



**UNIVERSIDAD PARTICULAR
DE CHICLAYO
FACULTAD DE DERECHO**



TITULO:

**“EL DELITO DE PECULADO DE USO POR SERVIDORES Y
FUNCIONARIOS DE LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE
CUTERVO EN EL PERIODO 2015- 2016”**

TESIS

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

BACHILLER:

CESAR IVAN ROSILLO PAZ

ASESOR

DR. ERWIN GUZMAN QUISPE DIAZ

CHICLAYO- PERÚ

2018

Titulo:

“EL DELITO DE PECULADO DE USO POR SERVIDORES Y FUNCIONARIOS DE LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CUTERVO EN EL PERIODO 2015- 2016”

Tesis presentada por el Bachiller Sr. Cesar Iván Rosillo Paz, a la facultad de Derecho de la Universidad Particular de Chiclayo, para optar el Título Profesional de Abogado.

Bachiller: Cesar Ivan Rosillo Paz

Asesor: Dr. Erwin Guzman Quispe Diaz

Aprobado por:

DR. LITO BECERRA ANGULO

Presidente

DR. TEOFILO ROJAS QUISPE

Secretario

MG. JAVIER DIAZ DIAZ

Vocal

DEDICATORIA

A Dios por ser mi guía en este camino de logro, de mis objetivos y sobre todo por darme salud y sabiduría para seguir avanzando.

A mi madre Flor, por amarme, brindarme su apoyo incondicional y enseñarme que todo esfuerzo tiene su recompensa

A mis hermanos por todas las muestras de cariño y dedicación.

AGRADECIMIENTO

A Dios por haberme dado la dicha de tener una familia que en todo momento estuvo a mi lado y por haberme regalado vida para cumplir éste objetivo tan anhelado.

A mis maestros de la facultad de derecho de la universidad particular de Chiclayo, gracias por haber creído en mí, sus palabras de aliento ha sido mi mayor motivación

A mis compañeros de estudio s por tantos momentos compartidos.

A la institución que ha colaborado con el desarrollo de ésta investigación, especialmente al equipo humano de la Municipalidad provincial de Cutervo.

PRESENTACIÓN

Como se dijo, las últimas reformas al artículo 387° del Código Penal en relación con el delito de peculado por apropiación, utilización y culposos, variaron el sentido material de su naturaleza jurídica. Dos nuevos referentes son indicativos de dicha variación. Por un lado, el referente patrimonial que agrava el tipo básico por la cuantía de lo apropiado o utilizado cuando sobrepasaba las 10 UIT. Por otro lado, al haberse duplicado el plazo de prescripción de la acción penal para los delitos cometidos “contra el patrimonio del Estado”, lo cual presupone una reconducción sistemática de este delito. Se genera así un problema de ubicación y sistematización porque, siendo un delito de naturaleza pluriofensiva (afecta varios bienes jurídicos al mismo tiempo), ha mutado a un delito de carácter predominantemente patrimonial; alejándose de esa manera de su consideración como un delito que se agota en el correcto funcionamiento de la Administración Pública.

El bien jurídico del delito de peculado no se cuenta dentro de los delitos contra el patrimonio, sino, antes bien, como delito cometido contra la Administración Pública por funcionario público, donde el bien tutelado es la correcta utilización de los fondos o efectos estatales encomendados⁴⁸. Sujeto pasivo del presente delito es, por tanto, la propia Administración Pública, en cuanto titular del bien jurídico de la función pública, de la que dimana el derecho-deber a la exigencia del correcto ejercicio de la actividad administrativa, por parte de los titulares a los que la misma corresponde. De modo adicional y secundario puede ser también eventualmente afectado con la conducta típica el propio administrado, en la esfera de los legítimos intereses administrativos que conforme a derecho le asistan, y sobre los que incida, perjudicándolos, la arbitraria resolución recaída.

RESUMEN

La corrupción se define como el abuso o aprovechamiento del poder público en beneficio privado. El abuso consiste en la extralimitación normativa del funcionario respecto de sus competencias y de los deberes que informan su actividad; desnaturalización del interés común por el privado. El aprovechamiento consiste en el acercamiento absolutamente utilitarista e ilegal que el particular proyecta sobre determinada parcela de la administración pública que le interesa; el sistema no es impermeable, solo es cuestión de elegir el negocio justo para penetrarlo. Sin perjuicio de lo indicado, ambos conceptos pueden aplicarse, desde un punto de vista semántico, para ambas definiciones. Lo único que no admite valoración indistinta es que la corrupción nos retrasa como país, y que su prevención, control y sanción son asuntos impostergables en la agenda de un país que busque desarrollarse en comunidad.

El uso de los bienes públicos para fines ajenos al servicio es una expresión amplia que recae sobre los instrumentos de trabajo. De manera que cabe una interpretación extensiva del tipo penal en cuestión.

No obstante, surge un problema de interpretación en relación con la excepción al tipo comprendida en el último párrafo del artículo 388 del Código Penal que prescribe: “No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo”.

Esta excepción admite dos interpretaciones: una extensiva y otra restrictiva; situación no resuelta del todo en la medida que, por ejemplo, una camioneta asignada al funcionario por razón de su cargo para uso personal, aparentemente no podría ser usada por su familia o terceros. Nos inclinamos por una interpretación extensiva.

ABSTRACT

Corruption is defined as the abuse or exploitation of public power for private benefit. The abuse consists of the normative overreaching of the official with respect to his / her competences and of the duties that inform his / her activity; denaturalization of the common interest for the private. The exploitation consists of the absolutely utilitarian and illegal approach that the individual projects on a certain part of the public administration that interests him; the system is not waterproof, it's just a matter of choosing the right business to penetrate it. Notwithstanding the above, both concepts can be applied, from a semantic point of view, for both definitions. The only thing that does not admit indistinct valuation is that corruption delays us as a country, and that its prevention, control and sanction are unpostponable issues in the agenda of a country that seeks to develop in community.

The use of public goods for purposes other than service is a broad expression that falls on the instruments of work. So there is an extensive interpretation of the criminal type in question.

However, a problem of interpretation arises in relation to the exception to the type included in the last paragraph of article 388 of the Criminal Code that prescribes: "This article does not include motorized vehicles destined for personal service because of the charge".

This exception admits two interpretations: one extensive and the other restrictive; This situation is not entirely resolved to the extent that, for example, a van assigned to the official because of his position for personal use, apparently could not be used by his family or third parties. We are inclined to an extensive interpretation.

INDICE

DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
PRESENTACIÓN.....	v
RESUMEN	vi
ABSTRACT	vii
INDICE	viii
INTRODUCCIÓN.....	xii

CAPITULO I

ASPECTOS METODOLOGICOS

1.1.- REALIDAD PROBLEMÁTICA.	13
1.2.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	13
1.3.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA Y ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN.....	15
1.4.- JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL PROBLEMA	15
1.5.- OBJETIVOS.....	18
1.5.1.- Objetivo General	18
1.5.2.- Objetivos Específicos.....	18
1.6.- HIPOTESIS.....	19
1.7.- VARIABLES	19
1.7.1.- Variable Independiente	19
1.7.2.- Variable Dependiente	19
1.7.3.- Operacionalizacion de variables.....	20
1.8.- ASPECTOS METODOLOGICOS.....	20
1.8.1.- TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACION	20
1.8.2.- POBLACION Y MUESTRA.....	20

1.8.3.- MATERIALES TÉCNICAS E INSTRUMENTO PARA RECOLECCIÓN DE DATOS.	21
1.8.4.- MÉTODOS Y PROCEDIMIENTO PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS.	21

CAPITULO II

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

2.1.- CONCEPTO.....	23
2.2.- ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA.....	24
2.3.- LA JERARQUÍA ADMINISTRATIVA.....	26
2.4.- CLASIFICACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	27
a) En cuanto a las funciones.....	27
b) En cuanto a su estructura	28
c) En cuanto al campo de acción	28
2.5.- SERVICIO PÚBLICO:	29
2.5.1. Concepto.	29
a) Caracteres del servicio público	29
b) Clasificación de los servicios públicos.....	29
2.6.- LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL ESTADO DE DERECHO.	30
2.7.- BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL TÍTULO XVIII DEL CÓDIGO PENAL	32
2.7.1.- Antecedentes	33
2.7.2. Desarrollo teórico-conceptual	36

CAPITULO III

RESPONSABILIDADES DE LOS TRABAJADORES EN LA ADMINISTRACION PÚBLICA

3.1.- INTRODUCCIÓN.	39
3.1.1. Los Funcionarios y Servidores Públicos.....	40
3.2.- RESPONSABILIDADES EN MATERIA ADMINISTRATIVA, CIVIL Y PENAL.....	41

3.2.1. Definición de Responsabilidad.....	41
A. La Responsabilidad Funcional Del Servidor Público.....	41
B) RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.	43
C) RESPONSABILIDAD CIVIL.....	43
D) RESPONSABILIDAD PENAL.....	44
3.3.- EL CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO.	46
3.4.-CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL DERECHO PENAL, CONFORME LA REFORMA NORMATIVA AL ARTÍCULO 425, VÍA LA LEY N.º 30124.....	52

CAPITULO IV

EL DELITO DE PECULADO

4.1.- CONSIDERACIONES GENERALES	61
4.2.- LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DELITO DE PECULADO Y SU CONNOTACIÓN PATRIMONIAL.	64
4.3.- LA ESTRUCTURA DEL TIPO PENAL	67
4.4.- LA REFORMA DEL ARTÍCULO 387 DEL CÓDIGO PENAL Y SU CONTENIDO PATRIMONIAL.....	71
4.5.- EL TRATAMIENTO DEL DELITO DE PECULADO EN LA JURISPRUDENCIA Y LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	79
4.6.- LAS RAZONES QUE FUNDAMENTAN LA PUNIBILIDAD DEL DELITO DE PECULADO.....	83
4.7.- LA INTERVENCIÓN DEL PARTICULAR EN EL DELITO DE PECULADO POR APROPIACIÓN, UTILIZACIÓN Y CULPOSO.	86
4.8.- ALGUNOS OTROS CONCEPTOS UTILIZADOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA VINCULADOS A LOS DIVERSOS TIPOS DE PECULADO	88
4.8.1. El patrimonio en la Administración Pública	88
4.8.2. El concepto de servicio público.....	90
4.9.- EL TRATAMIENTO DEL PARTICULAR EN LOS DELITOS ESPECIALES CUALIFICADOS POR EL SUJETO ACTIVO SEGÚN EL ACUERDO PLENARIO Nº 003-2016/CJ-116	91

CAPITULO V
PECULADO DE USO

5.1.- CONSIDERACIONES GENERALES	96
5.2.- LAS CARACTERÍSTICAS DEL TIPO PENAL.	98
5.3.- ALCANCES DE LA EXPRESIÓN “PARA FINES AJENOS AL SERVICIO.	100
5.4.- DEL COMPORTAMIENTO QUE ADMITE EL TIPO PENAL	100
5.5.- EL SUJETO ACTIVO	101
5.6.- EL SUJETO PASIVO	101
5.7.-EL BIEN JURÍDICO TUTELADO	102
5.8.-LA APLICACIÓN EXTENSIVA DEL PECULADO DE USO	102
5.9.- EL SUJETO ACTIVO EN EL PECULADO DE USO POR EXTENSIÓN....	103
5.10.- LA EXCEPCIÓN AL TIPO PENAL	104
 CONCLUSIONES	 108
RECOMENDACIONES.....	110
BIBLIOGRAFÍA	111

ANEXOS

INTRODUCCIÓN

El ejercicio de la función administrativa que el Estado realiza para la consecución de sus fines, requiere la organización de los elementos humanos y materiales, con el fin de lograr su mejor utilización. De esta manera, las actividades y los medios se ordenan de acuerdo con diferentes criterios de eficiencia para dar lugar a la organización.

