 2014-2443	Absuelto
13	N° 2012-1422	04 años de pena privativa de libertad, con ejecución suspendida. Inhabilitación por 2 años.
14	N° 2011-2388	01 años de pena privativa de libertad, con ejecución suspendida. Inhabilitación de 1 año.
15	N° 2014-2082	02 años de pena privativa de libertad, con ejecución suspendida. Inhabilitación de 1 año.
16	N° 2015-1797	Reserva del fallo condenatorio

GRÁFICO N° 06



Interpretación: de los 16 expedientes, en 11 casos fueron condenados entre 0 a 5 años de pena privativa de libertad, 4 expedientes absueltos y 1 expediente tiene reserva de fallo condenatorio.

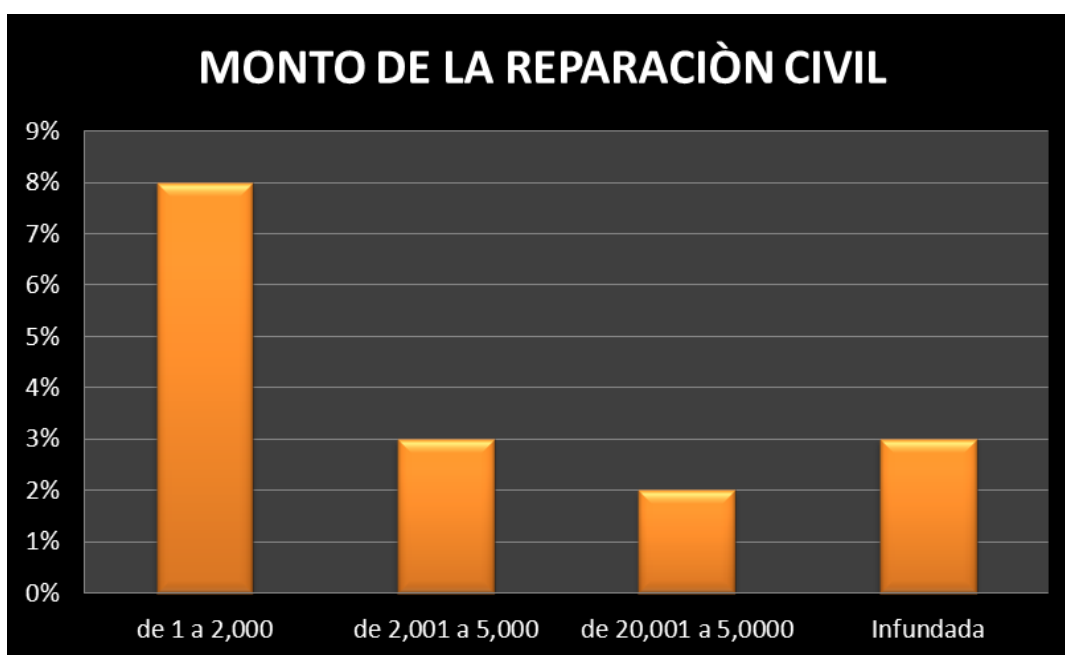
Se advierte también que en todos los casos de condena impuesta, no hay pena efectiva sino con ejecución suspendida.

**CUADRO N°07:
REPARACIÓN CIVIL**

N°	EXPEDIENTE	MONTO
1	N° 2015-704	Infundada la pretensión del actor civil
2	N° 2014-037	3, 000.00 soles
3	N° 2012-02162	20, 000.00 soles en forma solidaria
4	N° 2015-02124	300.00 soles en forma solidaria
5	N° 2014-0304	1, 000.00 soles

6	N° 2014-02543	Infundada la pretensión del actor civil
7	N° 2014-652	500.00 soles
8	N° 2015-1788	250.00 soles
9	N° 2014-02072	Infundada la pretensión del actor civil
10	N° 2014-1491	2, 000.00 soles
11	N° 2014-01846	22, 599.59 soles
12	N° 2014-2443	2, 875.00 soles
13	N° 2012-1422	7,000.00 soles
14	N° 2011-2388	2, 000.00 soles
15	N° 2014-2082	800.00 soles
16	N° 2015-1797	400.00 soles

GRÁFICO N° 07

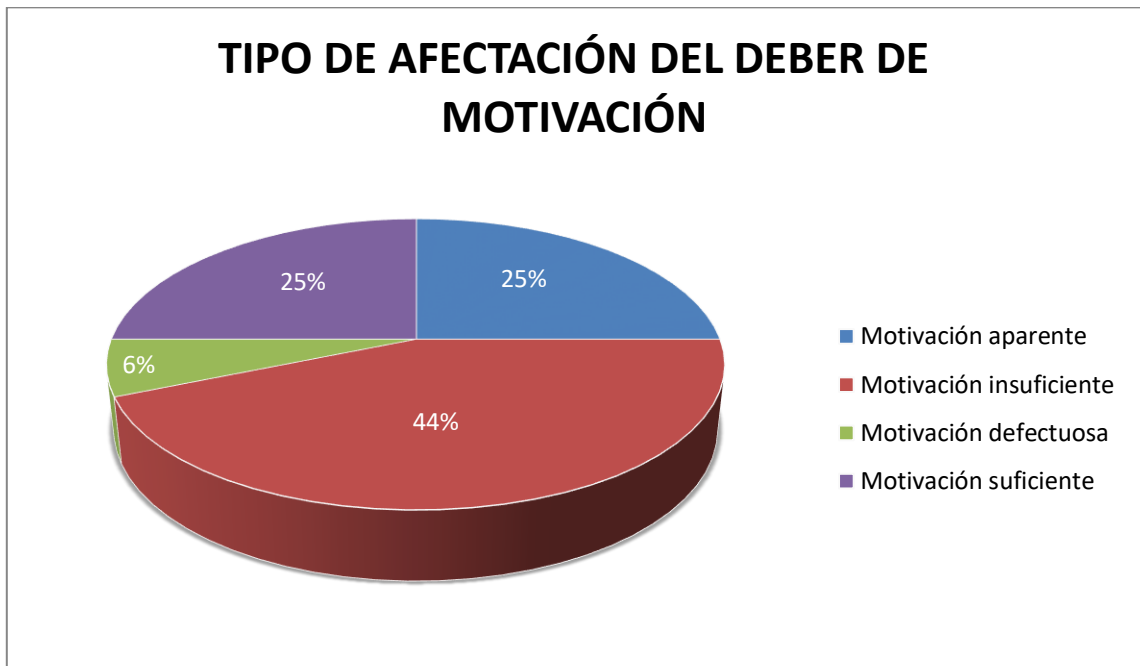


Interpretación: de los 16 expedientes 8 tiene como reparación civil entre S/ 1 a 2,000 nuevos soles, 3 tiene como reparación civil entre S/ 2,001 a 5,000 nuevos soles, 2 tiene como reparación civil entre S/ 20,001 a 50,000 nuevos soles y tres han sido declaradas infundadas.

CUADRO N° 08
TIPO DE AFECTACIÓN DEL DEBER DE MOTIVACIÓN
EN LAS SENTENCIAS

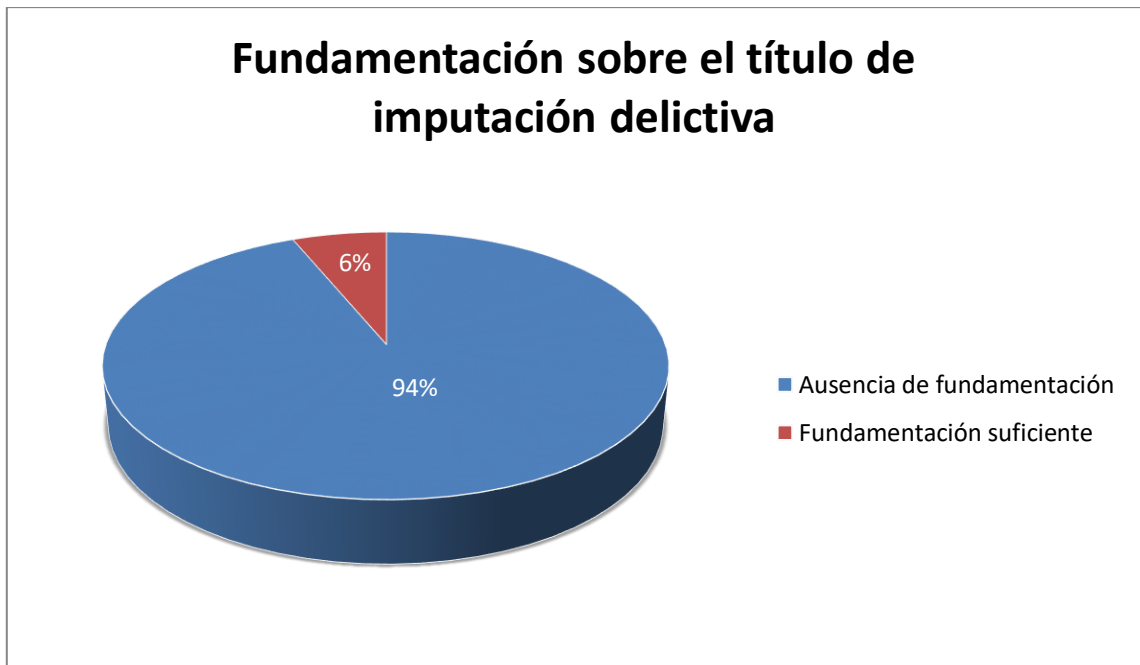
N°	EXPEDIENTE	MOTIVACIÓN APARENTE	MOTIVACIÓN INSUFICIENTE	MOTIVACIÓN DEFECTUOSA	MOTIVACIÓN SUFICIENTE
1	N° 2015-704		✓		
2	N° 2014-037				✓
3	N° 2012-02162			✓	
4	N° 2015-02124	✓			
5	N° 2014-0304		✓		
6	N° 2014-02543				✓
7	N° 2014-652		✓		
8	N° 2015-1788	✓			
9	N° 2014-2072	✓			
10	N° 2014-1491		✓		
11	N° 2014-01846		✓		
12	N° 2014-2443		✓		
13	N° 2012-1422				✓
14	N° 2011-2388				✓
15	N° 2014-2082		✓		
16	N° 2015-1797	✓			
TOTAL		04	07	01	04

GRAFICO N° 08



Interpretación: de los 16 expedientes analizados solo el 44% tiene motivación insuficiente, el 25% motivación aparente, el 6% motivación defectuosa. Solo el 25% tiene suficiente motivación.

GRAFICO N° 09



Interpretación: de los 16 expedientes analizados solo el 6% contiene suficiente motivación con respecto al título de imputación delictiva; en tanto que el 94% no contiene motivación sobre dicha materia.