Debemos entender por “Administración pública”, tomando en cuenta su acepción desde el derecho administrativo, en mérito a su connotación desde una perspectiva del Estado constitucional de derecho, como personalidad jurídica encaminada a la realización y ejecución de las prestaciones públicas.

Es cuando en el desempeño técnico-ocupacional el servidor incurre en acto u omisión tipificada como delito o falta. Estos ilícitos son tipificados en el Código Penal como “Delitos contra la Administración Pública “en el Título XVIII y concretamente en el Capítulo II” Delitos cometidos por Funcionarios Públicos”. Entre los que se tiene: peculado, concusión, malversación, cohecho, corrupción de funcionarios, entre otros.

En este tipo de responsabilidad la sanción (pena) no es aplicada por la entidad sino por el Órgano jurisdiccional, previo proceso, y el objeto de la pena no está relacionada con la mejora del servicio sino de la actitud represora del Estado ante la ocurrencia de ilícitos que afectan no sólo a él sino a la sociedad.

Consecuentemente un servidor público puede incurrir en una o más responsabilidades conjuntas por un mismo hecho, así por ejemplo aquel servidor que se apropia de dinero que le es entregado para su custodia tiene responsabilidad administrativa por el incumplimiento de las normas de cautela de dinero(Tesorería), le cabe también responsabilidad civil por el perjuicio ocasionado a la entidad y al Estado - por lo que tiene que ser resarcido- y por último le alcanza responsabilidad penal por cuanto esta acción está tipificada como peculado en el artículo 387º del Código Penal.

CAPITULO I

ASPECTOS METODOLOGICOS

1.1.- REALIDAD PROBLEMÁTICA.

La corrupción en el mundo actual ya no es un problema local, nacional o regional; se trata de un problema de escala mundial. Solo podremos enfrentarla con políticas de Estado permanentes e integrales, y con el respaldo de la cooperación internacional.

Todo ello, motiva a investigar y escudriñar en torno a este tema a fin de dar una solución sino integral, por lo menos más o, menos justa al problema que se plantea, si consideramos que mediante una modificación racionalmente atinada se puede disminuir la comisión de los delitos contra la Administración Pública específicamente en lo que respecta a los delitos de Peculado. Para la Administración de Justicia les resultaría elemental una regulación libre de lagunas y vicisitudes que le permitan aplicar las normas penales disminuyendo un margen de error en su interpretación (y de esta forma se evita la impunidad), el mismo que a veces se espera sea llenado por la jurisprudencia.

A la actualidad los delitos contra la administración pública vienen siendo de interés por parte del Estado, ello debido a que los índices de corrupción descubiertos y de conocimiento de la opinión pública han permitido que se agilice una decisión política para su persecución, esa es la razón de la creación, incluso, de unidades de investigación especializada tanto a nivel de la Policía Nacional de Perú y la Fiscalía.

1.2.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Los repertorios de crimen en éstos últimos tiempos se han visto incrementados en el país y a nivel mundial, esto en delitos comunes y en los delitos específicos (especiales) y dentro de éstas los delitos contra la “Administración Pública”. El Perú, tiene sus propias entidades controladoras para ello se han dotado de varios procedimientos internos

de control para proteger la “Administración Pública”, es decir, beneficios del Estado sobre la deficientemente conducta de sus trabajadores que infringen las normas “internas y externas” de cada institución. El derecho punitivo como medio de intervención ineludible y represivo es fragmentario de actuación dentro del ordenamiento legal, esto ambiciona decir que es el último recurso que se aplica solo cuando al peligro del hecho es insostenible por la entidad y la conducta desplegada es doloso. La “fragmentariedad” y la “última ratio” del “derecho penal”, mandan tanto para contravenciones comunes y para delitos especiales. Ante eso, existe la imagen penal del Peculado y en especial, estando al caso que nos toca, la contravención de “Peculado de Uso”.

Esta contravención de “peculado de uso” se evidencia en todas las Instauraciones públicas del país, pero, la vigente investigación se limita a investigar netamente el problema judicial concerniente a la contravención de “Peculado de Uso”, cometido por los empleados públicos de la Municipalidad Provincial de Cutervo en el periodo 2015 - 2016.

El “Peculado de Uso”, implica “utilizar”, “predestinar” transitoriamente los patrimonios del Estado que poseen como utilización el desempeño de una función pública, a expresos trabajos de carácter privado.

Es preciso hacernos las siguientes preguntas ¿el Estado ejerce un verdadero control respecto de los patrimonios asignados a los “servidores” y “funcionarios Públicos”? ¿Los “servidores” y “funcionarios públicos” tienen conocimiento sobre las normativas que ha expedido el Estado respecto a la utilización correcta de los patrimonios del Estado?, ¿los servidores y funcionarios del Fisco, son reflexivos de la consecuencia que tiene el infringir éste delito en el contorno de sus funciones?, etc, tenemos pues que por ser un tipo penal poco tratado dentro la problemática social, es minimizado en el espacio de su repercusión, es así que los “servidores” y “funcionarios públicos” aún no se han concientizado que este delito tiene una sanción de hasta 04 años

de pena privativa de la libertad dentro de nuestra legislación penal actual y que también va acompañado de la inhabilitación en sus funciones, hecho que genera que su incidencia sea mayor en diferentes partes del país.

De continuar subsistiendo el problema con relación al “peculado” de “uso” de los funcionarios y servidores públicos que trabajan en la “Municipalidad Provincial de Cutervo puede traer consigo la generalización del problema en cualesquiera de las instauraciones del Estado, consecuentemente la pérdida de los patrimonios del fisco y el corte de presupuesto para los bienes asignados.

En cuanto se relata a las causas probables del problema de investigación podríamos indicar que, esto se debe a la inoperancia de las autoridades judiciales en la efectuación de desempeños en la diligencia de la norma relacionado al quebrantamiento de Peculado de Uso cometido por los funcionarios y servidores públicos.

1.3.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA Y ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN

¿Cuáles son las causas que “influyen” en la “comisión” del delito de “Peculado de Uso” por los “servidores” y “funcionarios públicos” por los empleados públicos de la Municipalidad Provincial de Cutervo en el periodo 2015 -2016?

1.4.- JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL PROBLEMA

La intención del contemporáneo trabajo investigativo se justifica por su relevancia social, implicancias prácticas, valor teórico y ventaja metodológica, esto se puede verificar del contenido del presente.

Actualmente la Dirección Pública, requiere vigilancia del derecho en la razón que ante la presencia de mayor conexión e interrelación de los servidores y los funcionarios públicos con los acervos del Estado, más propenso se encuentran ellos de disponer dichos bienes en su favor o de terceros.

Podríamos afirmar que, una de las disposiciones legales que no ha sido abordado con profundidad y seriedad, y que es de vital calidad para la considerada marcha de las Instauraciones del Estado, es desvalor de Peculado de Uso. Estando a ello, el uso de la propiedad del Estado para los funcionarios y servidores públicos, solo debe ser para el desempeño de sus tareas, el manejo de estos bienes para un beneficio propio constituye el Peculado por uso, muchas veces los funcionarios y servidores públicos cometen este delito por desconocer la ley, así como desconocer la utilización considerada de los acervos del Estado.

- Relevancia social. La presente investigación beneficia a toda la urbe en su conjunto, especialmente a los habitantes de la provincia de Cutervo toda vez que, los bienes asignados a los funcionarios y servidores públicos de parte del Estado peruano, es única y exclusivamente para la usanza en trabajos a favor de la instauración y no para el uso privativo, pues en contrario estará cometiendo el delito de Peculado de Uso, sancionado en el código sustantivo penal.

- Implicancia teórica. Dentro del campo teórico puede justificarse porque, se compone en un antecedente para otras investigaciones, puesto que, hasta ahora no existen investigaciones similares.

- Implicancia práctica. Esta investigación buscó viabilizar la solución de los problemas referentes a las causas que influyen en la comisión del delito de Peculado de Uso, delito tipificado en la ley penal sustantiva.

El funcionario público, para efectos penales, tiene que ser no solamente alguien con legitimidad administrativa para ejercer funciones públicas, sino también aquel a quien, pese a no tener tal legitimidad, la ley le permite o le obliga a ejercer funciones públicas en relación con determinado objeto jurídico tutelado. Y por eso, no es sujeto activo del delito cualquier funcionario público, ni siquiera si estuviera comprendido dentro del artículo 425° del C.P., sino solamente aquel que, en el caso concreto, tiene la función (“el deber”) de no atentar contra el objeto del bien jurídico.

Se ha tenido a bien realizar la actual investigación teniendo como objetivo general el identificar cuáles son “factores” que influyen en la comisión del delito de “Peculado de Uso” por los “servidores y funcionarios públicos” que laboran en el Gobierno Municipalidad Provincial de Cutervo año 2015- 2016, teniendo como principal problemática la “falta de control” de los bienes del Estado peruano, el desconocimiento del uso correcto de los bienes que asigna el Estado a las “instituciones públicas” y, la poca importancia sobre la “gravedad” de la comisión del delito de Peculado, son factores que influirán en la “comisión” del delito de “Peculado de Uso” por “servidores y funcionarios públicos” que laboran en el “Gobierno “Municipalidad Provincial de Cutervo”, en tal sentido en nuestra investigación plantearemos hipótesis o alternativas de solución a éste problema.

Dentro de nuestra metodología la hipótesis será con las variables causales, y se correlacionará los resultados alcanzados en la recaudación de datos, entonces se podrá decir que a mayor control disminuirá el cometer de este delito, en cuando a la población se ha constituido por los “servidores” y “funcionarios públicos” “nombrados” y “contratados” que bregan en la Gobernación Regional y la Municipalidad “Provincial” de Cutervo.

“El Código Penal utiliza la expresión “por razón de su cargo”, la misma que debe interpretarse restrictivamente y es indispensable que la tenencia o disponibilidad jurídica de los efectos o caudales lo tenga por disposición de la ley”.

De conformidad con ello, el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-I 16 establece que:

“Para la existencia del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. 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 lo 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”.

La actual exploración tiene como intención identificar las causas que influyen en cometer el delito de “Peculado de Uso” en los funcionarios y servidores públicos del “Gobierno Regional” y “Municipalidad” “Provincial” de Cutervo, , durante el periodo del 2015 - 2016, por lo tanto, la actual investigación abordó la problemática desde un examen de la descripción del tipo penal, así como el estudio sobre el discernimiento que tienen los funcionarios y servidores públicos respecto a este delito y la vigilancia que posee el Estado en cuanto a la utilización correcta de sus bienes fijados a todas las establecimientos públicos, en específico a la Municipalidad de Cutervo, como opciones de solución, el control implacable de los patrimonios del Estado, así también distribuir manuales o reglas sobre el uso considerado de éstos bienes, además, hacerles notar a los funcionarios y servidores públicos que la comisión del delito de Peculado de Uso es grave.

1.5.- OBJETIVOS

1.5.1.- Objetivo General

Analizar la incidencia del delito de peculado de uso por servidores y funcionarios de la municipalidad provincial de Cutervo en el periodo 2015- 2016.

1.5.2.- Objetivos Específicos

- a) Analizar si existe un “control” de los “bienes” del “Estado” asignados a los “servidores” y “funcionarios públicos” de la Municipalidad Provincial de Cutervo.

- b) Evaluar si los “servidores” y “funcionarios públicos” de la Municipalidad Provincial de Cutervo, hacen uso correcto de los bienes del Estado.
- c) Determinar si los “servidores” y “funcionarios públicos” de la Municipalidad Provincial de Cutervo, conocen de la “gravedad” del “delito” de “Peculado de Uso” dentro de la legislación penal peruana.
- d) Identificar las causas que influyen en la “comisión” del delito de “Peculado” de “Uso” por los “servidores” y “funcionarios públicos” que “laboran en la Municipalidad Provincial de Cutervo año 2015- 2016.

1.6.- HIPOTESIS

Si, se corrige el control de los bienes del Estado, y se capacita sobre el uso correcto de los “bienes del Estado” entonces se logrará “evitar la comisión del delito” de peculado de uso, por parte de los “servidores y funcionarios” “públicos en la municipalidad de la provincia de Cutervo, que vienen sucediendo desde los años 2016 y 2016”.

1.7.- VARIABLES

1.7.1.- Variable Independiente

- Los bienes del Estado.
- Control de los bienes del Estado.

1.7.2.- Variable Dependiente

- Delito de Peculado de uso
- Funcionarios públicos
- Municipalidad de Cutervo.

1.7.3.- Operacionalización de variables.

Variable	Definición	Indicador	Sub indicador	Valor
Independiente La corrupción de funcionarios en el delito de peculado.	Es la apropiación ilegal de los bienes por parte del servidor público que los administra	Derecho penal	Art. 387 C.P	Ordinal
Dependiente Funcionario publico	El funcionario público es uno de los actores de mayor importancia dentro de la estructura burocrática estatal de nuestro país y tiene responsabilidad, ello si se tiene en cuenta la característica especial de su labor, frente a los órganos de control del estado.	Derecho Administrativo	D.L. 27444	Ordinal

1.8.- ASPECTOS METODOLOGICOS

1.8.1.- Tipo y nivel de investigación

Método: Análisis síntesis, lógico – inducción –deducción.

1.8.2.- Población y muestra

Población: Municipalidad de Cutervo.

Muestra: carpetas judiciales:

- 15759-2015.- Fiscalía Provincial especializada en delitos de corrupción de funcionarios Lambayeque.
- 2406024501-2015 Primera Fiscalía Provincial penal de Cutervo
- 242-2015.- Fiscalía Provincial especializada en delitos de corrupción de funcionarios Lambayeque
- 341-2015.- Fiscalía Provincial especializada en delitos de corrupción de funcionarios Lambayeque
- 258-2015.- Primera Fiscalía Provincial penal de Cutervo
- 260-2015.- Primera Fiscalía Provincial penal de Cutervo
- 193-2015- Juzgado Penal Unipersonal Mixto –Cutervo.
- 259-2015.- Primera Fiscalía Provincial penal de Cutervo.

1.8.3.- Materiales Técnicas e instrumento para recolección de datos.

La técnica utilizada es la de fichaje, a través de la investigación bibliográfica tanto en textos, obras y lecturas respecto a la presente problemática

Entrevistas: Que se realizaran a personas relacionadas en el tema, tales como funcionarios de la Municipalidad, y de algunas instituciones públicas.

Análisis de expedientes. Se han adjuntado 08 carpetas fiscales, en las cuales se demuestra la incidencia en crecimiento y la gravedad de la problemática en la Municipalidad de Cutervo.

1.8.4.- Métodos y procedimiento para la recolección de datos.

Se realizan asistencia a las audiencias de delitos de corrupción de funcionarios.

Asistir al Colegio de abogados a buscar material bibliográfico, respecto al tema de investigación.

CAPITULO II

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

2.1.- CONCEPTO.

El término «administración» generalmente es utilizado con diferentes significados. «Objetivamente es una acción, una realización de actividades para un fin, mientras que subjetivamente la Administración implica una estructura orgánica, un ente o pluralidad de entes a los que está atribuida la función de administrar». Dependiendo de la adopción de uno y otro sentido, variará la conceptualización de la administración pública. (CARDA OVIEDO , 2013)

Para los seguidores del criterio subjetivo, la administración pública consiste en el conjunto de órganos estructurados jerárquicamente dentro del Poder Ejecutivo, por lo cual quedan fuera de tal concepto los órganos de los Poderes Legislativo y Judicial que realizan funciones administrativas.

Rafael Martínez Morales) nos dice que existen dos puntos de vista o criterios a los que se acude para definir la administración pública:

Orgánico: de acuerdo con este criterio, el objeto de la ciencia de la administración lo conforman todos los entes que dependen del Poder Ejecutivo; ya sea que tal vinculación sea real o formal (incluye, secretarías, órganos descentralizados, comisiones, empresas públicas, etc.).

Dinámico o funcional: según este punto de vista, la materia de la ciencia de la administración, está constituida por aquellas acciones del poder público, cuya naturaleza sea materialmente administrativa. Esto es, el objeto por estudiar es el quehacer estatal que se realiza en forma de función administrativa.

El maestro García Máñez. Define a la administración pública como «la actividad a través de la cual el Estado y los sujetos auxiliares de este tienden a la satisfacción de intereses colectivos.

Héctor Garcini Guerra considera que la administración pública es «una compleja estructura orgánica que actúa para la obtención de finalidades estatales concretas, en beneficio de los intereses de la sociedad.

Para el Derecho penal la administración pública como objeto de tutela penal, es decir, como bien jurídico, significa: a) Ejercicio de funciones y servicios públicos; b) Regularidad (continuidad) y desenvolvimiento normal de tal ejercicio; c) Prestigio y dignidad de la función; d) Observancia de los deberes del cargo o empleo; e) Protección del patrimonio público, de los símbolos y distintivos estatales. Debiendo estar todos estos intereses y valores públicos fundamentados a nivel constitucional. (ANACLETO GUERRERO., 2008)

Particularmente comparto el concepto de que la administración pública es el conjunto de organismos, órganos estatales (incluye Poder Legislativo y Judicial) y no estatales que ejercen función administrativa.

2.2.- ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA.

El ejercicio de la función administrativa que el Estado realiza para la consecución de sus fines, requiere la organización de los elementos humanos y materiales, con el fin de lograr su mejor utilización. De esta manera, las actividades y los medios se ordenan de acuerdo con diferentes criterios de eficiencia para dar lugar a la organización.

Esta organización, como cualquier otra, está integrada por una serie de elementos que interactúan en un complejo sistema de atribuciones y competencias para delimitar el campo de acción por materia, grado, territorio y cuantía, a fin de que la acción de sus componentes no interfiera entre sí; con una distribución de las responsabilidades de su actuación, ante la propia organización y frente a terceros que pueden verse afectados por la acción de estos;

El Maestro Manuel María Diez dice: «la organización administrativa no es sino el conjunto de normas que regulan las atribuciones, la composición y el funcionamiento de un aparato administrativo. Su finalidad esencial es la coordinación entre los distintos organismos.»

a) Centralización

Esta forma de organización administrativa presupone una estructura que agrupa a los diferentes órganos que la componen, bajo un orden determinado, alrededor de un centro de dirección y decisión de toda la actividad que tiene a su cargo, organización que se mantiene fundamentalmente en razón de un vínculo, denominado jerarquía o poder jerárquico.

b) Descentralización.

Es una institución de derecho público dentro de administración gubernamental., por medio de la cual se crean entes dotados de personalidad jurídica y patrimonio propios y que se encargan de realizar determinadas actividades en forma y con carácter independiente del órgano central ,pero ligados a él por múltiples lazos de autoridad, dirección ,orientación y control.

c) Desconcentración

Por la desconcentración el órgano central transfiere en forma permanente parte de su competencia a órganos inferiores que forman parte del mismo ente, con la finalidad de agilizar los trámites.

Tenemos una organización desconcentrada cuando:

- ❖ Existe transferencia permanente de facultades de decisión y mando a órganos inferiores.
- ❖ Dentro de un órgano central funciona otro órgano con alguna libertad técnica y/o administrativa.
- ❖ El titular del órgano desconcentrado depende directamente del titular del órgano central.

- ❖ Las unidades del órgano desconcentrado no tienen relación jerárquica respecto de las unidades del órgano central.
- ❖ El órgano carece de personalidad jurídica y patrimonio propios.

2.3.- LA JERARQUÍA ADMINISTRATIVA.

La jerarquía es un vínculo que liga a las unidades integrantes de la organización, colocando a unas respecto de otras en una relación de dependencia, para darles estabilidad y cohesión.

Para la existencia de la jerarquía es necesario:

- a) Que exista idéntica competencia material de ciertos órganos que se encuentren subordinados en razón de grado.
- b) Que la voluntad del órgano superior prevalezca sobre la del inferior, es decir, cuando haya superioridad de grado en la línea competencial, lo cual solo se produce cuando hay subordinación, que se presenta cuando existe el mando y la obediencia.

La relación jerárquica contiene varios poderes que permiten mantener la unidad de los órganos superiores con los inferiores. Estos poderes son:

- **Poder de nombramiento.** Consiste en la concentración de facultades para hacer la designación de los funcionarios o empleados de los órganos inferiores.
- **Poder de decisión.** Es la facultad que tienen los órganos superiores para la emisión de los actos administrativos, reservando a los inferiores la realización de los trámites necesarios hasta dejarlos en estado de resolución.
- **Poder de mando.** Consiste en la facultad de los órganos superiores para dar órdenes o instrucciones a los inferiores, a través de oficios, circulares, acuerdos, etc. Este poder se ejerce a fin de fijar los lineamientos que se deben seguir para el ejercicio de las atribuciones.

- **Poder de vigilancia.** Es la facultad que tienen los órganos superiores para fiscalizar la actuación de los inferiores. A través del ejercicio de este poder se pretende garantizar la debida realización de la función administrativa, así como la conducta correcta de los servidores públicos, a todos los niveles.
- **Poder disciplinario.** Consiste en la facultad del superior jerárquico para sancionar a los inferiores, por el quebrantamiento de las obligaciones que le impone la función pública.
- **Poder de revisión.** Es la facultad que tiene el superior para revisar los actos realizados por el inferior, a fin de aprobarlos, suspenderlos, modificarlos o revocarlos.
- **Poder para resolver conflictos de competencia.** Como entre los órganos inferiores pueden surgir conflictos de competencia, ya sea porque alguno se considere facultado para conocer de un asunto determinado que otro estima que le corresponde, o bien, porque ninguno considere tener la facultad para conocerlo, corresponde al superior jerárquico conocer y resolver el conflicto.

2.4.- CLASIFICACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

a) En cuanto a las funciones

❖ **Administración activa**

Es la que decide y ejecuta. Es la parte viva de la administración ya que su misión es la de decisión y ejecución a un tiempo; cuando ejerce su función ejecutiva, es unipersonal (presidente de un Directorio) y en forma colegiada cuando deliberan y deciden (así los consejos de cada una de estas entidades).

❖ **Administración consultiva**

Es aquella cuya actividad se dirige a ilustrar con sus pareceres a los órganos de la administración activa sobre actos o resoluciones que deben adoptar en el cumplimiento de sus funciones.

❖ **Administración de contralor**

Se entiende por control un nuevo examen de los actos de una persona por parte de otra que está para ello expresamente autorizada, con el objeto de establecer la conformidad de tales actos o su correspondencia y proporción con determinados fines.

b) En cuanto a su estructura

- **Administración colegiada**

En el ordenamiento colegiado las funciones son atribuidas a una pluralidad de personal que no obran aisladamente y actúan entre sí en pie de igualdad.