CUADRO N° 9

REFERENCIA NORMATIVA, LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL

N°	EXP.	DOCTRINARIA	LEGISLATIVA	JURISPRUDENCIAL
1	N° 2015-704	Zavaleta Rodríguez, Roger. La motivación de las resoluciones judiciales.	-Art. 387 del C.P. concordante con el primer párrafo del artículo 426 de la misma Ley. -Art. 394.3° C.P.P. - Art.393.1 C.P.P. -Art. 387 y 12 C.P.P. -Art. 8.2 Convención Americana de Derechos Humanos -Art. 2.24 literal e), 1) , 43 y 139 de la Constitución. -Art. 93 y 101 C.P.	-Acuerdo plenario N° 04-2015/CJ-116 fundamento 9 -Acuerdo plenario N° 5-2008/CJ-116 fundamento 10. -STC, Exp. N° 2005-2006-PHC/TC. Lima. Fundamento cinco. -STC. Exp. 0144-2003-AA/TC -STC N° 728-2008-PHC/TC
2	N° 2014-037	Asunción Mellado, José. Acción civil en el proceso penal.	-Art. 36 inc. 1 y 2, 92, 93, 45, 426 inc. 1), 388 primer párrafo del C.P. -Art. 1 TP, art. 497 y 372 C.P.P -Art. 43, 1, 2,24 inciso e), 139, 200 de la Constitución. -Art. 8.2 de la Convención Americana.	-Acuerdo plenario N° 06-2015/CJ-116 fundamento 8. -Acuerdo plenario N° 04-2015/CJ-116 fundamento 7 -STC N° 728-2008-PHC/TC -EXP. 010-2002-AI/TC
3	N° 2012-02162	Ramiro Salinas Sicha. Delitos contra la Administración Pública	Art 107 del código penal, art 36 del código de procedimientos penales art. 11 12 23 28 29 45 46 92 93 283 288 del código de procedimientos penales	No existe mención a jurisprudencias
4	N° 2015-02124	No hay mención a doctrina	-Art. 388 del C.P. concordante con el primer párrafo del artículo 426 primer párrafo, art. 95 de la misma Ley. -Art. 57 y 497 C.P.P.	-Acuerdo plenario N° 5-2008/CJ-116
5	N° 2014-0304	No hay referencias	-Artículos 45,46,31,36,39,40 C.P.	-Acuerdo plenario N° 5-2008/CJ-116
6	N° 2014-02543	Rojas Vargas, Fidel. Delitos	-Artículos 11.1 de la Declaración Universal de	-Acuerdo plenario N° 04-2015/CJ-116

		contra la Administración Pública.	DD.HH -Art. 14.2 PIDC -Art.8.2 de la CADH -Art. 2 inc. 24 Const° -Art. 387 C.P.	
7	N° 2014-652	-Peña Gonzales, Oscar y otros. MARC	Art. 387. C.P. Art. 426. C.P. Art. 49, 93 inc. 2) C.P. Art. 471 del código procesal penal.	-Acuerdo plenario N° 04-2015/CJ-116- -Ejecutoria Suprema. Recurso de Nulidad N°. 269-2004.
8	N° 2015-1788	-Gaceta jurídica y proceso penal. Procedimientos especiales y problemas de aplicación. Junio 2011.	Art. 387 del C.P. y su modificatoria art. 1758	-Acuerdo plenario N° 04-2005
9	N° 2014-02072	No hay referencia	-Art. 387, 426, 438, 36 inc. 1) y 2) del C.P. -Art. 2 inc. 24 literal e) de la Const°. -Art. 394, 395, 397 y 398 CPP	-Acuerdo plenario N° 04-2005. -Sentencia dictada en el Exp. N° 3312-2004-AA/TC.
10	N° 2014-1491	Asencio Mellado, José María.	Artículo 387 del C.P.	-Acuerdo plenario N° 04-2005. -Acuerdo plenario N° 02-2005. -Acuerdo plenario N° 01-2008. -Acuerdo plenario N° 06-2006.
11	N° 2014-01846	No hay referencias	Artículo 387, 426 y 438 del código penal	-Acuerdo plenario N° 05-2008.
12	N° 2014-2443	Rojas Vargas, Fidel. Delitos contra la Administración Pública.	Artículo 387, 93, 101 del código penal Art. 501.1 C.P.P Art. 8.2 de la CADH Art. 12, 499 del C.P.P Art. 2.24 de la Const°	-Acuerdo plenario N° 5-2008/CJ-116. -Acuerdo plenario N° 04-2005.
13	N° 2012-1422	San Martín Castro, César Correlación y desvinculación en el proceso penal.	Artículo 387 del C.P.	7. Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116 8. Acuerdo Plenario N° 2-2012/CJ-116 Audiencia

				deTutelaeImputación Suficiente.
14	N° 2011-2388	Alonso Peña Cabrera Freyre. Derecho Penal. Parte Gral.	Artículos: 12, 28, 36,38,39,45-a,46,46-a,11,92,93 del Código Penal. Artículos: 394 del Código Procesal Penal Art. 11.1 de la Decl. Univers. DD.HH. -Art. 14.2 PIDC	-Exp. N° 010-2002-AI/TC -Exp. 6712-2005-PHC/TC -STC N° 04831-2005-PHC/TC -Ejec. Suprem. Exp. N° 901-2009
15	N° 2014-2082	No hay referencia	No hay referencia	No hay referencia
16	N° 2015-1797	Rodriguez Hurtado, Pablo y otros. Manual de investigación preparatoria del proceso penal común.	• Art. 387 del C.P.	-Acuerdo plenario N° 5-2008/CJ-116.

En este cuadro se advierte que de las 16 sentencias, en 5 casos no hay fundamentación doctrinaria; en un caso hay ausencia de fundamentación normativa y 3 casos en que no hay fundamentación jurisprudencial. En tanto que en los 7 restantes, si bien hay referencia doctrinaria, normativa o jurisprudencial, hay ausencia de razonamiento o es insuficiente con excepción del N° 13 en que hay argumentos plasmados por el juzgador.

7.2. Contrastación de hipótesis

Teniendo como base los resultados de las sentencias penales estudiadas obtenidas en los Juzgados Penales del Distrito Judicial de Ayacucho, se identificó el nivel de deficiencias en la fundamentación de las sentencias en el delito de peculado, dado que se ha llegado a establecer que en su mayoría, tiene razonamiento insuficiente.

En tal sentido, se valida la hipótesis principal, de que el nivel de fundamentación de las sentencias en el delito de peculado, según los parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales presenta razonamiento insuficiente.

Que, señalamos como hipótesis secundarias en el sentido que la fundamentación de las sentencias en el delito de peculado, según los parámetros doctrinarios, normativos y jurisprudenciales presentan razonamiento insuficiente. Con los resultados de los cuadros N° 8 y 9 así como los Gráficos N° 8 y 9, se validan dichas hipótesis.

7.3. CONCLUSIONES:

Después del trabajo de investigación se ha llegado a las siguientes conclusiones:

1. El buen funcionamiento de la “administración pública” –entendida como función pública- es un interés o valor constitucionalmente protegido que se desprende del artículo 39° de la Constitución Política del Estado y que tiene como finalidad garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas en condiciones de igualdad. En un Estado Social y Constitucional de Derecho, a través de la “Administración Pública” se pone a disposición de la sociedad los respectivos servicios públicos (tutela de derechos a través de los Tribunales de Justicia, defensa del Estado, educación, telecomunicaciones etc.); es decir, a través de ella se da cumplimiento efectivo del interés general.
2. El Derecho Penal, en tanto mecanismo limitado de protección de bienes jurídicos a través de la prevención de delitos, constituye un instrumento de suma utilidad para garantizar el correcto funcionamiento de la administración pública. El bien jurídico-

penal de naturaleza colectiva-institucional que se protege a través de la tipificación de delitos funcionariales es el “correcto funcionamiento de la administración pública”;

3. El “correcto funcionamiento de la administración pública” constituye el “bien jurídico general” o “bien jurídico mediato” en el delito de peculado, al igual que en todas las demás figuras de los delitos funcionariales.
4. La conducta típica de “apropiación” viene definida por dos aspectos: 1) la apropiación (aspecto positivo) y 2) la expropiación (aspecto negativo). El primero aspecto mencionado supone la “apropiación en sentido estricto”, que ha de ser al menos transitoria y consiste en que el sujeto se atribuye un poder de disposición igual que el del propietario o usurpando su posición (se comporta como pseudo-propietario); y 2) la expropiación del titular del bien que ha de ser permanente o definitiva.
5. La fundamentación de las sentencias que los órganos jurisdiccionales emiten sobre el delito de peculado, presentan mayor insuficiencia en el aspecto doctrinario; aunque en el aspecto normativo y jurisprudencial contiene regularmente referencias pertinentes. Hay escaso razonamiento, principalmente debido a que:
 - a) En las premisas normativas el razonamiento sobre principios y valores no colma el canon de suficiencia, ya que no se plasma de manera clara y concreta en mayoría de las decisiones.
 - b) En la premisa fáctica no se desarrolla argumentos en base a reglas o máximas de la experiencia, conocimientos científicos o principios lógicos, psicológicos y reglas probatorias.
 - c) Generalmente y en mayoría de las sentencias, el juzgador no da respuesta a las pretensiones de las partes para estimarla o desestimarla, esto como exigencia del principio procesal de la congruencia que no puede estar ausente en las resoluciones que agotan la instancia.
 - d) Asimismo, en la determinación de la pena, no se observa en mayoría de las sentencias, que se haya abordado sobre la personalidad de los imputados, su carácter, sus condiciones sociales, aunque tenuemente se inserta algunos motivos del hecho criminal.

6. En los delitos de infracción del deber como lo es el peculado no se admite el título de imputación de **coautoría** sino únicamente participación del *extraneus* como cómplices o instigadores, y ello no se refleja debidamente explicado en las sentencias estudiadas sino más bien confundida o malentendida, hasta que en algunas decisiones se imputan como coautores a cómplices.
7. En cuanto al título de imputación delictiva, aspecto muy importante para el investigador, hay ausencia de motivación y razonamiento en todas las sentencias estudiadas, excepto en un caso; ya que en este tópico el canon de suficiencia en el razonamiento judicial podía colmarse cuando mínimamente:
 - a) Se haga una clara diferencia entre los delitos de dominio del hecho con los de infracción del deber; pues en este último la posición de garantía del sujeto activo le impone “deberes de evitación” y en aquellas “deberes de prohibición”
 - b) Se entienda y argumente que los delitos de infracción del deber está basada en que el funcionario o servidor público tiene el “deber de garante” para con la sociedad y el propio Estado; es decir, está en el imperioso deber jurídico de cumplir sus funciones evitando la comisión u omisión de resultados lesivos contra la administración pública.
 - c) Se argumente en relación a la tesis de la unidad del título de imputación delictiva por el que la participación y la sanción del sujeto *extraneus* en los delitos especiales es admisible recurriendo al principio de accesoriadad limitada de la participación, ya que supera el problema de la doble calificación por el mismo hecho y elimina la sombra de impunidad frente a tantos casos de corrupción.
 - d) Se fundamente respecto a que no es admisible la coautoría en los delitos de infracción del deber cuando más de un funcionario o servidor público intervenga en la realización del hecho punible, puesto que cada uno de aquellos funcionarios o servidores públicos afecta su deber personal de no lesividad del patrimonio público, en tanto que los deberes especiales impuestos por la ley no pueden dividirse.