- **Administración burocrática**

En el ordenamiento burocrático existe una organización jerárquica donde priva la voluntad del órgano superior con respecto a la del órgano inferior.

c) En cuanto al campo de acción

❖ **Administración externa**

Complejo de normas en base de las cuales el Estado se reconoce como sujeto jurídico, instituye nuevos órganos, representa un sistema de normas

❖ **Administración interna**

Organización particular que corresponde al reparto de atribuciones en el mismo ámbito de un mismo órgano y las relaciones entre varios órganos, sin que tenga por objeto la garantía de intereses de terceros.

2.5.- SERVICIO PÚBLICO:

2.5.1. Concepto.

Acosta Romero define el servicio público como una actividad técnica encaminada a satisfacer necesidades colectivas básicas o fundamentales, mediante prestaciones individualizadas, sujetas a un régimen de Derecho público, que determina los principios de regularidad, uniformidad, adecuación e igualdad.

a) Caracteres del servicio público

Bielsa al referirse a los caracteres del servicio público, señala que son caracteres del servicio público derivados de sus atributos objetivos esenciales la generalidad, la uniformidad, la continuidad, y la regularidad.

- ❖ **Generalidad**, significa que todos los administrados tienen derecho a exigirlo en igualdad de condiciones respecto de la ley.
- ❖ **Uniformidad**, significa respecto a la tarifa que debe ser una para cada clase y categoría de servicio público. Y aun cuando las empresas puedan reducir los precios de las tarifas en favor de los usuarios, esa reducción lo es bajo condiciones que no alteren la uniformidad.
- ❖ **Continuidad**, característica inherente al servicio público que es indefinida.
- ❖ **Regularidad**, funcionamiento normal, dentro de las mismas condiciones.

b) Clasificación de los servicios públicos.

La clasificación que la doctrina ha hecho de los servicios públicos responde a criterios muy diversos, lo cual ha permitido agruparlos de la siguiente forma:

- Por la titularidad del servicio.

- Por la importancia de los servicios.
- Por el modo de su utilización.
- Por la determinación del usuario.
- Por la persona que presta el servicio.
- Por la forma de participación del Estado.
- Por la retribución de los servicios.

2.6- LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL ESTADO DE DERECHO.

El régimen de separación de poderes importa una repercusión importante en el marco de la Administración pública, ya no se habla ahora de una unidad concentrada de la Administración, sino de varios estamentos repartidos en sectores, que asumen competencias precisas en ámbitos específicos de actuación pública; en el antiguo régimen todos los poderes se refundían en la persona del príncipe, del monarca.

La realidad administrativa abarca únicamente un sector de lo político. Reemite a una estructura organizacional (la Administración pública), que se articula racionalmente con los individuos (administrados) en ejercicio de una función (la administrativa), y cuya regulación jurídica constituye el objeto específico del Derecho Administrativo¹.

Dicho lo anterior, se vincula al concepto de “Administración pública” a toda la actividad que se desarrolla, ejecuta y efectúa en el seno de los tres poderes del Estado; sin embargo, dicha acepción se centra con mayor énfasis en el ámbito del Poder Ejecutivo, en la medida que las labores del Poder Judicial y del Poder Legislativo adquieren ciertas particularidades, que de cierta forma los hacen singular y distinto de las tradicionales misiones de la Administración. Al primero de los mencionados se le reviste del poder jurisdiccional de administrar justicia, mientras que al segundo de promover la formación de las leyes, es decir, de legislar. No obstante, debe reconocerse que en ambos Poderes

1 Dromi, R., *Derecho administrativo*, p. 89.

también toman lugar actividades propiamente administrativas.

Se delimitan, con mayor precisión, los conceptos de legislación, administración y justicia. De la mencionada teoría, anota **Donna**, se desprende que esta se manifiesta en una “división de funciones” juntamente con una “división de órganos”, de tal modo que el poder estatal debe ser ejercido por órganos diferenciados².

Las funciones del poder son distintas formas bajo las cuales se manifiesta la actividad del Estado. Es decir, los modos por los que se canaliza el ejercicio de la actividad pública en manos de determinados órganos públicos³.

Según la división de funciones, desde una posición formal, se identifica la función pública que se realiza tomando en cuenta el órgano que la efectúa, desde las competencias que vienen informadas por la ley, **u. gr.**, judicial, legislativo o judicial; o bien se habla de una postura material, acá se atañe a la naturaleza u esencia de la función que desempeña el órgano; ha de ser entonces judicial, si es que se emite una resolución jurisdiccional, será legislativa si es que se plasma en la dación de una ley y será administrativa si a través de un acto administrativo se procura la satisfacción de una demanda comunitaria.

De la estructura conceptual del “estado de derecho” no solo se desprende el principio de separación de poderes sino también el principio de legalidad, como vinculación estricta y basamento funcional de toda la Administración pública; un entendimiento de legalidad, que no solo ha de verse desde un plano formal, de la ley en sentido orgánico y procedimental, sino desde la cúspide y vertiente de orden constitucional, esto quiere decir de naturaleza material. La ley se convierte así en los

2 Donna, E. A., *Derecho penal. Parte especial*, t m, cit., p. 10.

3 Dromi, R., *Derecho administrativo*, cit., p. 97.

cauces que guía, delimita y legitima toda la actuación de la Administración pública, a su vez como mecanismo de interdicción a todo viso de arbitrariedad pública, como fundamento de los derechos comunitarios.

La expresión de este sometimiento (verdadera conquista del Estado de derecho, junto con el denominado principio de libertad) la constituye el denominado principio de “legalidad”, el mismo que en sentido estricto, refiere la idea de la sujeción de los poderes públicos a las normas jurídicas y al derecho. (HUAPAYA TAPIA, 2013)

A nuestro entender la Administración pública importa la manifestación más pura del poder estatal, una dimensión pública que toma lugar a través de las decisiones que se adoptan en su seno, por parte de quienes asumen su conducción y ejecución, lo que a su vez determina su potestad reglamentarista así como su poder coercitivo.

Los deberes del Estado se predicen precisamente con los derechos fundamentales de los individuos, en tanto comprenden las competencias que la autoridad pública se encuentra obligada a ejercer en beneficio del conjunto social⁴.

La Administración pública, modernamente, es una forma de cooperación, generalmente requerida para atender las necesidades humanas, por lo que sus fines son amplísimos y numerosos, ya que en todo se precisa esa cooperación. (CERVANTES ANAYA, 2013).

2.7.- BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL TÍTULO XVIII DEL CÓDIGO PENAL

Debemos entender por “Administración pública”, tomando en cuenta su

4 Dromi, R., *Derecho administrativo*, cit., p. 30.

acepción desde el derecho administrativo, en mérito a su connotación desde una perspectiva del Estado constitucional de derecho, como personalidad jurídica encaminada a la realización y ejecución de las prestaciones públicas. Empero, necesitamos dotar de cierta sustantividad a dicha concepción, a efectos de cautelar su materialidad como bien jurídico —merecedor de tutela penal—. El término congloba en su significado a la esfera de gobierno del Estado, entendiéndose con ello a todas las funciones antes descritas (la propiamente ejecutiva la legislativa y la judicial), así como a todas las actividades que el Estado captó con sustento en las más diversas motivaciones, siempre que sea en cumplimiento de finalidades públicas⁵.

En palabras de Bernal **Pinzón**, la expresión Administración pública utilizada por el legislador debe entenderse como “el conjunto de funciones ejercidas por los varios órganos del Estado en beneficio del bienestar y desenvolvimiento de la sociedad”.⁶

Lo dicho tiene especial repercusión en la tarea de distinguir entre el ilícito administrativo y el ilícito penal, sabedores que ambas esferas pertenecen al derecho administrativo sancionador, como el núcleo más duro del ordenamiento jurídico; siendo que el derecho penal es privativo de las sanciones de mayor injerencia para las libertades fundamentales de los individuos, esto es, la pena.

2.7.1.- Antecedentes

A partir de la concepción de un derecho penal liberal, era lógico que los primeros bienes a tutelar, sean aquellos que sostienen la base existencial del individuo; **v. gr.**, la vida, el cuerpo y la salud, como

5 Donna, E. A., *Derecho penal. Parte especial*, t. m, cit., p. 11.

6 Bernal Pinzón, J., *Delitos contra la Administración pública*, p. 3.

intereses superiores que se constituyen en la base material y en la *conditio sine qua non*, para que el individuo pueda desarrollar plenamente sus demás bienes en un ambiente de plena libertad. Desde el Código Penal de *Fuerbach* de 1823 esa fue la tendencia política criminal, en la medida que los primeros intereses jurídicos objeto de tutela eran los bienes jurídicos personalismos o pertenecientes al denominado “derecho penal nuclear”.

En tal entendido, estos son los primeros valores fundamentales que son dignos de protección penal, pero, no puede considerarse a la persona humana desde un individualismo extremo, tal como lo expresa *Weber*, el hombre solo es persona en sociedad, y como tal ingresa a participar en una serie de interacciones sociales, de cuya participación pueden derivarse afectaciones y la frustración de expectativas legítimas.

El nacimiento del Estado Republicano y de los Estados Nacionales fue obra de toda una gesta independista en América Latina luego de la ruptura colonialista de los Estados europeos de occidente. Fue plasmándose así la conformación de democracias sociales participativas, ya no solo orientadas al plano de la legalidad estatal, de sujetar la actuación de los órganos públicos al plano de la legalidad; sino también, que la intervención estatal se dirige fundamentalmente a la prestación de servicios públicos, en la medida que el Estado social implica dirigir la actividad estatal sobre todo un abanico de prestaciones sociales, teniendo como destinatarios a los comunitarios.

Entonces, toda esta actividad pública se enmarca en el concepto de “Administración pública”, cuya legitimidad se sostiene sobre la base del interés general y sobre el bien común, en la medida que una función esencial del Estado social es de promover eficazmente los derechos del individuo, bajo la proclama garantista del artículo 1 de la Ley Fundamental, que consagra a la persona humana como el fin supremo

de la sociedad y del Estado. Bajo tal línea argumental, surge la necesidad de tutelar que estas prestaciones públicas se realicen y desarrollen bajos los principios fundamentales que inspiran todo nuestro sistema *ius constitutionale*.

En un Estado social y democrático de derecho los bienes colectivos deben surgir de la propia estructura social y, más concretamente, del sistema de relaciones macrosociales existente en ella, deben apoyarse sobre categorías empíricas que alcancen a expresar la idea que les sirve de fundamento: el tratarse de presupuestos o condiciones para la protección y el desenvolvimiento de los bienes individuales. (VÁZQUEZ-PORTOMEÑE, 2001)

El artículo 39 de la Ley Fundamental prescribe a la letra lo siguiente: “Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación”, en la medida que el cargo ejercido se sustenta en un deber jurídico-público que implica que toda la actividad pública ejercida por el funcionario o servidor público debe orientarse estrictamente a los intereses generales de los administrados, en tanto, el sistema socio-estatal implica una promoción activa del Estado para asegurar eficazmente los derechos del individuo.

La Constitución consagra el carácter instrumental de la Administración puesta al servicio de los intereses de los ciudadanos y la responsabilidad política del Gobierno en cuanto es responsable de dirigirla, de establecer los mecanismos necesarios que permitan asegurar una Administración pública adecuada firmemente en los cánones democráticos. Consecuentemente, el concepto de Administración pública en sentido jurídico penal, como sostiene *Molina Arrubla*, puede ser examinado en el conjunto de actividades que desarrolla, presentándose entonces el concepto material de la Administración pública; o puede ser apreciada a través de los organismos que ejecutan esa actividad, teniéndose así el

concepto o el aspecto subjetivo de la Administración pública.

2.7.2. Desarrollo teórico-conceptual

En nuestra consideración, la calificación jurídico penal que se extrae de la actividad pública así como la delimitación del objeto de tutela, debe ser vista en cuatro planos debidamente identificados:

- Las actuaciones del funcionario o servidor público, que toma lugar de forma interna (intra-administrativas), y que tienen la idoneidad de afectar el normal desarrollo de la actividad pública.
- La afectación del servicio a los intereses generales, pues, son los ciudadanos los accesorios finales de las prestaciones públicas, por ende, aquellos son los principales afectados cuando se cometen injustos materialmente perpetrados en prevalimiento de la función pública. *gr*, aquellos que llevan *in situ* un contenido patrimonial, ejemplo: peculado, malversación de fondos, concusión, colusión ilegal, exacciones ilegales, etc.
- Las conductas que suponen una privatización del cargo.
- Los comportamientos prohibidos perpetrados por los particulares (*extraneus*), que no suponen una infracción del deber, más constituyen un atentado contra la legitimidad de la función pública, contra su normal funcionamiento así como contra la objetividad e imparcialidad de la actuación funcional, *v. gr.*, usurpación de funciones, resistencia y desobediencia contra la autoridad, cohecho activo, tráfico de influencias, etc.

Quiere decir, lo anterior, que la Administración pública puede ser lesionada por la conducta delictuosa de sus propios representantes, es decir, desde “dentro”, y entonces su autor será un *intraneus*-, o también puede ser perjudicada por los particulares⁷.

⁷ Bernal Pinzón, J., *Delitos contra la Administración pública*, p. 4

Bien, pasaremos ahora a definir el bien jurídico objeto de tutela en los delitos contra la Administración pública, no sin antes advertir al lector que no es posible sistematizar de forma homogénea el bien jurídico tutelado, en la medida que los diversos tipos penales que se aglutinan en este título señalan diversas formas de configuración típica, pues, la intensidad de la afectación viene sustentada por el sujeto activo de la infracción, el ataque a la función pública propiamente dicha (interna o externa) y su afectación material.

Dicho lo anterior, sostenemos entonces que el bien jurídico objeto de tutela en los delitos contra la Administración pública, debe sistematizarse conforme a los principales y valores consagrados en la Constitución Política del Estado, que refleja la imagen de un Estado social y Democrático de Derecho, de cuyo cuño puede decirse lo siguiente: el Estado debe de procurar que toda la actividad pública se realice y desarrolle de forma objetiva, imparcial e independiente, es decir, es el principio de legalidad que debe irradiar el normal desenvolvimiento de la Administración pública. En palabras de *Ortiz Rodríguez*, la Administración pública debe ser oportuna, pronta y eficaz. (MOLINA ARRUBLA, 2013)

Dicho en nuestras propias palabras: en el marco del ejercicio público pueden realizarse una serie de perturbaciones, que para poder ser consideradas ilícitos penales deben de afectar cualitativa y cuantitativamente el normal funcionamiento de aquella de forma considerable, de conformidad con los principios de *ultima ratio*, de subsidiariedad y de fragmentariedad del derecho penal.

El bien jurídico desde una perspectiva funcional sería la objetividad, la imparcialidad e independencia como criterios rectores que debe guiar toda la actividad pública prestacional, y desde un sentido social sería las legítimas expectativas de los administrados de que la función pública

sirva estrictamente a los intereses generales comunitarios⁸. Desde una perspectiva general, *Rainieri* expresa que atañían contra la Administración pública los delitos que impiden o perturban la organización y el desarrollo normal de las actividades de los órganos públicos en el ejercicio de sus funciones⁹. (JOSÉ MARÍA, 2000)

En un Estado democrático y social de derecho, entonces, debe asegurarse la participación del individuo en las diversas actividades socioeconómicas-culturales, que son necesarias para su integración social y para su autorrealización personal; es que en un ámbito colectivo, la persona humana no solo debe tener un reconocimiento y tutela de sus derechos subjetivos inherentes a dicha condición ontológica, sino también permitir su desarrollo como tal, significa promover su acceso a los fines sociales que el Estado debe también tutelar.

8 Así, la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992 (español), base del actual Código Penal, muy significativamente dice (en palabras de Carlos Mir Puig): “La concepción de la función pública y el servicio a los ciudadanos bajo el imperio de la legalidad no es, en modo alguno, la misma en el marco de la Constitución de 1978 que en la mentalidad del legislador histórico y los que le han ido enmendando. En el actual Código (1973), la fidelidad a la función y la jerarquía es el núcleo fundamental de la antijuricidad; el acatamiento de la organización y régimen administrativos aparecen como la mayor manifestación de la legalidad; el bien de la cosa pública y el servicio al ciudadano son elementos que, aunque no desdeñados, se manifiestan de modo claramente complementario. En el nuevo Código se invierte el orden de valores, partiendo de que la función pública está al servicio de la ciudadanía (los intereses generales) y sometida al principio de legalidad; aquello que no trasciende a los intereses perseguidos (vida interna de la Administración) difícilmente podrá tener cabida en el Código penal, de acuerdo con el principio de “última ratio”. Véase Mir Puig, Carlos, *Los Delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*. José María Bosh Editor, Barcelona, 2000, p. 20.

9 Citado por ZARAZO OVIEDO, *El enriquecimiento ilícito*, cit., p. 23

CAPITULO III

RESPONSABILIDADES DE LOS TRABAJADORES EN LA ADMINISTRACION PÚBLICA.

3.1.- INTRODUCCIÓN.

Para llegar a determinar la responsabilidad, de los trabajadores de la administración pública se ha realizado un análisis de la realidad, y; visitas periódicas a entidades de la administración pública durante el desarrollo de la presente Tesis. Rescatando la siguiente información.

La palabra responsabilidad contempla varias definiciones posibles, de acuerdo al diccionario de la Real academia Española se trata del cargo o la obligación moral que resulta para un sujeto del posible error cometido en un asunto determinado. La responsabilidad es también la obligación de reparar y satisfacer una culpa, otra definición posible mencionada por la Real academia Española, señala que la responsabilidad es la capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer las consecuencias de un hecho que realizo con libertad .Por tanto una persona responsable es aquella que ocasiona en forma consciente un hecho y que puede ser imputada por las consecuencias que dicho hecho genere de esta forma ,la responsabilidad ,es una virtud de los seres humanos.

En el derecho se habla de responsabilidad jurídica cuando un sujeto viola un deber de conducta que ha sido señalado previamente por una norma jurídica a diferencia de una norma moral ,la ley procede de un organismo externo al sujeto (el Estado) y es coercitiva.

Una persona es juzgada de acuerdo a la ley y que es considerada como responsable de la violación de una norma jurídica recibirá entonces una sanción que puede incluir perdida de la libertad (encarcelamiento).

3.1.1. Los Funcionarios y Servidores Públicos.

Según (CABANELLAS, 2008) se entiende por funcionario “es toda persona que desempeña una función o servicio, por lo general público. La Academia, se inclina resueltamente a la equiparación de funcionario con empleado público.” Asimismo define a la función pública- apoyándose en el tratadista Mayer- como “un círculo de asuntos que deben ser regidos por una persona ligada con el Estado por la obligación del Derecho Público de servirle”.

La Ley 27815 Ley del Código de Ética de la Función Pública define a esta como “toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre o al servicio de las entidades de la Administración Pública, en cualquiera de sus niveles jerárquicos” esto supone que no hace distinciones en cuanto que todo trabajador sea de cualquier rango jerárquico y de cualquier modalidad de contratación realiza función pública entendida aquella que le faculta la representatividad del Estado y de todos los ciudadanos en la realización de sus actos”.

(BENDEZU NEYRA, 2005) en la legislación peruana define, asimismo, ya sea en forma simultánea como separada estos conceptos, así se tiene que el Decreto Supremo N° 005-90-PCM “Reglamento de la Ley de Carrera Administrativa en su artículo 3° “: Para efectos de la Ley, entiéndase por servidor público al ciudadano en ejercicio que presta servicio en entidades de la Administración Pública con nombramiento o contrato de autoridad competente, con las formalidades de ley, en jornada legal y sujeto a retribución remunerativa permanente en períodos regulares”, asimismo en su artículo 4° indica” considerase funcionario al ciudadano que es elegido o designado por autoridad competente, conforme el ordenamiento legal, para desempeñar cargos del más alto nivel en los Poderes Públicos y los organismos con autonomía. Los cargos políticos y de confianza son los determinados por ley”.

Por otro lado La Ley 27815 engloba en una sola definición ambos conceptos ya que su artículo 4º dispone”: 4.1.A los efectos del presente Código se considera como servidor a todo funcionario, servidor o empleado en las entidades de la Administración Pública en cualquiera de los niveles jerárquicos sea este nombrado, contratado, designado, de confianza o efecto que desempeñe actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado”. Esta acepción es la que se utilizará en el presente trabajo a efectos de no crear confusión y/o distinguos.

3.2.- RESPONSABILIDADES EN MATERIA ADMINISTRATIVA, CIVIL Y PENAL.

3.2.1. Definición de Responsabilidad.

Para CABANELLAS, responsabilidad es la obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o, en ocasiones especiales, por otro, la pérdida causada, el mal inferido. Deuda Moral. Cargo de conciencia por un error. Deber de sufrir las penas establecidas para los delitos o faltas cometidas por dolo o culpa. Capacidad para aceptar las consecuencias de un acto consciente y voluntario. (CABANELLAS DE TORRES, 1980.).

A.- La Responsabilidad Funcional Del Servidor Público.

Las entidades públicas para el ejercicio de sus funciones cuentan con dos grandes rubros normativos: uno interno, que está formado por las normas internas de cada entidad como el Manual y Reglamento de Organización y Funciones, Manuales, Directivas etc. y que son las que posibilitan su funcionamiento interno, asimismo cuenta con un rubro normativo externo que está compuesto por la normatividad dictada por entes distintos de la entidad y que son de cumplimiento obligatorio, como por ejemplo la Ley Presupuestaria del Estado, la Ley de Contrataciones del Estado, entre otras. Es en este marco normativo que los servidores públicos desarrollan su accionar y es el incumplimiento de esta normatividad la que le genera responsabilidad funcional.

Al respecto ZEGARRA sostiene que la responsabilidad nace por un acto que invade la esfera del derecho, o el interés ajeno, y como el Estado es una persona moral, el acto de aquel es la operación concreta de un funcionario en el desempeño de su cargo. Por lo tanto, la responsabilidad de las autoridades y en general del personal administrativo se deriva de aquellas acciones u omisiones incurridas con motivo del ejercicio de sus funciones públicas. (ZEGARRA GUZMAN, 2003)

Esta responsabilidad debe estar encaminada a velar por el bien común, es decir por el interés público y ella debe reposar en un accionar del servidor acorde a las normas así como a los principios de moralidad y ética, al respecto Bendezu: sostiene que “ Todo servidor público, desde el más encumbrado hasta el más humilde, ha de cumplir a cabalidad las labores del cargo asignado, con la mayor dedicación, eficiencia y responsabilidad... debe satisfacer a plenitud la demanda poblacional o el requerimiento del público usuario...”

La responsabilidad funcional puede clasificarse en:

Por su exigibilidad

Interna, cuando el afectado es la entidad y externa, cuando lo es el administrado o usuario.

Por su actividad generadora

Responsabilidad por acción, cuando el servidor público comete una infracción en la ejecución de un acto y responsabilidad por omisión, cuando estando obligado normativamente a ejecutar un acto no lo hace incumpliendo su función (conducta omisiva).

Por la materia

Responsabilidad administrativa, civil y penal, esto se desarrollará en el siguiente literal.

Por sus consecuencias

Responsabilidad simple, cuando deviene sólo en una responsabilidad de tipo administrativo y no concurren ni la civil ni la penal y Responsabilidad Compuesta cuando incurra en más de una responsabilidad (administrativa, civil o penal).