- e) Se haga uso del principio de imputación necesaria; es decir, una atribución correcta, adecuada y ordenada de la imputación, estableciendo elementos de juicio que sustentan la imputación, detallando adecuadamente los hechos, fijando el nivel o grado de intervención de cada sujeto. Se debe hacer, en fin, una correcta imputación de autores y partícipes en los delitos de infracción del deber.
- f) Se haga uso de la tipificación general a la que debe seguir las específicas del Código Penal que por desconocimiento no se hace por los operadores jurídicos como es el Art. 13º de dicho cuerpo normativo. Allí se tipifica el **delito de omisión impropia** cuando establece que el que omite impedir la realización del hecho punible es sancionado si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo y, si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer.

7.4. RECOMENDACIONES.

1. Que los jueces especializados en materia penal, se esfuercen en plasmar en las sentencias que emiten, el razonamiento o explicación suficiente que evite presunciones o sensación de arbitrariedad o impunidad en sus decisiones por parte de la población usuaria de los servicios judiciales.
2. Que los órganos de control del sistema de justicia como el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) y la OCMA del Poder Judicial, emitan directivas para que, con respecto al pago de bono de productividad a los jueces, no solo evalúen la cantidad de sentencias que se emitan al mes sino especialmente la suficiente fundamentación que debe contener las mismas.
3. Que en las sentencias que se emita, los jueces hagan referencia sobre las razones de la existencia de la Administración Pública que con el delito de peculado se afecta, las motivos del título de imputación con que se sanciona a los

responsables, ya que la línea jurisprudencial nacional está orientada en el sentido estudiado y expuesto en este trabajo de investigación.

APORTE DEL INVESTIGADOR.

Teniendo en cuenta que hay deficiencias en la fundamentación de las sentencias, con insuficiencia en el aspecto doctrinario, especialmente relativo a las aplicación de algunas teorías que informan la imputación delictiva, el exponente sugiere que se realicen eventos académicos que pueden ser auspiciados por la UNSCH, a fin de capacitar a los profesionales en el derecho como abogados, jueces, fiscales, estudiantes de la facultad de Derecho, especialmente en temas de Lógica Jurídica y Argumentación Jurídica que comprenda la motivación de la sentencia buscando el efecto práctico para el ámbito jurisdiccional.

BIBLIOGRAFIA

- Aclaración del Exp. N° 006-2006-PCC/TC. Caso: Demanda de conflicto de competencias interpuesta por el Poder Ejecutivo (Ministerio de Comercio Exterior y Turismo) contra el Poder Judicial (demandado), 23 de abril de 2007.
- BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal - Parte General. Buenos Aires, 1999.
- DONNA, Edgardo Alberto. Estado de Derecho y Corrupción. Edit. IDEMSA. Lima, 2001.
- Exp. 2641-2012-PHC/TC. Caso: Quimper Herrera - voto singular del magistrado Álvarez Miranda, 2012.
- Exp. N° 0019-2005-PI/TC - Sentencia del Tribunal Constitucional - Proceso de Inconstitucional. Caso: Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República (Demandantes) y Congreso de la República (demandado), 2005.
- Exps. N.° 0009-2007-PI/TC y N.° 0010-2007-PI/TC – Lima(acumulados). Caso: Luis Miguel Sirumbal Ramos y 8.438 Ciudadanos Ciudadanos y Congresistas De La República (demandantes) y Congreso de la República (demandado), 2007.
- FROMM, Erich. Ética y psicoanálisis, Décimo sexta edición, México, Editorial Fondo de Cultura Económica, 1992.
- GARCÍA PABLO DE MOLINA, Antonio. Criminología. Fundamentos y Principios para el Estudio Científico del Delito, la Prevención de la Criminalidad y el Tratamiento del Delincuente. Edit. INPECCP. Lima.
- HUERTA GUERRERO, Luis. Estudios Críticos Sobre los Delitos de Corrupción de Funcionarios en Perú. Edit. GRAFICA DELVI S.R.L. Lima, 2009.
- MANNOZZI, Grazia. Combatir a la Corrupción. Un Recorrido entre Criminología y Derecho Penal. Edit. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México, 2009.
- MIR PUIG, Carlos. Comentarios a los delitos contra la Administración Pública. Edit. Instituto el Pacifico. Lima, mayo 2016.
- ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos Contra la Administración Pública. 4ta edición. Edit. GRIJLEY. Lima, 2009.

- ROJAS VARGAS, Fidel. *Manuel Operativo de los Delitos Contra la Administración Pública – Cometidos por Funcionarios Públicos*. Editorial Nomos & Thesis EIRL. Lima, 2009.
- SALCEDO ALBARÁN, Eduardo/ MAGARITA ZULETA, María/ RUBIO, Mauricio/ y DE LEÓN BELTRÁN, Isaac. *Neuronas Espejo, Teoría de la Mente y Corrupción Neuropsicología para Prevenir la Corrupción*. Edit. Fundación Método. Bogotá, 2006.
- SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Edit. GRIJLEY. Lima, 2009.
- SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. Editorial Iustitia S.A.C. Cuarta Edición. Lima, setiembre 2016.

- **Citadas**

- BARATTA, Alessandro. “Criminología Crítica y crítica del derecho penal Introducción a la sociología jurídico-penal” parte IV La teoría estructural-funcional de la desviación y de la anomia, negación del principio del bien y del mal. En: González Oviedo Mauricio: *Antología para la Maestría en Criminología del curso Sociología Criminológica*, San José Costa Rica, EUNED, 2002.
- GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio. Reflexiones Criminológicas y Político-Criminales sobre la criminalidad de “cuello blanco”. En: DURÁN Chavarría Douglas: *Antología del curso Historia del Pensamiento Criminológico del siglo XX*, EUNED, 2002.
- SUTHERLAND, Edwin H. Revisar Alessandro Baratta “Criminología Crítica y crítica de Derecho Penal, parte V, Las teorías de las subculturas criminales. Negación del principio de culpabilidad. En: González Oviedo Mauricio: *Antología del curso Sociología Criminológica*, para Maestría en Criminología. San José Costa Rica, EUNED.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Aproximación Conceptual: Elementos fundamentales. En: Chirino Sánchez Alfredo: *Antología Maestría en Criminología del curso Política Criminal*, San José Costa Rica, EUNED, 2003.

- **Referencias Hemerográficas**

- MONTOYA VIVANCO, Yvan. Boletín N° 13 Proyecto Anticorrupción. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2012. Disponible en http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/junio_2012_n13.pdf.

- **Referencias Electrónicas**

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Vacíos en la Legislación Peruana sobre Corrupción de Funcionarios. Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencias Penales N° 7. Lima, 2006. Disponible en http://www.mpfj.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2147_material_control_interno.pdf.
- AVILA, Keymer. La Criminología Crítica en la Praxis: Propuestas de Política Criminal. Volumen 33. Maracaibo, 2005. Disponible en http://www2.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0798-95982005000200004&lng=es&nrm=isoVessuri&tlng=e.
- BLANCO CORDERO, Isidoro. La Corrupción Desde Una Perspectiva Criminológica. Disponible en books.google.com.pe/books?isbn=8478006222.
- CAMPOS MELÉNDEZ, Flory Ivette/ y GONZÁLES ARTAVIA, Enrique. Factores Criminógenos que Inciden en los Delitos contra los Deberes de la Función Pública. Costa Rica, 2005. Disponible en <http://repositorio.uned.ac.cr/reuned/bitstream/120809/1288/1/Factores%20crimino%20genos%20que%20inciden%20en%20los%20delitos%20.pdf>.
- GARCÍA-PABLOS de Molina, Antonio. Reflexiones Criminológicas y Político - Criminales sobre la criminalidad de “cuello blanco”. En: Durán Chavarría Douglas: Antología del curso Historia del Pensamiento Criminológico del siglo XX, San José Costa Rica, EUNED, 2003. Disponible en books.google.com.pe/books?isbn=8478006222.
- Grazia MANNOZZI. “Combatir a la Corrupción: Un recorrido entre Criminología y Derecho Penal”. Disponible en www.juridicas.unam.mx.
- HUBERTS, L.W.J.C. “What can be done to gain public corruption and fraud: Expert views on strategies to protect public integrity”. Citado por Isidoro Blanco Cordero. Disponible en books.google.com.pe/books?isbn=8478006222.
- INCIARTE ALMARZA, Leany Coromoto. Los Alcances Criminológicos de la Aplicación de la Pena en la Ley Contra la Corrupción. Edit. Instituto Criminología “Lolita Aniyar de Castro” de la Universidad del Zulia Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Venezuela, 2006. Disponible en http://tesis.luz.edu.ve/tde_busca/archivo.php?codArquivo=2389.
- MORÓN URBINA, Juan Carlos. Cuando la cultura burocrática favorece la corrupción: apuntes para su análisis [en línea], sin edición, Perú, sin editor, sin fecha de publicación, sin número de revista. Disponible en <http://www.revistaprobidad.info/016/011.html>.
- SUÑEZ TEJERA, YORUANYS. El Perfil Criminológico del Funcionario Público Perpetrador de Actos de Corrupción Administrativos en Cuba. Disponible en <http://psicologiajuridica.org/archives/2851>.

- ZAMORA HERNÁNDEZ, Arlety/ y GARCÍA MARTÍNEZ, Dolys. Estudio Criminológico de la Corrupción Económica. Fondo PUCP. Lima, 2014. Disponible en dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4750909.pdf.