B).- Responsabilidad administrativa.

La Responsabilidad Administrativa es aquella cuando en el desempeño de sus labores el servidor desarrolla una gestión deficiente o negligente. Considera los siguientes criterios (entre otros):

- No lograr resultados razonables en términos de eficiencia, idoneidad y economía procesal.
- No realizar una gestión transparente en cuanto a la supervisión
- Control de los sistemas operativos y fiscalizadores.
- No respetar la independencia de auditoría interna.
- No agotar acciones para preservar los bienes patrimoniales y recursos materiales de la entidad.

Este tipo de responsabilidad es consecuencia de la infracción del servidor público de algún precepto que guía su gestión, esta infracción es pasible de la aplicación de una sanción administrativa ejercida por la entidad en uso de su facultad sancionadora.

C).- Responsabilidad Civil

La Responsabilidad Civil es aquella en la que incurren los servidores por su acción u omisión, en el ejercicio de sus funciones y que hayan ocasionado un daño económico a su entidad o al Estado. Para que se configure es necesario que esta se realice en pleno uso de sus funciones por dolo o por culpa.

Esta responsabilidad implica la resarción económica del daño ocasionado y ocurre por ejemplo cuando por negligencia del servidor se pierde o roba un vehículo de la entidad, este será procesado en el

Fuero Civil por daños y perjuicios y de los cuales se derivara la indemnización correspondiente.

D).- Responsabilidad Penal.

Es cuando en el desempeño técnico-ocupacional el servidor incurre en acto u omisión tipificada como delito o falta. Estos ilícitos son tipificados en el Código Penal como “Delitos contra la Administración Pública “en el Título XVIII y concretamente en el Capítulo II” Delitos cometidos por Funcionarios Públicos”. Entre los que se tiene: peculado, concusión, malversación, cohecho, corrupción de funcionarios, entre otros.

En este tipo de responsabilidad la sanción (pena) no es aplicada por la entidad sino por el Órgano jurisdiccional, previo proceso, y el objeto de la pena no está relacionada con la mejora del servicio sino de la actitud represora del Estado ante la ocurrencia de ilícitos que afectan no sólo a él sino a la sociedad.

Consecuentemente un servidor público puede incurrir en una o más responsabilidades conjuntas por un mismo hecho, así por ejemplo aquel servidor que se apropia de dinero que le es entregado para su custodia tiene responsabilidad administrativa por el incumplimiento de las normas de cautela de dinero(Tesorería), le cabe también responsabilidad civil por el perjuicio ocasionado a la entidad y al Estado - por lo que tiene que ser resarcido- y por último le alcanza responsabilidad penal por cuanto esta acción está tipificada como peculado en el artículo 387º del Código Penal.

Esta triple responsabilidad está recogida en la legislación peruana que regula la actuación del servidor público, así tenemos

- El Decreto Legislativo N° 276: Ley de Bases de la Carrera Administrativa, en su artículo 25º dispone”: Los servidores públicos son responsables civil, penal y administrativamente por el incumplimiento de las normas legales y administrativas en el

ejercicio del servicio público, sin perjuicio de las sanciones de carácter disciplinario por las faltas que cometan”.

- La Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, en su Capítulo VII, Régimen Disciplinario, artículo 19° regula que”: Los empleados públicos son responsables civil, penal o administrativamente por el incumplimiento de las normas legales y administrativas en el ejercicio del servicio público”.
- La Ley N° 27444, Ley del Procedimiento General Administrativo en su artículo 243° Autonomía de responsabilidades indica:

“243.1.Las consecuencias civiles, administrativas o penales de la responsabilidad de las autoridades son independientes y se exigen de acuerdo a lo previsto en su respectiva legislación.

243.2 Los procedimientos para la exigencia de la responsabilidad penal o civil no afectan la potestad de las entidades para instruir y decidir sobre la responsabilidad administrativa, salvo disposición judicial expresa en contrario”.

El cumplimiento de las disposiciones en la normas vigentes no podrá dar lugar a represalias contra los funcionarios responsables en el cumplimiento de las mismas.”

Todo esto denota, pues, que el servidor público enfrenta tres tipos de responsabilidades en el ejercicio de sus funciones (responsabilidad funcional triple) y ellas pueden presentarse separadamente o simultáneamente frente a un mismo hecho calificado de infracción a la normatividad vigente.

Esta triple responsabilidad está debidamente tipificada en las diversas normas que regulan el accionar del servidor público y por tanto este

debe actuar buscando no incurrir en ninguna de ellas por cuanto enfrenta sanciones igualmente triple: administrativa, civil y penal.

3.3.- EL CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO.

La Administración pública se organiza a través de una serie de estamentos cuya correcta funcionalidad es vital para la consecución de los fines sociales que se le asigna al Estado según los preceptos constitucionales pertinentes; empero, como se ha sostenido, la Administración es un ente abstracto, de modo que su concreta actuación se manifiesta a partir de los servicios públicos que ejecutan, desarrollan y desempeñan los denominados funcionarios y/o servidores públicos.

El funcionario público, alega Laura Ortiz, es uno de los actores de mayor importancia dentro de la estructura burocrática estatal de nuestro país y tiene responsabilidad, ello si se tiene en cuenta la característica especial de su labor frente a los órganos de control del estado.

Funcionario público es toda aquella persona que en mérito de designación especial y legal como consecuencia de un nombramiento o de una elección y de una manera continua, bajo normas y condiciones determinadas en una delimitada esfera de competencia ejecuta la voluntad del Estado en virtud de un fin público.

Servidor público es el denominado empleado público, es la persona técnica o profesional que presta su actividad para la realización de los fines de interés público, cumpliéndolos de hecho o ayudando a su realización a cambio de ciertos derechos exigibles a la administración.

Ambos, funcionarios y servidores públicos ejecutan, desarrollan y desempeñan sus actividades a nombre de la Nación y como tales han de servir los intereses estrictamente comunitarios. De hecho, que la investidura de funcionario público adquiere una distinción importante con

respecto al servidor público, pues solo a él se le confieren capacidades decisorias, resolutivas, lo que viene de la mano con el concepto de “autoridad”.

El ingreso a la carrera pública se determina a partir de las leyes aplicables, ora el Decreto Legislativo N.º 276 o el Decreto Legislativo N.º 728 (Ley de Fomento del Empleo) así como una vastedad de normativas que se han difuminado en los últimos tiempos en el campo del derecho laboral público, al punto de definirse una naturaleza civil en algunos casos, cuando se observa la gran cantidad de trabajadores que se encuentran inmersos en un contrato de servicios no personales en el aparato público del Estado.

Hablamos entonces de una formalidad para el acceso a la función pública que puede ser por concurso, por convocatoria pública, así como el denominado personal de confianza que nombra directamente a los altos funcionarios del Estado; en tal entendido, la cualidad de funcionario público, importa el revestimiento que se le confiere a determinados ciudadanos para ejercer una actuación u autoridad pública, al margen del procedimiento accesitario, es decir, la vía legal y laboral, del acceso a la función pública.

Las formalidades legales y procedimentales, de cómo el ciudadano ha de ser investido con la categoría de funcionario público, supone un aspecto importante en el abordaje estrictamente del derecho administrativo, lo que a su vez comprende un régimen disciplinario que motiva la incidencia de un aparato público sancionador, una cuestión distinta tenemos en el campo del derecho penal, en el sentido de reconocer dicha cualidad a efectos de atribuir responsabilidad penal. No olvidemos que el fundamento material de los injustos que atacan a la Administración pública se fundamenta en la especial vinculación (institucional) del *intraneus* con el objeto material del delito y para ello no ha de interesar que dicho agente tenga la calidad de funcionario

público, en mérito a un acceso formalmente y legalmente impecable.

El derecho punitivo debe en la medida de lo posible construir sus privativos conceptos, que sin resultar abiertamente contrarios a la esfera jurídica extrapenal puedan cubrir los cometidos de política criminal, en esa incansable tarea de proteger los bienes jurídicos, sea de orden personal, colectivo e institucional.

Nos parece interesante la distinción elaborada por *Cervantes Anaya* en la doctrina administrativa nacional, al escribir que desde un punto de vista formal, son funcionarios del Estado los designados o nombrados, según las formalidades establecidas por el estatuto de funcionarios. Desde el punto de vista material, son funcionarios los individuos que en virtud de elección especial del Estado, tienen la obligación de desempeñar fielmente una función pública, cuyo servicio no ha sido determinado cuantitativamente. (POLAINO NAVARRETE, 2013)

Desde un aspecto en puridad punitivo, podemos hacer referencia a aquellos funcionarios y/o servidores públicos de derecho (de *lure*) y aquellos que se encuentran desempeñando una determinada actividad pública de facto, al adolecer de ciertos defectos en su nombramiento y/o designación. Algunos de ellos pueden ser nombrados en mérito a un concurso público, merced a una designación del jefe del sector (personal de confianza) o mediando elección popular (presidente de la República, congresistas, alcaldes, regidores, presidentes del gobierno regional, etc.).

Lo dicho es en suma relevante, en orden a establecer el círculo de autores en aquellos injustos estrictamente sostenidos en la posición funcional, en cuanto a la comisión de delitos como abuso de autoridad, peculado o malversación de fondos, en cuanto a sujetos que pueden ser identificados como autores.

Ahora bien, desde un vistazo de la *lege lata* apreciamos que el legislador ha pretendido construir un concepto omnicomprendivo de funcionario público, tal como se desprende del tenor literal del artículo 425 del CP, concordante con la llamada “extensión de punibilidad” contenida en el artículo 392 del CP. Por consiguiente, se advierte sobre una orientación criminalizadora del legislador a efectos de hacer ingresar a la red de punición a una mayor cantidad de personas, lo que si bien puede resultar criminalmente satisfactorio es dogmáticamente desacertado cuando se incluyen a personas que no se encuentran vinculados funcionalmente con la Administración pública.

El artículo 425 del CP, declara a la letra lo siguiente:

“Se consideran 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 y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.
4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
6. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley”.

El primer numeral hace referencia a aquellos funcionarios y/o servidores públicos comprendidos en la “carrera administrativa”; el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 276 dispone lo siguiente:

“Carrera Administrativa es el conjunto de principios, normas y procesos que regulan el ingreso, los derechos y los deberes que corresponden a los servidores públicos que, con carácter estable prestan servicios de naturaleza

permanente en la Administración pública. Tiene por objeto permitir la incorporación de personal idóneo, garantizar su permanencia, asegurar su desarrollo y promover su realización personal en el desempeño del servicio público. Se expresa en una estructura que permite la ubicación de los servidores públicos según calificaciones y méritos”.

Los artículos 3° y 4° del D. S. N.° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Carrera Administrativa, preceptúan lo siguiente:

“Para efectos de la Ley, entiéndase por servidor público al ciudadano en ejercicio que presta servicio en entidades de la Administración pública con nombramiento o contrato de autoridad competente, con las formalidades de ley, en jornada legal y sujeto a retribución remunerativa permanente en períodos regulares. Hace carrera el servidor nombrado y por tanto tiene derecho a estabilidad laboral indeterminada de acuerdo a ley.

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

Todos aquellos servidores (empleados públicos), cuyo escalafón funcional se encuentra adscrito en el ámbito de la ley mencionada, constituyen sujetos formalmente integrados en la carrera administrativa, según una relación de derecho público (administrativo). En la actualidad se ha diluido significativamente la institución de la carrera pública, debido a la arremetida en los últimos años del régimen laboral privado.