ANEXOS

- Anexo N° 1.
Matriz de Consistencia

- Anexo N° 2.
Exordio y el fallo de 9 sentencias (algunas sentencias son muy voluminosas)

A N E X O: M A T R I Z

DE CONSISTENCIA

TITULO	PROBLEMA	OBJETIVO	HIPOTESIS	VARIABLES	METODOLOGIA
Las sentencias penales en el delito de peculado.	<p><u>PROBLEMA PRINCIPAL</u></p> <p>-¿Cuál es el nivel de fundamentación de las sentencias en el delito de peculado, según los parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales pertinentes?</p> <p><u>PROBLEMA SECUNDARIO</u></p> <p>-¿Cuál es el nivel de fundamentación de las sentencias en el delito de peculado, según los parámetros normativos?</p> <p>-¿Cuál es el nivel de fundamentación de las sentencias en el delito de peculado, según los parámetros doctrinarios?</p>	<p><u>OBJETIVO GENERAL</u></p> <p>- Determinar el nivel de fundamentación de las sentencias en el delito de peculado, según los parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales pertinentes.</p> <p><u>OBJ. ESPECÍFICOS</u></p> <p>- Determinar el nivel de fundamentación de las sentencias en el delito de peculado, según los parámetros normativos.</p> <p>- Determinar el nivel de fundamentación de las sentencias en el delito de peculado, según los parámetros doctrinarios.</p> <p>- Determinar el nivel de</p>	<p><u>HIPÓTESIS PRINCIPAL</u></p> <p>La fundamentación de las sentencias en el delito de peculado, según los parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales presenta razonamiento insuficiente.</p> <p><u>HIPOT. SECUNDARIAS</u></p> <p>-La fundamentación de las sentencias en el delito de peculado, según los parámetros normativos, presenta razonamiento insuficiente.</p> <p>- La fundamentación de las sentencias en el delito de peculado, según los parámetros doctrinarios, presenta razonamiento insuficiente.</p> <p>- La fundamentación de</p>	<p><u>VARIABLE INDEP.</u></p> <p>X. Las sentencias penales</p> <p><u>Indicadores</u></p> <p>X1.Sentencias condenatorias X2. Sentencias absolutorias X3. Sentencias con sobreseimiento</p> <p><u>VARIABLE DEPEND.</u></p> <p>Y. delito de peculado</p> <p><u>INDICADORES:</u></p> <p>Y1.Elementos Y2.Derecho de defensa Y3.Derecho a la motivación</p>	<p>1. Tipo de Investigación</p> <p>Básica</p> <p>2. Nivel de Investigación</p> <p>-Explicativo</p> <p>3. Método</p> <p>-Deductiv/inductiv -Análisis/síntesis -Interpretación -Estadístico</p> <p>4. Diseño</p> <p>No experimental, transeccional.</p> <p>5. Población</p> <p>30 sentencias sobre peculado.</p> <p>6. Muestra</p>

	<p>-¿Cuál es el nivel de fundamentación de las sentencias en el delito de peculado, según los parámetros jurisprudenciales?</p>	<p>fundamentación de las sentencias en el delito de peculado, según los parámetros jurisprudenciales.</p>	<p>las sentencias en el delito de peculado, según los parámetros jurisprudenciales, presenta razonamiento insuficiente.</p>		<p>16 sentencias</p> <p>7. Muestra</p> <p>-Análisis documental</p> <p>8. Instrumentos</p> <p>-Ficha de análisis de expedientes judiciales.</p>
--	---	---	---	--	--



Corte Superior de Justicia de Ayacucho

Segundo Juzgado Penal Unipersonal de Huamanga

Exp. N° 704-2015-0

Sentencia

Resolución N° 05

Ayacucho, veintiuno de diciembre

del año dos mil quince.-

VISTOS, en audiencia pública, el juzgamiento de MAO GARCÍA JERI, nacido el 28 de diciembre de 1970, en el distrito de Huamanguilla, provincia de Huanta, departamento de Ayacucho; con DNI N° 28290115, hijo de Luis y Flora, estado civil soltero, con dos hijos, con grado de instrucción superior, de profesión ingeniero civil, con ingreso mensual de cuatro mil quinientos nuevos soles, sin antecedentes penales, domiciliado en Jr. Sol N° 226, de esta ciudad; por la comisión del delito contra la administración pública – delitos cometidos por funcionarios públicos – en la modalidad de peculado culposo, en agravio de la municipalidad provincial de Huamanga, representando por la Procuraduría Pública Anticorrupción de Ayacucho, que actúa como actor civil.

Agotada la audiencia de juicio oral, dirigido por el Dr. Alfredo Barrientos Espillco, juez del Segundo Juzgado Penal Unipersonal de Huamanga, con participación de la Fiscal de la Fiscalía Corporativa Especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Ayacucho, Dra. Jeny Prado Aparicio; el actor civil representado por la delegada de la Procuraduría anticorrupción de Ayacucho, Dra. María del Pilar Conde Velarde, y el abogado defensor privado Dr. Jack Diburga Cuba que defendió al imputado Mao García Jeri; administrando justicia en nombre del pueblo y con el criterio de justicia que la ley autoriza, ha emitido la siguiente sentencia.

PARTE EXPOSITIVA

I

ITINERARIO PROCESAL

1. Por el mérito del auto de citación a juicio, se citó a los sujetos procesales a juicio oral, el que se desarrolló en dos sesiones, ambos del día 18 de diciembre de 2015.
2. Instalada la audiencia, se escuchó los alegatos de apertura de la Fiscalía, del actor civil, y del abogado defensor privado del acusado.
3. La judicatura, después de haber instruido en sus derechos al acusado, se le preguntó si se considera responsable de los hechos, según los cargos materia de la acusación fiscal – de conformidad con el artículo 372° del Código Procesal penal

constitucionalmente autónomos, los gobiernos regionales y locales, y las universidades públicas.

PARTE RESOLUTIVA

En consecuencia, apreciando los hechos, la pretensión punitiva del Ministerio Público y resarcitoria formulada por el actor civil, valorando los medios probatorios, el juez del Segundo Juzgado Penal Unipersonal de Huamanga de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho y con la potestad que le confiere la Constitución Política del Perú.

FALLA:

- I. **ABSOLVIENDO A MAO GARCÍA JERI**, de la acusación fiscal por la presunta comisión del delito contra la administración pública – delitos cometidos por funcionarios públicos – en la modalidad de Peculado Culposo, ilícito penal previsto y sancionado por el cuarto párrafo del artículo 387 del Código Penal, en agravio de la municipalidad provincial de Huamanga, representado por la Procuraduría pública especializada en delitos de corrupción de funcionarios públicos de Ayacucho.
- II. En consecuencia, **SE DISPONE** que consentida o ejecutoriada sea la presente sentencia se **ARCHIVE DEFINITIVAMENTE** y se **ANULEN** los antecedentes del imputado generados por el presente proceso penal.
- III. **INFUNDADA** la pretensión de actor civil.
- IV. **SE DISPONE** que en el presente caso no corresponde imponer pago de costas, a las partes procesales.

Y por esta mi sentencia así lo pronuncio, mando y firmo en audiencia pública de la fecha.

Corte Superior de Justicia de Ayacucho

Segundo Juzgado Penal Unipersonal de Huamanga

Exp. N° 037-2014-16

SENTENCIA

Resolución N° 12

Ayacucho, veintitrés de julio
del año dos mil quince.-

VISTOS Y OIDOS; el proceso penal seguido contra Ubaldo Melchor Santiago Huaroto, nacido el 16 de mayo de 1956, en la provincia de Castrovirreyna, departamento de Huancavelica, con Documento Nacional de Identidad N° 21458685, con grado de instrucción superior, de profesión ingeniero de minas, casado, con tres hijas, es hijo de Agustín y Benancia, sin antecedentes penales, domiciliado en el Sector Público Mz. R, Lote 10, de esta ciudad; por el delito contra la administración pública – delitos cometidos por funcionarios públicos – en las modalidades de peculado de uso y peculado doloso por apropiación, en agravio del Estado – Municipalidad provincial de Huamanga, debidamente representando por la Procuraduría Pública Anticorrupción de Ayacucho.

El Segundo Juzgado Penal Unipersonal de Huamanga agotada la audiencia pública de juicio oral en la que participó el juez Dr. Alfredo Barrientos Espillco, la Fiscal de la Fiscalía Corporativa Especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Ayacucho, Dra. Lidia Cisneros Alarcón; el actor civil representado por el delegado de la Procuraduría anticorrupción de Ayacucho, Dr. Paul Favio Tovar Poma, y el abogado defensor privado Dr. Víctor Renato Reyes Luque que defendió al imputado Ubaldo Melchor Santiago Huaroto; administrando justicia a nombre de la Nación y con el criterio de justicia que la ley autoriza, ha emitido la siguiente sentencia.

PARTE EXPOSITIVA

CAPITULO I

ITINERARIO DEL PROCEDIMIENTO

I. SEDE FISCAL

51. Por Disposición N° 03-2013, de fecha 08 de enero de 2014, se dispuso la formalización y continuación de la investigación preparatoria contra Ubaldo Melchor Santiago Huaroto, en su calidad de autor, por la presunta comisión del delito contra la administración pública – delitos cometidos por funcionarios públicos – en las modalidades de Peculado de Uso y Peculado doloso por apropiación, en agravio del Estado – Municipalidad provincial de Huamanga.
52. En mérito a ello, se emite el Requerimiento de Acusación del 05 de agosto de 2014 contra Ubaldo Melchor Santiago Huaroto, en calidad de autor del delito contra la administración pública – delitos cometidos por funcionarios públicos – en las modalidades de Peculado de Uso y peculado doloso por apropiación, en agravio del Estado – municipalidad provincial de Huamanga.

II. SEDE JURISDICCIONAL

Unipersonal de Huamanga de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho y con la potestad que le confiere la Constitución Política del Perú.