En el segundo numeral se ubican aquellos que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular; los primeros de los nombrados son aquellos que ejercen la función pública en virtud de un proceso electoral de carácter político, son los votantes que en sufragio

universal eligen a sus gobernantes, como es el caso del presidente de la República, los congresistas, los alcaldes, presidentes de gobiernos regionales, regidores, etc. A su vez, en el alto escalafón funcional del Estado aparecen los ministros de Estado que son designados por el presidente de la República, estos a su vez designan a los viceministros y otros funcionarios (asesores) que son de confianza; así también los miembros del Directorio del BCR, del Banco de la Nación, el Superintendente de Banca y Seguros (SBS), el Superintendente de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Sunat), los presidentes de los organismos reguladores (Osiptel, Osinergmin, etc.), el Superintendente de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, los directivos del Indecopi, el contralor de la República, el presidente de Cofopri, etc.

Los funcionarios nombrados se encuentran expresamente excluidos de la carrera administrativa, como es de verse en el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 276.

Extensión de Punibilidad que también recoge a los depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan, a particulares; articulado que fuera modificado por la 7ª Disposición Final de la Ley N° 28165 del 10 de enero del 2004.

En el quinto numeral se hace alusión a “los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional”; se trata de servidores públicos que realizan particulares funciones públicas, en cuanto a la conservación y cautela del orden público y la seguridad nacional, tal como se desprende de la Ley Fundamental.

Si bien los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú se rigen por su propia normativa laboral, al fin y al cabo son también funcionarios y/o servidores públicos, por tanto incluidos en el tercer numeral. Tal vez los efectos simbólicos y socio-comunicativos de la norma jurídico-penal, haya inspirado al legislador hacer una mención expresa de estos servidores

públicos, que en base a un plano criminológico revela una justificación de norma específica.

Finalmente, en el sexto numeral se hace alusión a “los demás indicados por la Constitución Política y la ley”; que parece expresar una cláusula abierta, una especie de prescripción omnicomprendiva donde ha de recalar todos aquellos que al no detentar algunas de las vinculaciones funcionales que se glosan en los apartados precedentes, ostentan una determinada relación funcional con la Administración pública, pero de cara a una reforma legal a futuro, es decir, que de *lege ferenda* se regulen ciertas condiciones para adquirir dicho estatus funcional. No obstante, si dicho carácter viene definido por un precepto constitucional, habría de sancionarse una normativa que desarrolle legalmente dicha caracterización, con arreglo al principio de legalidad.

3.4.-CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL DERECHO PENAL, CONFORME LA REFORMA NORMATIVA AL ARTÍCULO 425, VÍA LA LEY N.º 30124.

La interpretación de las normas jurídico-penales ha de tomar lugar bajo criterios muy particulares, esto es, bajo un confín —axiológico y teleológico a la vez—, basado en el fin esencial del derecho penal en un orden democrático de derecho: la protección de bienes jurídicos; de forma que la política criminal que se patentiza en el orden jurídico ha de estar orientada a tal legítimo objetivo.

Dicho lo anterior, se tiene que en el marco de los delitos contra la Administración pública, —se tutelan bienes jurídicos de primer orden—, según el listado de valores compaginados constitucionalmente, entroncando valores instituciones y sociales que se ven gravemente perturbados cuando un funcionario y/o servidor público, en aprovechamiento de su competencia funcional, incurre en algunos de los delitos comprendidos en el capítulo II y ss del título XVIII del CP.

A tal efecto, es que se diseñó los llamados delitos especiales propios, pues conforme es de verse en sus articulados correspondientes, se requiere contar con la cualidad funcional que allí se describe, la cualidad de funcionario y/o servidor público, por lo que aquellos que carecen de tal revestimiento funcional, no pueden ser autores, a lo más partícipes.

Siendo así, se alza como una labor imprescindible de la dogmática jurídico-penal definir con propiedad quienes pueden ser percibidos como funcionarios y/o servidores públicos a efectos penales; y esta tarea de hermenéutica no puede elaborarse desde un plano extrapenal, es decir, no será posible dicha construcción intelectual desde una estricta mirada al derecho laboral y al derecho administrativo, en la medida que el derecho penal ha querido diseñar normativamente su propio concepto de “funcionario público”, tal como se advierte de los incisos comprendidos en el artículo 425° del CP, dando lugar a una definición material —no formal— de incluir como potenciales autores a personas, que si bien no se encuentran insertos en el régimen laboral —propio de la carrera administrativa (Ley N.º 276)—, al estar vinculados funcionalmente con la Administración (CAS, servicio no personales), también caen en la esfera de regulación jurídico-penal, en tanto y en cuanto están en condiciones de vincular jurídico y legalmente a la Administración con terceros, como sucede en los delitos de peculado y colusión ilegal, donde el funcionario que dirige la licitación público, que pueda estar contratado como CAS, igual puede contratar con los particulares, en representación de la entidad estatal, por ende, de defraudar al Estado, al concertarse con los licitantes.

Así también podrían mencionarse innumerables ejemplos, donde asesores (de alta dirección) que giran sus recibos por honorarios profesionales, en los hechos (funcionario de facto), pueden asumir roles de percepción u administración y así han de responder penalmente por

el delito de peculado. Una posición contraria significaría debilitar injustificadamente los fines preventivos de la pena (general), así como de violentar el principio de igualdad; una situación que adquiere mayor vigor justificador cuando en el Perú se ingresa laboralmente a la vigencia de una serie de regímenes laborales, que se distancian de la carrera pública, al punto de sancionarse el Decreto Legislativo N.º 728, Ley de fomento al empleo en el sector privado, donde muchos trabajadores que laboran en la Administración pública se encuentran comprendidos en dicho régimen y, no por ello, no son susceptibles de ser considerados autores de peculado, malversación de fondos, abuso de autoridad, omisión de actos funcionales, etc.

Así, se dice que es funcionario o servidor público “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”. Declaración normativa que se concatena con lo previsto en la Constitución, cuando esta señala en el artículo 40. Que “la ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza.

Ningún funcionario en el marco del derecho laboral, con el que se esboza en el derecho penal, y que ahora, merced a la sanción de la Ley N.º 30124 de diciembre del 2013, ha quedado definido de forma taxativa, al haberse previsto en el inciso 3 del artículo 425º, que se incluyen a 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; por lo que queda sin sostén

cualquier argumentación jurídica que pretenda invocar exculpación de responsabilidad penal (de no tener la condición de funcionario público), en mérito a la previsión constitucional mencionada o ley extrapenal que lo indique de tal manera.

Entonces, lo que determina tal cualidad, no es la naturaleza del régimen laboral —al que pertenece el *intraneus*—, sino su posición funcional en la Administración, su vinculación competencial con el objeto material del delito (caudales, efectos, etc.), lo que precisamente le permite afectar los intereses jurídicos que se ponen a tutela del derecho penal en esta esfera de la criminalidad. Y, así puede citarse, el caso de los funcionarios públicos que emiten informes, sobre determinadas materias, cuyo contenido permite que otro sujeto público autorice el funcionamiento de una determinada actividad socioeconómica; por lo que este, sea cuales fuese la entidad estatal en la que labore, así como el régimen laboral que lo vincula contractualmente con la Administración, es susceptible de responder ante la justicia penal, ora como autor ora como partícipe.

Consecuentemente, el concepto de “funcionario público” en el derecho penal asume una naturaleza distinta a la del derecho administrativo y el derecho laboral, formulando una acepción distinta, lo cual se corresponde con su función de política criminal; el derecho punitivo no puede condicionarse a lo que diga una esfera de la juridicidad extrapenal, ello comporta elaborar sus propias categorías conceptuales, que sin vulnerar el principio de legalidad, pueda concretizar los fines político criminales valiosos que lo patrocinan. Una postura divergente significa abrir una puerta inexplicable hacia la impunidad, intolerable desde los cimientos de un Estado constitucional de derecho.

Vemos así que las coordenadas de política criminal son las que direccionan las barreras de intervención punitiva, en la medida que el legislador —con las reformas normativas en particular— pretende

asegurarse que más sujetos públicos caigan en las redes de la represión penal, a través de fórmulas normativas que permitan cobijar las conductas reprobadas bajo los alcances normativos de los tipos penales funcionariales; de hecho, no es lo mismo incidir en una tipificación penal del delito de hurto o apropiación ilícita que en el delito de peculado, en tanto, la magnitud de la sanción es mucho mayor, proponiendo un mensaje disuasivo más intenso (prevención general negativa) en un contexto social abrumado por casos de corrupción.

No olvidemos que el fundamento material del injusto funcionarial es la realización del comportamiento típico en el ejercicio del cargo público, por lo que el estado de desvalor —que es objeto de represión— debe ser consecuencia directa de un acto, en aprovechamiento, de la esfera estrictamente competencial del *intraneus*, al ser su especial vinculación con el objeto material del delito, lo que sustenta su posición de dominio social que es empleada para contravenir sus deberes jurídico-público esenciales.

Lo dicho cobra relevancia —en márgenes interpretativos— en algunos casos, cuando por ejemplo, el individuo ha sido recién designado para desempeñar determinado cargo público o ha sido proclamado para el mismo, recibe una dádiva y/o prebenda (o la promesa de obtenerla) para una vez asentado en el cargo realice una labor contraria a sus deberes legales (cohecho) o se compromete a impulsar leyes, —que tengan como beneficiarios a determinados empresarios en el rubro minero—, para lo cual recibe una gran cantidad de dinero, incrementando así de forma significativa su acervo patrimonial (enriquecimiento ilícito). Estos ejemplos dan cuenta de la dimensión temporal del delito, donde uno de los elementos de la tipicidad penal no están aún vigentes, pero sí luego de transcurrido cierto lapso de tiempo —en los casos mencionados—, la tipicidad penal se complementa una vez que el sujeto asume en concreto el cargo, y está en posibilidad de quebrantar los deberes inherentes al

cargo que desempeña.

Entonces, lo que se manifiesta en la dación de la Ley N.º 30124 — recogido en el artículo 425.6 del CP—, importa un concepto anticipado de funcionario público, que si bien contaba con respaldo doctrinario y jurisprudencial en su concepción normativa originaria, parece ser que — el legislador— en pos de cautelar el principio de legalidad en toda su magnitud y —a su vez— para fortalecer, los efectos socio-cognitivos de la norma jurídico-penal, ha optado por ensayar esta fórmula legislativa, importante para cautelar la protección de bien jurídico tutelado y para la adecuada subsunción legal de las conductas incriminadas, cuando señala que son considerados funcionarios públicos: Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.

Mediando la fórmula legislativa anotada, el Perú se adecúa a plenitud a la Convención Interamericana contra la corrupción, cuando en sus primeros apartados dispone que para los fines de la presente Convención se entiende por:

- “Función pública”, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.
- “Funcionario público”, “oficial gubernamental” o “servidor público”, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

La “designación” de un funcionario, conforme lo dispone el artículo 4 del D.S. N° 005-90-PCM (Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera

Administrativa), aquel ciudadano que es designado por autoridad competente, conforme al ordenamiento legal, para desempeñar cargos del más alto nivel en los poderes públicos y los organismos con autonomía. Los cargos políticos y de confianza son los determinados por la ley. Si bien, hemos postulado la autonomía conceptual del derecho penal frente al resto de ramas del ordenamiento jurídico, no es menos cierto que no puede propugnarse una desvinculación total, por lo que ante designaciones de funcionarios manifiestamente irregulares, *u. gr.*, por autoridad incompetente, sale fuera del radio de acción del enunciado legal en cuestión.