RESUELVE

- V. **ABSOLVER** a **UBALDO MELCHOR SANTIAGO HUAROTO** de la acusación fiscal por el delito de peculado doloso por apropiación, en agravio del Estado – Municipalidad Provincial de Huamanga. En consecuencia, se **DISPONE** que consentida o ejecutoriada que sea la presente sentencia, en este extremo, se anulen los antecedentes policiales y judiciales de acusado, se tome razón donde corresponda y en su oportunidad se archive definitivamente el presente proceso; notificándose y oficiándose.-
- VI. **CONDENAR** a **UBALDO MELCHOR SANTIAGO HUAROTO** en calidad de autor, por la comisión del delito contra la administración pública – delitos cometidos por funcionarios públicos - en la modalidad de Peculado de Uso, delito previsto y sancionado por el primer párrafo del artículo 388 del Código Penal, en agravio del estado – Municipalidad provincial de Huamanga; en consecuencia, se le impone **TRES AÑOS** de pena privativa de libertad. **Esta pena queda suspendida por el periodo de DOS AÑOS Y SEIS MESES**, condicionado a que el sentenciado cumpla las siguientes reglas de conducta:
- No ausentarse del lugar donde reside sin autorización del juez.
 - Comparecer personal y obligatoriamente cada fin de mes a la administración del módulo del nuevo código procesal penal de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, a efectos de que informe y firme el libro de control de sentenciados.
 - Pagar la reparación civil en los términos fijados por esta sentencia, a favor del actor civil.
- El incumplimiento de las reglas de conducta por el sentenciado, será bajo apercibimiento de aplicarse lo dispuesto en el artículo 59° del Código Penal en forma alternativa o sucesiva, previo requerimiento fiscal.
- VII. **SE IMPONE** a **UBALDO MELCHOR SANTIAGO HUAROTO**, la pena principal de **INHABILITACION** por el plazo de **TRES AÑOS**, conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal, que corresponde a la privación del cargo que ejercía el sentenciado, y a no obtener cargo, empleo, comisión o mandato de carácter público durante dicho plazo, oficiándose a las entidades correspondientes para tal efecto.
- VIII. Se declara **FUNDADA EN PARTE** la pretensión del actor civil, en consecuencia se **FIJA COMO REPARACIÓN CIVIL**, la suma de **TRES MIL NUEVOS SOLES**, que el sentenciado Ubaldo Melchor Santiago Huaroto, deberá abonar a favor de la parte agraviada, mediante depósito judicial a nombre del juzgado de investigación preparatoria por ante el Banco de la Nación. Esta suma deberán abonar en el plazo de **UN MES**, una vez consentida la sentencia.
- IX. **SE DISPONE** que en el presente caso no corresponde imponer pago de costas, al sentenciado Ubaldo Melchor Santiago Huaroto.
- X. Se **ORDENA** que una vez consentida y/o ejecutoriada que sea la presente sentencia, se expida el respectivo Boletín de Condena, se tome razón donde corresponda y en su oportunidad se archive definitivamente el presente proceso.



PODER JUDICIAL DEL PERÚ
Justicia Honorable, País Respetable

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AYACUCHO
SALA PENAL DE APELACIONES Y LIQUIDADORA

EXPEDIENTE : 02162-2012-93-0501-JR-PE-01
IMPUTADOS : PÁNFILO AMILCAR HUANCAHUARI TUEROS Y OTROS.
DELITO : PECULADO DE USO.
AGRAVIADO : MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE HUAMANGA - ESTADO.

SENTENCIA DE VISTA

Resolución N° 64.

Ayacucho, veintidós de junio del año dos mil quince.

VISTOS Y OIDO: En audiencia pública de apelación de sentencia, por los señores magistrados integrantes de la Sala Penal de Apelaciones y Liquidadora, de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho conformada por WILMAN DE LA CRUZ GUTIÉRREZ (Presidente); WILLY PEDRO AYALA CALLE (Director de debates) y GODOFREDO MEDINA CANCHARI (miembro); en la que intervienen como parte apelante el representante del Ministerio Público y los acusados PÁNFILO AMILCAR HUANCAHUARI TUEROS, JULIO CÉSAR PRADO PINTO, FRANCISCO LABIO NÚÑEZ y WILFREDO RODRÍGUEZ ENRÍQUEZ, respecto de la sentencia que condena a los referidos acusados, comprendidos los tres primeros en calidad de co autores por el Delito Contra la Administración Pública –Delito Cometidos por Funcionarios Públicos- en la modalidad de PECULADO DE USO; y el último de los referidos, en calidad de cómplice primario, por el mismo tipo penal, en agravio de la Municipalidad Provincial de Huamanga - Estado, todos ellos asistidos por su defensa técnica; con participación de la representante de la Procuraduría Pública Especializada Anticorrupción de Ayacucho y el representante del Ministerio Público respectivo.

I.- PLANTEAMIENTO DEL CASO:

1.- Viene el presente proceso penal en grado de apelación la sentencia condenatoria emitida en audiencia pública de fecha 22 de enero de 2015, mediante la cual se dicta condena contra los procesados PÁNFILO AMILCAR HUANCAHUARI TUEROS, JULIO CÉSAR PRADO PINTO, FRANCISCO LABIO NÚÑEZ y, comprendidos en calidad de co autores por el Delito Contra la Administración Pública –Delito Cometidos por

Por las consideraciones expuestas, los Jueces Superiores integrantes de la Sala Penal de Apelaciones y Liquidadora, por **UNANIMIDAD** resuelven:

1. **DECLARAR INFUNDADA** las apelaciones interpuestas por los sentenciados PÁNFILO AMILCAR HUANCAHUARI TUEROS, JULIO CÉSAR PRADO PINTO y FRANCISCO LABIO NÚÑEZ, contra la sentencia recurrida, quedando **CONFIRMADA** la misma en todos sus extremos, en la cual se impone a los tres referidos acusados DOS AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD CUYA EJECUCIÓN SE SUSPENDE POR PERIODO DE LA CONDENA, en calidad de co autores del Delito Contra la Administración Pública, en la modalidad de PECULADO DE USO, en agravio de la Municipalidad Provincial de Huamanga – Estado, así condena a WILFREDO RODRÍGUEZ ENRÍQUEZ, a UN AÑO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD SUSPENDIDA EN SU EJECUCIÓN POR EL MISMO PERÍODO, como cómplice primario del Delito Contra la Administración Pública, en la modalidad de PECULADO DE USO, en agravio de la Municipalidad Provincial de Huamanga – Estado; debiendo estar todos ellos sujetos a reglas de conducta allí contenidas y además se impone el pago solidario de veinte mil nuevos soles, por concepto de reparación civil a favor de la entidad agraviada, más la pena de **INHABILITACIÓN** conforme al artículo 36 incisos 1 y 2 del Código Penal, esto es la privación de la función o cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular, e incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público por el tiempo de la condena.
2. Además deberá asumir en forma proporcional el pago de costas a los apelantes PÁNFILO AMILCAR HUANCAHUARI TUEROS, JULIO CÉSAR PRADO PINTO, FRANCISCO LABIO NÚÑEZ y WILFREDO RODRÍGUEZ ENRÍQUEZ, en mérito a los fundamentos de la presente resolución.
3. **DECLARAR INFUNDADA** el recurso de apelación formulada por el Ministerio Público, respecto al incremento de la pena a los condenados PÁNFILO AMILCAR HUANCAHUARI TUEROS, JULIO CÉSAR PRADO PINTO y FRANCISCO LABIO NÚÑEZ.
4. **MANDARON** que ejecutoriada sea la presente sentencia de vista se devuelvan los autos al Juzgado de origen para los fines consiguientes.

DE LA CRUZ GUTIÉRREZ.
AYALA CALLE. (ponente)
MEDINA CANCHARI.-

3° JUZGADO PENAL UNIPERSONAL - NCPP

EXPEDIENTE : 00304-2014-29-0501-JR-PE-01
JUEZ : KARINA VARGAS BEJAR
ESPECIALISTA : AÑAÑOS VALLEJOS KAROL
MINISTERIO PUBLICO : SEGUNDO DESPACHO DE LA FISCALIA CORPORATIVA ESPECIALIZADA EN
DELITOS DE CORRUPCION DE FUNCIONARIOS,
PROCURADOR PUBLICO : PROCURADURIA PUBLICA ANTICORRUPCION DE AYACUCHO,
IMPUTADO : BARRIENTOS GUEVARA, UBER EFRAIN
DELITO : PECULADO DOLOSO
AGRAVIADO : DIRECCION REGIONAL DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES DE AYACUCHO ,

SENTENCIA CONFORMADA

RESOLUCION No. CATORCE

Ayacucho, diez de agosto del dos mil quince.-

VISTOS Y OIDOS: Los actuados correspondientes en audiencia de juicio oral en acto público y ante la Juez KARINA VARGAS BEJAR, a cargo del Tercer Juzgado Penal Unipersonal, se debe decidir si se aprueba o desaprueba el acuerdo de conclusión anticipada de juicio oral, celebrado en el proceso penal seguido contra de **UBER EFRAIN BARRIENTOS RAMOS**, identificado con Documento Nacional de Identidad No. 08306428, nacido el cinco de marzo de mil novecientos cincuentisiete, en el distrito de Ayacucho, provincia de Huamanga, departamento de Ayacucho, de cincuentiocho años de edad, domiciliado en la Asociación de Vivienda La Victoria Manzana B lote 01 – distrito de San Juan Bautista; por la comisión del delito contra la Administración Pública – Delitos cometidos por Funcionarios Públicos- en la modalidad de Peculado Doloso, *supuesto de apropiación para sí*, ilícito penal previsto y sancionado por el primer párrafo del artículo 387 del Código Penal – conforme al artículo único de la Ley No. 26198, publicado el 13-06-93, vigente al momento de la comisión de los hechos-, concordante con el artículo 426 del Código acotado, que regula la inhabilitación- conforme al texto original, en agravio del Estado – Dirección Regional de Transportes y Comunicaciones de Ayacucho – Gobierno Regional de Ayacucho, representado por el Procurador Público Anticorrupción del Distrito Judicial de Ayacucho.

pruebas con el criterio de conciencia que faculta la ley, y de conformidad con lo establecido por los dispositivos legales antes mencionados, administrando justicia a nombre de la Nación se emite la siguiente decisión:

RESUELVO: APROBANDO EL ACUERDO arribado entre las partes procesales en juicio; y, en consecuencia:

1. **CONDENO** al acusado **UBER EFRAIN BARRIENTOS GUEVARA**, cuyas generales de ley obran en la parte introductoria de la presente sentencia, como autor y responsable del delito contra la Administración Pública – Delitos cometidos por Funcionarios Públicos- en la modalidad de Peculado Doloso, *supuesto de apropiación para sí*, ilícito penal previsto y sancionado por el primer párrafo del artículo 387 del Código Penal – conforme a al artículo único de la Ley No. 26198, publicado el 13-06-93, vigente al momento de la comisión de los hechos-, concordante con el artículo 426 del Código acotado, que regula la inhabilitación- conforme al texto original, en agravio del Estado – Dirección Regional de Transportes y Comunicaciones de Ayacucho – Gobierno Regional de Ayacucho; **a TRES** años y **CINCO** meses de pena privativa de libertad, cuya ejecución se suspende por el plazo de **DOS** años, condicionada al cumplimiento de las siguientes reglas de conducta: **a)** Cumplir con la totalidad del pago de la reparación civil en el plazo y en las cuotas acordadas; **b)** No concurrir a lugares ni a personas de dudosa reputación; **c)** No ausentarse del lugar de su domicilio sin previo aviso del Juez; **d)** No cometer nuevo delito doloso; y **e)** Concurrir en forma obligatoria y personalmente a la secretaría del Juzgado para controlarse cada fin de mes para dar cuenta de sus actividades; todo bajo apercibimiento de aplicarse las alternativas del artículo cincuentinueve del Código Penal, en caso de incumplimiento total o parcial de alguna de las reglas de conducta impuestas.
2. **SE IMPONE AL SENTENCIADO UBER EFRAIN BARRIENTOS GUEVARA, COMO MEDIDA LIMITATIVA DE DERECHOS:** *La limitación de obtener: mandato, cargo, empleo o comisión de carácter*

*público, previsto en el inciso 2 del artículo 36 del Código Penal, por el periodo de **UN AÑO Y NUEVE MESES.***

3. **FIJO:** En la suma de *mil doscientos nuevos soles* que por concepto de reparación civil deberá abonar el sentenciado a favor del Estado – Dirección Regional de Transportes y Comunicaciones de Ayacucho – Gobierno Regional de Ayacucho; sin perjuicio del pago del valor del escáner portátil ascendente a la suma de dos mil setecientos diez nuevos soles; precisándose que el hoy sentenciado ha cumplido con cancelar la suma de tres mil trescientos diez nuevos soles (dos mil setecientos diez nuevos soles que es el valor del bien más el cincuenta por ciento de la reparación civil), y que la suma restante, es decir seiscientos nuevos soles será cancelado el treinta de setiembre del dos mil quince.
4. **MANDO:** Que consentida o ejecutoriada que sea la presente resolución se inscriba la presente sentencia donde corresponda y **SE REMITAN** los actuados al Juzgado de Investigación Preparatoria para su ejecución.

3° JUZGADO PENAL UNIPERSONAL - NCPP
EXPEDIENTE : 00652-2014-95-0501-JR-PE-01
JUEZ : KARINA VARGAS BEJAR
ESPECIALISTA : BARBOZA NAVARRO JOHN GLICERIO
MINISTERIO PUBLICO : SEGUNDO DESPACHO DE LA FISCALIA PROVINCIAL CORPORATIVA
ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCION DE FUNCIONARIOS,
PROCURADOR PUBLICO : PROCURADOR PUBLICO ANTICORRUPCION DEL DISTRITO JUDICIAL DE
AYACUCHO,
IMPUTADO : ROJAS LLACTAHUAMAN, TITO
DELITO : PECULADO DOLOSO
AGRAVIADO : ESTADO MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN JOSE DE TICLLAS ,

SENTENCIA CONFORMADA

RESOLUCION No. CINCO

Ayacucho, dos de octubre del dos mil quince.-

VISTOS Y OIDOS: Los actuados correspondientes en audiencia de juicio oral en acto público y ante la Juez KARINA VARGAS BEJAR, a cargo del Tercer Juzgado Penal Unipersonal, se debe decidir si se aprueba o desaprueba el acuerdo de conclusión anticipada de juicio oral, celebrado en el proceso penal seguido contra de **TITO ROJAS LLACTAHUAMAN**, identificado con Documento Nacional de Identidad No. 28220348, nacido el catorce de diciembre de mil novecientos cincuenta y nueve, en el distrito de San José de Ticllas, provincia de Huamanga, departamento de Ayacucho, de cincuenta y cinco años de edad, domiciliado en el distrito de San José de Ticllas - Huamanga; por la comisión del delito contra la Administración Pública – Delitos cometidos por Funcionarios Públicos- en la modalidad de Peculado Doloso por *apropiación para sí*, ilícito penal previsto y sancionado por el artículo 387 del Código Penal – conforme a al artículo único de la Ley No. 26198, publicado el 13-06-93, vigente al momento de la comisión de los hechos-, concordante con el artículo 426 del Código acotado, que regula la inhabilitación- conforme al texto original, en agravio del Estado – Municipalidad Distrital de San José de Ticllas.

I. EXPOSICION Y PLANTEAMIENTO DEL CASO PENAL

HECHOS MATERIA DE ACUSACION Y PRETENSION DEL MINISTERIO PÚBLICO.

Primero: La representante del Ministerio Público, ha sostenido que el

directas y necesarias que el delito generó. Por otro lado, el monto deberá ser determinado no teniendo en cuenta la gravedad o del tipo penal instruido, sino teniendo en cuenta la gravedad del hecho en la propiedad y persona del sujeto pasivo.

Trigésimo Tercero: La obligación de reparar los daños y perjuicios nace con la ejecución de un hecho típico, ésta no se determina en proporción a la gravedad del delito, como ocurre con la pena; sino a partir de los efectos producidos por el mismo; por lo que el artículo noventa y tres inciso segundo del Código Penal, establece que la reparación civil comprende la indemnización de los daños y perjuicios, incluyéndose tanto los daños morales como materiales; sin embargo, además de los criterios citados para graduar la reparación civil también se tiene en cuenta, las condiciones económicas del agente y los efectos generados por su acción.

VI. DECISION:

Por todas estas consideraciones, habiendo analizado las cuestiones relativas al hecho producido y sus circunstancias, así como respecto a la responsabilidad del acusado, la calificación jurídica del hecho cometido, la individualización de la pena y la reparación civil, apreciando los hechos y las pruebas con el criterio de conciencia que faculta la ley, y de conformidad con lo establecido por los dispositivos legales antes mencionados, administrando justicia a nombre de la Nación se emite la siguiente decisión:

RESUELVO: APROBANDO EL ACUERDO arribado entre las partes procesales en juicio; y, en consecuencia:

1. **CONDENO** al acusado TITO ROJAS LLACTAHUAMAN, cuyas generales de ley obran en la parte introductoria de la presente sentencia, como autor y responsable del delito contra la Administración Pública – Delitos cometidos por Funcionarios Públicos- en la modalidad de Peculado Doloso *de apropiación para sí*, ilícito penal previsto y sancionado por el artículo 387 del Código Penal – conforme a al artículo único de la Ley No. 26198, publicado el 13-06-93, vigente al momento de la comisión de los hechos-, concordante con el artículo 426 del Código acotado, que regula la inhabilitación- conforme al

texto original, en agravio del Estado – Municipalidad Distrital de San José de Ticllas; a **CUATRO** años de pena privativa de libertad, cuya ejecución se suspende por el plazo de **DOS** años, condicionada al cumplimiento de las siguientes reglas de conducta: **a)** Cumplir con el pago de la reparación civil en el plazo y en las cuotas acordadas; **b)** No concurrir a lugares ni a personas de dudosa reputación; **c)** No ausentarse del lugar de su domicilio sin previo aviso del Juez; **d)** No cometer nuevo delito doloso; y **e)** Concurrir en forma obligatoria y personalmente a la secretaría del Juzgado para controlarse cada fin de mes para dar cuenta de sus actividades; todo bajo apercibimiento de aplicarse las alternativas del artículo cincuentinueve del Código Penal, en caso de incumplimiento total o parcial de alguna de las reglas de conducta impuestas.

2. **IMPONGO:** La accesoria de **INHABILITACIÓN** por el término de un año con las restricciones de los incisos uno y dos del artículo treintiséis del Código Penal.
3. **FIJO:** En la suma de *quinientos nuevos soles* que por concepto de reparación civil deberá abonar el sentenciado a favor del Estado – Municipalidad Distrital de San José de Ticllas, los que serán cancelados en dos cuotas cada una por la suma de doscientos cincuenta nuevos soles, que serán cancelados el treinta de noviembre y el treinta de diciembre del dos mil quince; precisándose que el sentenciado ha cumplido con cancelar la suma de ciento noventicinco nuevos soles por concepto de restitución de lo indebidamente apropiado.
4. **MANDO:** Que consentida o ejecutoriada que sea la presente resolución se inscriba la presente sentencia donde corresponda y **SE REMITAN** los actuados al Juzgado de Investigación Preparatoria para su ejecución.

3° JUZGADO PENAL UNIPERSONAL - NCPP
EXPEDIENTE : 02072-2014-51-0501-JR-PE-01
JUEZ : KARINA VARGAS BEJAR
ESPECIALISTA : BARBOZA NAVARRO JOHN GLICERIO
EMPLAZADO : PROCURADOR PUBLICO ANTICORRUPCION DESCENTRALIZADO DEL
DISTRITO JUDICIAL DE AYACUCHO ,
MINISTERIO PUBLICO : TERCER DESPACHO FISCAL DE LA FISCALIA PROVINCIAL
CORPORATIVA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCION DE FUNCIONARIOS ,
IMPUTADO : BRAVO RIVAS, EXALTACION
DELITO : FALSEDAD GENÉRICA.
BRAVO RIVAS, EXALTACION
DELITO : PECULADO DOLOSO
AGRAVIADO : ESTADO IEP SAN JUAN ,

S E N T E N C I A

Res. No. 04

Ayacucho, diez de setiembre del dos mil quince.-

VISTOS: La causa penal número 2072-2014-51-0501-JR-PE-01, seguida contra el acusado **EXALTACIÓN BRAVO RIVAS**, identificado con Documento Nacional de Identidad No. 28309493, nacido el siete de noviembre de mil novecientos cincuentidós, en el distrito de Curpahuasi, provincia de Grau, departamento de Apurímac, con grado de instrucción superior completa, licenciado en Educación, y domiciliado en la Plaza de Santa Ana No. 112 - Ayacucho; por la comisión del delito contra la Administración Pública – Delitos cometidos por Funcionarios Públicos, en la modalidad de **PECULADO DOLOSO**, previsto y penado en el primer párrafo del artículo 387 del Código Penal, concordante con el artículo 426 del acotado código; y por la comisión del delito contra la Fe Pública en la modalidad de **FALSEDAD GENÉRICA**, ilícito previsto y penado en el artículo 438 del Código Penal, ambos ilícitos en agravio del Estado – Institución Educativa Pública San Juan.

I. IMPUTACION CRIMINAL: CONFORME A LA ACUSACION FISCAL.

Primero: *Respecto al delito de Peculado Doloso*; se tiene que el acusado Exaltación Bravo Rivas, se ha desempeñado como Director de la Institución Educativa Pública "San Juan" desde el año dos mil dos al dos mil catorce. Estando en el ejercicio del referido cargo, en los años dos mil ocho, dos mil

conciencia y administrando justicia a nombre de la Nación; **FALLO:** **ABSOLVIENDO** de la acusación fiscal al acusado **EXALTACION BRAVO RIVAS**, como autor del delito contra la Administración Pública – Delitos cometidos por Funcionarios Públicos, en la modalidad de PECULADO DOLOSO; y por el delito contra la Fe Pública en la modalidad de FALSEDAD GENÉRICA, ambos en agravio del Estado – Institución Educativa Pública "San Juan"; y una vez consentida y/o ejecutoriada que sea la presente sentencia, se *archive definitivamente* la presente causa y se anulen sus antecedentes judiciales y policiales; **MANDO** se extracten copias certificadas de las piezas procesales pertinentes y se remitan a la Fiscal Provincial de Turno de esta ciudad, para el ejercicio de sus atribuciones, en mérito al considerando décimo cuarto. Con conocimiento de las partes procesales.



PODER JUDICIAL
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE
AYACUCHO
Juzgado Penal Unipersonal



JUZGADO PENAL UNIPERSONAL

EXPEDIENTE : 1491-2014-89-0501-JR-PE-01
JUEZ : RIGOBERTO DUEÑAS CARHUAPOMA
ESPECIALISTA : SALAZAR POMA ELVA
MINISTERIO PÚBLICO : PRIMER DESPACHO DE LA FISCALIA PROVINCIAL CORPORATIVA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCION DE
FUNCIONARIOS,
PARTE CIVIL : PROCURADOR PUBLICO ANTICORRUPCION DEL DISTRITO JUDICIAL DE AYACUCHO,
IMPUTADO : RUTH MIRIAM RAMIREZ QUISPE
DELITO : PECULADO DOLOSO
AGRAVIADO : ESTADO - MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE JESUS DE NAZARENO

SENTENCIA

RESOLUCIÓN N° 11

VISTOS Y OÍDOS: En la Sala de Audiencias de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, el día **veintinueve de setiembre del año dos mil quince**, el Juez del Juzgado Penal Unipersonal de Huamanga de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, doctor **RIGOBERTO DUEÑAS CARHUAPOMA** procede al acto de emisión de sentencia en el presente proceso penal número **1491-2014-89**, culminado en sus etapas y alegatos de las partes procesales:

I.- CONTEXTO GENERAL:

1.- IDENTIFICACION DE LA PARTE ACUSADA:

- **RUTH MIRIAM RAMIREZ QUISPE**, identificada con DNI número 28260122, nacido el 30 de Agosto 1966, de nacionalidad peruana, nacido en el distrito Ayacucho, provincia de Huamanga y departamento de Ayacucho, de estado civil soltera, instrucción superior completa, nombre de padres don Máximo y doña Rosa, con domicilio real en Jr. Ricardo Palma N° 476 - Jesús de Nazareno - Ayacucho.

II.- PRETENSIONES DE LOS SUJETOS PROCESALES:

2.- PRETENSION PUNITIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO:

Sostiene, que se trata de una Tesorera que se apropiado de una suma de dinero que pertenecía a la Municipalidad Distrital de Jesús de Nazareno (**en adelante Municipalidad**), en el presente juicio oral se va acreditar mas allá de cualquier duda razonable, la acusada cometió el delito de peculado doloso que serán acreditados con los medios de pruebas admitidos oportunamente; la imputada Ruth Miriam Ramírez Quispe, tenía la condición de Tesorera de la Municipalidad desde marzo hasta el 30 de octubre del año 2012; es así que la Municipalidad había efectuado la convocatoria para la adquisición de insumos del Programa de Vaso de Leche durante el año 2012, para tal efecto la Municipalidad tenía que efectuar la retención del 10% de garantía de fiel cumplimiento a las empresas proveedoras, esto del total del monto del contrato, siendo la responsable de este acto la hoy imputada y que era parte de su función, una vez retenida el 10% que se estableció en el contrato, tenía la obligación de depositarlo en la cuenta de la Municipalidad a efecto de dar cumplimiento y garantizar plenamente que la empresas proveedoras cumplan

respecto al Recibo de **S/. 2,627.59 N.S.**, entregado por Ruth Miriam Ramírez Quispe al señor Morote De la Cruz, Jefe de Producción de la Empresa Agroindustria del Valle SRL con fecha 23 de octubre del 2012, la misma se declaró impertinente por tanto persiste dicha obligación de devolver, por lo que en el periodo en que se ha apropiado si bien debe haber un daño emergente y/o lucro cesante como consecuencia de no haber depositado en las cuentas de la Municipalidad del monto del 10% de las retenciones que eran las garantías por el fiel cumplimiento de las contrataciones, por el periodo antes indicado si debe estimarse un monto razonable y prudencial en éste extremo de afectación y así en forma objetiva se evidencia que se ha quebrantado el deber lealtad y probidad, el buen y correcto funcionamiento de la administración y/o la utilización de los bienes del Estado, siendo así lo peticionado debe ponderarse y teniéndose en cuenta también el principio de proporcionalidad así como el de lesividad, el desvalor de acción desplegada por la imputada que como consecuencia de su actuar doloso ha permitido dicho ilícito penal en agravio de la Municipalidad, en razón a ello es que debe ampararse en parte la pretensión civil en un monto menor.

XI. CONDENA DE COSTOS Y/O COSTAS DEL PROCESO:

18. El artículo 497° del Código Procesal Penal prevé que toda decisión que ponga fin al proceso penal, deberá pronunciarse sobre las costas del proceso, en este caso existiendo un juicio de reproche al acusado por haberse acreditado su responsabilidad en el delito atribuido, corresponde imponerle el pago de costas conforme lo dispone el artículo 500° del Código Procesal Penal, la misma que debe ser establecida en ejecución de sentencia.

XII. DECISIÓN:

19. Por estas consideraciones, Administrando Justicia a nombre de la Nación y conforme a lo previsto por el artículo 138°, 139° inciso 2 de la Constitución Política del Estado Peruano y demás normas glosadas, el Juzgado Penal Unipersonal de Huamanga, **FALLA:**

19.1. CONDENAR a la acusada RUTH MIRIAM RAMÍREZ QUISPE, cuyas generales obran en la parte introductoria de la presente resolución como responsable en calidad de autor de la comisión del delito **contra la Administración Pública delitos cometidos por Funcionarios Públicos**, en la modalidad de **PECULADO DOLOSO de APROPIACION PARA SÍ**, en agravio del Estado -Municipalidad Distrital de Jesús Nazareno.

19.2. IMPONER CINCO AÑOS Y SEIS MESES DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EFECTIVA contra **RUTH MIRIAM RAMÍREZ QUISPE**, la misma que se computara a partir de la fecha en que sea aprehendido por la autoridad competente. Oficiándose a nivel nacional a las autoridades policiales para su Ubicación, Captura e Internamiento en el Establecimiento Penitenciario respectivo.

19.3. FIJAR por concepto de Reparación Civil, la suma de **DOS MIL NUEVOS SOLES**, que la sentenciada deberá de pagar a favor de la parte agraviada, **sin perjuicio de restituir la suma de DOS MIL SEISCIENTOS VEINTISIETE NUEVOS SOLES CON CINCUENTA Y NUEVE CÉNTIMOS DE NUEVO SOL.**

19.4. CONDENAR además a la sentenciada por las costas y costos del presente proceso penal.

19.5. IMPONER además la pena accesoria de **INHABILITACION** en contra de la referida sentenciada para el ejercicio de cualquier cargo público, por el lapso de **CINCO AÑOS Y SEIS MESES**, conforme a lo previsto en el inciso 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.



PODER JUDICIAL
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AYACUCHO
Juzgado Penal Unipersonal



1° JUZGADO PENAL UNIPERSONAL - NCPP

EXPEDIENTE : 01846-2014-78-0501-JR-PE-01

JUEZ : RIGOBERTO DUEÑAS CARHUAPOMA

ESPECIALISTA : BARBOZA NAVARRO JOHN GLICERIO

MINISTERIO PÚBLICO: PRIMERA FISCALIA PROVINCIA CORPORATIVA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCION DE FUNCIONARIOS,

PROCURADOR PÚBLICO: PROCURADOR PUBLICO ANTICORRUPCION DEL DISTRITO JUDICIAL DE AYACUCHO ,

IMPUTADO : GUERRA MOLINA, DANIEL

DELITO : PECULADO DOLOSO

AGRAVIADO : ESTADO MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE HUAMANGA,

SENTENCIA

Resolución N° 6

VISTOS Y OÍDOS: En la Sala de Audiencias de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, el día **veinte de octubre del año dos mil quince**, el Juez del Juzgado Penal Unipersonal del Módulo Penal del Nuevo Código Procesal Penal de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, doctor **RIGOBERTO DUEÑAS CARHUAPOMA** procede en el proceso penal número **1846-2014-78**, culminado en sus etapas, con los acuerdos arribados por las partes procesales:

I.- IDENTIFICACION DE LOS SUJETOS PROCESALES:

1.- IDENTIFICACION DE LA PARTE ACUSADA:

- **DANIEL GUERRA MOLINA**, con DNI N° 41902960, nacido el 14 de febrero de 1983, en el distrito de Ayacucho, provincia de Huamanga, departamento de Ayacucho, de estado civil Soltero, domiciliado en Jirón Tarapaca N° 148 - Ref. Altura de la 2da cuadra de la Av. Del Ejército- Huamanga - Ayacucho.

II.- PRETENSIONES DE LOS SUJETOS PROCESALES:

2.- PRETENSION PUNITIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO:

En su alegato de apertura el imputado laboraba en la Municipalidad Provincial de Huamanga, ejerciendo el cargo de Especialista Administrativo del Área de remuneraciones pensiones y beneficios de la Unidad de Recursos Humanos, teniendo dicho cargo desde el mes de enero a setiembre del 2013; en el cual se apropio para sí de los caudales del Estado que estaban bajo su administración indirecta, la suma de S/. 33,599.59 N.S., solicitando como acto postulatorio, por el delito de peculado doloso por apropiación, que se le imponga una pena de 5 años y 4 meses de pena efectiva é inhabilitación por el mismo plazo; por el delito de Falsedad Genérica la pena de 3 años y 4 meses de pena privativa de libertad con carácter efectiva é inhabilitación; asimismo ofrece órganos de pruebas y documentos que quedan registrados en audios.

3.- PRETENSÓN DEL REPRESENTANTE DEL ESTADO:

Señala que solicita por indemnización de daños y perjuicios la suma de S/.10,000.00 N.S., así como la restitución de S/. 33,599.59 N.S., y detalles registrados en audios.

4.- PRETENSÓN DE LA DEFENSA TECNICA:

celeridad procesal, desde el inicio habiendo aceptado los cargos, el tipo penal así como el pago de la reparación civil y no querer continuar con el desarrollo del juicio, se debe de exonerar del pago de costas en forma total.

VIII. DECISIÓN JUDICIAL:

17. Por éstas consideraciones y en aplicación de lo dispuesto en los artículos 372°, 394° y 399° del Código Procesal Penal, concordante con los Artículos 387° primer párrafo, 426° y 36° inciso 1) y 2) del Código Penal y conforme a lo previsto por el artículo 138°, 139° inciso 2 de la Constitución Política del Estado Peruano y demás normas glosadas, el Juzgado Penal Unipersonal de Huamanga, **FALLA:**

17.1. APROBAR EL ACUERDO celebrado entre el imputado **DANIEL GUERRA MOLINA** -cuyas generales obran en la parte introductoria- su abogado defensor y el representante del Ministerio Público.

17.2. CONDENAR al acusado **DANIEL GUERRA MOLINA** como autor del delito contra la Administración Pública, delitos cometidos por Funcionarios Públicos en la modalidad de **PECULADO DOLOSO POR APROPIACION PARA SI**, en agravio del Estado – Municipalidad Provincial de Huamanga.

17.3. IMPONER al acusado **DANIEL GUERRA MOLINA LA PENA DE CUATRO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD CON EJECUCIÓN SUSPENDIDA**, siendo el periodo de prueba de **TRES AÑOS**, periodo dentro del cual el sentenciado deberá observar las siguientes reglas de conducta:

a) No ausentarse del lugar sede de su residencia habitual sin autorización expresa de este Juzgado.

b) Concurrir personal y obligatoriamente a la Secretaría del Juzgado respectivo con la finalidad de registrar su firma cada dos meses a efectos de justificar sus actividades.

c) No frecuentar lugares de dudosa reputación.

d) Prohibición de ingerir bebidas alcohólicas en exceso.

e) Pagar el monto total de la reparación civil dentro del plazo acordando con la parte civil; todo bajo apercibimiento de procederse conforme a lo dispuesto por el **Artículo 59° inciso 3) del Código Penal**, esto es de revocarse la **suspensión de la pena;**

17.4. IMPONER: La accesoria de **INHABILITACIÓN** al sentenciado por el término de **CUATRO AÑOS** con las restricciones de los incisos 1) y 2) del artículo 36 del Código Penal.

17.5. FIJAR: En la suma de **S/. 22,599.59 N.S.**, será pagado en **DOS AÑOS** en cuotas mensuales cada una por la suma de **NOVECIENTOS CUARENTA Y UNO CON SESENTA Y CINCO/100 NUEVOS SOLES**, a partir del mes de noviembre del año 2015 por concepto de reparación civil a favor de la parte agraviada, conforme a los acuerdos arribados.

17.6. EXONERAR del pago de las costas a la parte vencida en este caso el imputado.

17.7. MANDAR: Que, consentida o ejecutoriada sea la presente sentencia se expidan los testimonios y los boletines de condena para su inscripción en el registro de Condenas de la Corte Suprema de Justicia de la República y al registro Judicial de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho; y **ORDENO** se remitan al Juzgado de Investigación Preparatoria para su atribución correspondiente.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AYACUCHO
PRIMER JUZGADO DE INVESTIGACION PREPARATORIA

**ACTA DE REGISTRO DE AUDIENCIA RESERVADA DE TERMINACION
ANTICIPADA.**

En la ciudad de Ayacucho, siendo a horas nueve de la mañana del día nueve de setiembre del 2015, en la Sala de Audiencias N° 05 del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de Ayacucho, dirigida por el señor Juez doctor **ASUNCION CANCHARI QUISPE**, se realiza la audiencia de Terminación Anticipada seguido en el cuaderno N° 1797-2015-97 seguido contra **ROCKY GUTIERREZ AYALA** por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública en la modalidad de **PECULADO CULPOSO**, en agravio del Estado – Municipalidad Distrital de San Juan Bautista. Actuando como Especialista judicial de Audiencia, la abogada *Jackeline Ross Castro Zagastizabal*.

Se deja constancia que la presente audiencia está siendo registrada en sistema de audio, conforme al artículo 361 del Código Procesal Penal.

ACREDITACION

6. **FISCAL:** MIRLA DORIS RAMIREZ PIZARRO, Fiscal Adjunto Provincial de la Fiscalía Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Ayacucho, con domicilio procesal en el Jirón Libertad 205 Tercer piso, teléfono institucional 066 – 311115.
7. **ACTOR CIVIL:** Abog. JORGE VLADIMIR APAICO ASTO, representante de la Procuraduría Pública Anticorrupción de Ayacucho, con registro del CAA 938, domicilio institucional en el Jirón Dos de Mayo 155 interior cuarto piso, celular 966604840, correo electrónico vladiap08@hormail.com.
8. **DEFENSA TECNICA:** Abog. ABIMAEL MENDEZ CONDE, en defensa del acusado Rocky Gutiérrez Ayala, con registro del CAA 1034, domicilio procesal en el Jirón Arequipa 170 oficina 03, correo electrónico abimesi@hotmail.com, celular 9999364030.
9. **IMPUTADO:** ROCKY GUTIERREZ AYALA, con DNI 40735005, con domicilio en la Av. Los Incas 213 San Juan Bautista, celular rpm *977268, correo electrónico rockygutier@hotmail.com.

INSTALACION DE LA AUDIENCIA

La presente audiencia de terminación anticipada se realizara con la concurrencia obligatoria del Fiscal, abogado defensor y/o imputado, estando los mismos presentes, se da por **VÁLIDAMENTE INSTALADA LA PRESENTE AUDIENCIA.**

DEBATE:

JUEZ: Concede el uso de la palabra del representante del Ministerio Publico, a fin de que sustente el acta de reunión preparatoria, acuerdo provisional de terminación anticipada.

FISCAL: Señala que con fecha 27 de agosto del 2015 se llevo a cabo el acuerdo provisional en el Tercer Despacho de la Fiscalía Anticorrupción, con presencia de la Fiscal, Actor Civil, abogado de la defensa y el imputado. La imputación es por la presunta comisión del delito Peculado Culposo previsto en el cuarto párrafo del

jornadas de servicios comunitarios, siendo así no corresponde a este Juez reducir la pena por acogimiento de terminación anticipada.

2.10. APLICACIÓN DE LA RESERVA DEL FALLO CONDENATORIO:

En caso de autos atendidos a la precisión de la Corte Suprema a través del precedente vinculante, es aplicable la Reserva de Fallo Condenatorio por ser una medida discrecional del Juez en la que se determina la responsabilidad penal, pero con Reserva de la Condena y la Pena sujeta a unas reglas de conducta de plazo de prueba, y por ser en el caso de autos la reserva de fallo condenatorio, porque del delito que se le imputa al acusado Rocky Gutiérrez Ayala, delito contra la Administración Pública en la modalidad de Peculado Culposo en agravio del Estado.- Municipalidad Distrital de San Juan Bautista, previsto en el cuarto párrafo del artículo 387° CP (modificado por el artículo único de la Ley N° 30111).

Atendiendo a las circunstancias del hecho anteriormente establecido y la personalidad del acusado, quien reconoció los cargos, incluso repuso inmediatamente el bien objeto de la sustracción, considera es Confeso, asimismo; atendiendo a lo establecido en el artículo 62° del CP modificada por la Ley 30076, señala; el Juez puede disponer la Reserva del Fallo Condenatorio siempre que las circunstancias, individuales, verificables al momento de la expedición de la Sentencia pueda colegir que el agente no cometerá nuevo delito, el pronóstico favorable sobre la conducta futura del sentenciado que formule la autoría judicial requiere de debida motivación. Las reservas es dispuesto en el siguiente caso; cuando el delito es sancionado con pena privativa de libertad no mayor de tres años con multa; cuando la pena a imponerse no superen las 90 jornadas de prestación de servicios comunitarios o delimitación de días libres; cuando la pena a imponerse no superen los dos años de inhabilitación, el plazo de reserva de fallo condenatorio es de 1 a 3 años, contado desde la decisión que adquiere calidad de Cosa Juzgada. El presente caso conforme ya se había señalado en el acuerdo provisional de Terminación Anticipada se arribó a que se aplique la pena de 6 meses y 27 días con ejecución suspendida y 17 jornadas de servicios comunitarios, atendiendo a la forma y circunstancias de la comisión del delito, a la condición personal del imputado que no tiene antecedentes penales ni judiciales ya la pena prevista en el tipo penal es aplicable la Reserva de Fallo Condenatorio,

- 2.11.** Por lo que este Órgano Jurisdiccional, por los fundamentos expuestos y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 468° inciso 1 al 7 del CPP, el Juez del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria, administrando Justicia a nombre de la Nación;

RESUELVE:

- 1. APROBAR** el acuerdo provisional de Terminación Anticipada solicitado por el representante del Ministerio Público, el imputado Rocky Gutiérrez Ayala, el abogado de la defensa y el abogado del Actor Civil, en la audiencia especial privada de Terminación Anticipada.
- 2. FALLO; DISPONIENDO RESERVAR EL FALLO CONDENATORIO** a favor del acusado:

ROCKY GUTIÉRREZ AYALA:

D.N.I	: N° 40735005
Lugar y fecha de nacimiento	: Huamanga - Ayacucho / 06-07-1980
Edad	: 35 años
Estado civil	: Soltero
Domicilio real	: Av. Los Incas N° 213 Distrito de SJB
Grado de Instrucción	: Superior
Nombre del padre y la madre	: Epifanio y Timotea

Como autor de la Comisión del delito contra la Administración Pública, en su modalidad Peculado Culposo en agravio de la Municipalidad Distrital de San Juan Bautista – Estado.

3. **FIJO** como plazo de **PRUEBA** de **05 MESES**, la misma que se computará a partir de la fecha de expedición de la presente Sentencia debiendo el acusado observar y cumplir las siguientes reglas de conducta: **a)** No ausentarse de la sede del Juzgado sin previa autorización judicial, **b)** Concurrir cada fin de mes al Juzgado a controlarse en el libro de Sentenciados, **c)** No ingerir bebidas alcohólicas, **d)** No cometer nuevo delito doloso o culposo, como es el delito contra la Administración Pública, **e)** Cumplir mandato de la autoridad Fiscal y judicial y **f)** Pagar el monto de la Reparación Civil de S/. 400.00 Nuevos Soles, precisada en el acuerdo, siendo en dos armadas, la primera de S/. 200.00 Nuevos Soles, que debe de efectuarlo el acusado el día de la fecha y la segunda de S/. 200.00 Nuevos Soles, hasta el día 09 de octubre del 2015 a favor de la entidad agraviada; todo bajo apercibimiento de severa advertencia, prórroga de régimen de prueba o revocarse régimen de prueba.
4. **FIJO**; la suma de S/. 400 Nuevos Soles por concepto de Reparación Civil que deberá pagar el acusado a favor de la entidad agraviada Municipalidad Distrital de San Juan Bautista – Estado.
5. Remítase a la parte por ante Registro Especial correspondiente **consentida y ejecutoriada sea la Presente Sentencia.**
6. Con notificación de las partes.

FISCAL : Conforme

ACTOR CIVIL : Conforme

DEFENSA TECNICA : Conforme

IMPUTADO : Conforme

CONCLUSION:

Siendo a horas 10:05 minutos de la mañana, se da por terminada la Audiencia y por cerrada la grabación del audio, procediendo a firmarla la Especialista Judicial de Audiencia encargada de la redacción del acta, conforme lo dispone el artículo 121º del Código Procesal Penal.-