Por su parte, la “elección” refiere a los denominados “funcionarios políticos” que son electos por votación popular: presidentes, vicepresidentes, congresistas, alcaldes, etc.; mediante sufragio directo, secreto y obligatorio en Distrito Electoral Único, luego de haber obtenido la cantidad de votos exigido por ley, lo cual tomará lugar luego de que la ONPE dé el conteo oficial de la votación y así se tenga como electo al funcionario en cuestión, dado a conocer por el Jurado Nacional de Elecciones (JNE).

El conteo fuera de la mesa de urnas, que realizan las encuestadoras, no tiene valor para definir dicho estatus jurídico-penal. Acá se observa un mayor adelantamiento que el advertible de forma seguida. Es de verse así, en la ejecutoria emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema —Exp. N.º 06-2001—, que en sus fundamentos noveno y décimo hace alusión precisamente a la Convención Interamericana contra **la** corrupción señala que forma parte del derecho interno, al prescribir que los ciudadanos elegidos son funcionarios públicos, de que la misma añade una cláusula al artículo 425 del Código Penal por lo que al procesado le corresponde el **estatus** de “congresista elegido”, lo cual se acredita por prueba notoria consistente en el resultado general de las elecciones de abril del 2000, dado a conocer oficialmente por el resultado ratificado por las comunicaciones de la ONPE.

La “proclamación” finalmente implica un acto formal concluido todo un procedimiento que toma lugar después de un proceso eleccionario de autoridades políticas que son electas por voto popular; donde el Jurado Nacional de Elecciones, luego de haber depurado las actas electorales y resuelto todas las impugnaciones, otorga las correspondientes credenciales a los ciudadanos proclamados como presidente de la República, congresistas, etc.

CAPITULO IV

EL DELITO DE PECULADO

PECULADO

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

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

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

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

Artículo vigente conforme a la modificación realizada por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1243, publicado en el diario oficial El Peruano el 22/10/2016.

4.1.- CONSIDERACIONES GENERALES

La última reforma del artículo 387 del Código Penal, por el Decreto Legislativo N° 1243, publicado en el diario oficial El Peruano, el 26/11/2016, no ha lo varió de forma esencial, solo adicionó dos penas accesorias a la pena principal: la de inhabilitación y la de multa-días. Las sucesivas reformas introducidas al artículo 387 del Código Penal solo expresan una clara tendencia hacia la sobrecriminalización.

En efecto, hubo tantas modificaciones al artículo 387 del Código Penal que su propia naturaleza jurídica fue variada hasta darle un contenido propiamente patrimonialista. Así, por Ley N° 29758 (publicado en el diario oficial El Peruano el 21/07/2001) se incorporó al artículo 387 del Código Penal un referente patrimonial que agrava el tipo básico cuando lo apropiado o utilizado por el agente sobrepasaba las 10 UIT (unidades impositivas tributarias). No obstante, el legislador dejó subsistente un serio problema, en relación con los supuestos fácticos comprendidos en el tipo básico, cuando lo apropiado o utilizado por el agente tienen una connotación de mínima relevancia (tendencia patrimonialista). Es decir, bienes (entendidos como caudales o efectos) cuyo valor patrimonial es de poca significancia. Ante esta situación, es preciso recurrir en el proceso de interpretación racional de la norma penal al principio constitucional de lesividad, para dotar de contenido material al tipo penal.

Es indicativo que la pena, para ser justa, debe fundamentarse en la culpabilidad del agente que puso en peligro o lesionó el bien jurídico tutelado por la norma penal. No se trata de cualquier peligro o lesión, sino de aquellos que sean relevantes y que justifiquen realmente la intervención penal (principio de mínima intervención). Por ejemplo, el funcionario o servidor público que se apropia de 100 o 200 soles o aquel otro que utiliza dos papeles del Estado para hacer un escrito privado,

etc. Estos supuestos no ameritan la intervención penal, bastan correctivos administrativos. Más aún, deben considerarse atípicos los supuestos que carecen de relevancia penal.

En relación con la reforma del artículo 387 del Código Penal por el Decreto Legislativo N° 1243, es pertinente fijar criterios en torno a los componentes del tipo básico, agravado y culposos, así como respecto a los límites legales que tienen que observarse para la debida graduación de la pena concreta que debe aplicarse al autor culpable del indicado delito. En ello cobra suma relevancia la aplicación material del principio constitucional de justa pena, prohibición de exceso, proporcionalidad, lesividad y mínima intervención, etc., y desde luego, el sentido real de la eficacia del principio de la supremacía constitucional. Es evidente el reconocimiento de que la Constitución es fuente por excelencia de todo el ordenamiento penal: “La constitucionalización del Derecho Penal no se reduce a un simplismo reduccionista; es mucho más que eso. A partir de esta premisa, el Derecho Penal pasa a ser explicado e interpretado en su aplicación bajo los parámetros constitucionales. En todo caso, un Derecho Penal, entendido como cuerpo orgánico de normas penales, tiene una connotación de ley penal de desarrollo constitucional. Entonces, el Derecho Penal, como cuerpo de principios, tipos penales y penas, tiene como fuente y fundamento a la Constitución. Desde cualquier ángulo, el Derecho Penal se ubica en el ámbito de la totalidad suprema de una Constitución con autonomía correlacional en el proceso de constructo de tipos penales, de principios, valores, interpretación, sujetos, objetivos, penas, bien jurídico tutelado, etc. que tienen como fundamento esencial a los valores, principios y preceptos constitucionales”.

En un Estado constitucional de derecho la actividad interpretativa del juzgador lo obliga a que su razonamiento no sea puramente legal, sino - y ante todo- un razonamiento constitucional. Las reformas desde el ámbito de la racionalidad del principio de legalidad constitucional y de la naturaleza jurídica del tipo penal, son positivas cuando aclaran los

procesos de interpretación o expresan mejor las incertidumbres que puedan presentarse en su aplicación fáctica.

No obstante lo dicho, el propósito esperado con la última modificación por Decreto Legislativo N° 1243, lo ubica en un nivel del populismo penal. La técnica legislativa ha mejorado un poco, pero no lo suficiente como fórmula general que permita establecer un paso importante en la autorrealización funcional de tipos penales que deben cumplir una función racional garantista. Aquel garantismo que por esencia va perdiendo terreno en el nivel de las libertades individuales de hoy.

En el tipo básico se insiste erróneamente en parificar punitivamente los verbos rectores “apropiar” y “utilizar”, cuyos contenidos materiales y dimensiones son disímiles por sus efectos penales. Esta forma de equiparar hechos disímiles, bajo parámetros de principios constitucionales de lesividad y proporcionalidad, no puede compartirse. Al respecto, hemos señalado: “La punibilidad de la conducta de peculado por utilización es drástica respecto de un comportamiento en el cual el agente obra con intención de restituir los efectos o caudales, siendo un uso indebido temporal. No sucede lo propio con el agente que se apropia de los bienes del Estado. Allí la nota característica que diferencia el peculado por apropiación; sin embargo, el legislador peruano ha asimilado punitivamente dos comportamientos distintos, que lesionan en grados diversos el interés jurídico tutelado. Ello de alguna manera atenta contra el principio de proporcionalidad y racionalidad de las penas; de modo que no resulta lo más adecuado y recomendable parificar dos conductas excluyentes, tal como se contempla en el artículo 387 del Código Penal. (ALVARES, 2006)

Del mismo modo, se recurre a términos en desuso como “caudales” y “efectos”, siendo que estos vocablos bien pueden ser incluidos en otro de mayor alcance y simplicidad como “bienes”, que tiene un contenido material de mayor cobertura. Hay mayor razonabilidad y utilidad en el uso del vocablo “bienes”, en lugar de caudales o efectos porque permite

comprender los alcances del tipo penal y una mejor protección del bien jurídico tutelado. El concepto “bienes” tiene una connotación más amplia, que incluye a bienes muebles, inmuebles, materiales e inmateriales, derechos y valores, créditos, etc. En suma, permite abarcar toda forma o modalidad de supuestos comprendidos en el tipo penal en cuestión, vía interpretación analógica, pero con mayor racionalidad. Se trata de permitir sancionar la acción dolosa de apropiación o utilización de bienes en general de propiedad o posesión del Estado.

En el tipo agravado, con buen criterio se siguió la línea dispuesta por Ley N° 29758 (publicada en el diario oficial El Peruano el 21/07/2001) que incorporó al artículo 387 del Código Penal un referente patrimonial que agrava el tipo básico, cuando lo apropiado o utilizado por el agente sobrepasaba las 10 UIT. Este referente le da un sentido mayor de carácter patrimonialista al bien jurídico a tutelar, apreciándolo desde el punto de vista cuantitativo.

Queda claro que el legislador ha seguido la pauta de valorización económica del bien objeto de apropiación o utilización para la elaboración de la circunstancia agravante contenida en el segundo párrafo, lo que supone la utilización de criterios puramente objetivos.

4.2.- LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DELITO DE PECULADO Y SU CONNOTACIÓN PATRIMONIAL.

Como se dijo, las últimas reformas al artículo 387 del Código Penal en relación con el delito de peculado por apropiación, utilización y culposo, variaron el sentido material de su naturaleza jurídica. Dos nuevos referentes son indicativos de dicha variación. Por un lado, el referente patrimonial que agrava el tipo básico por la cuantía de lo apropiado o utilizado cuando sobrepasaba las 10 UIT. Por otro lado, al haberse duplicado el plazo de prescripción de la acción penal para los delitos cometidos “contra el patrimonio del Estado”, lo cual presupone una reconducción sistemática de este delito. Se genera así un problema de ubicación y sistematización porque, siendo un delito de naturaleza

pluriofensiva (afecta varios bienes jurídicos al mismo tiempo), ha mutado a un delito de carácter predominantemente patrimonial; alejándose de esa manera de su consideración como un delito que se agota en el correcto funcionamiento de la Administración Pública.

El delito de peculado es posible abordarlo desde tres perspectivas axiológicas: como un delito de carácter meramente patrimonial (prevalente), como un delito que se agota en el correcto funcionamiento de la Administración Pública o como un delito de naturaleza pluriofensiva. La jurisprudencia, al respecto, ha indicado:

“Que el delito de peculado es uno de infracción de deber. El funcionario o servidor público quebranta deberes positivos que debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos. Quebranta una institución positiva estatal: la Administración Pública. En el delito de peculado, se tutela el patrimonio público, en la medida que está al servicio de unos intereses generales; y en el marco del correcto funcionamiento de la Administración Pública en el manejo de tales fondos”. (R. N. N° 546-2012-Lima).

En realidad, la última modificación refuerza la tesis de un delito de afectación patrimonial: del patrimonio del Estado y no del “deber de fidelidad e integridad de funcionario”, pues la posición de dominio que ostenta el funcionario es sobre los bienes y caudales públicos. Entonces, la infracción de deber es una de las formas como se puede lesionar este bien jurídico.

El carácter patrimonial prevalente en el tipo penal es una tendencia actual más racional, pues permite sustraer del ámbito punitivo conductas mínimas de poca insignificancia patrimonial (mínima intervención del Estado).

Esta postura es indicativa de que el injusto penal se contempla en función de la gravedad de la afectación al patrimonio público administrado. Si el monto del peculado es mínimo, entonces, no debería

tener relevancia penal. Estos criterios objetivos operan para el delito de peculado por apropiación y utilización. No obstante, ese mismo criterio diferenciador no se estableció para los supuestos contemplados en el peculado por culpa. Imaginémonos el caso del agente que, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos equivalentes a 200 soles o a 10 hojas de papel. ¿Tiene relevancia penal esta conducta? Para un juez exegético, sí; para un juez decisor, no. La cuestión en estas condiciones es establecer criterios en torno a los componentes de tipicidad que demanda el tipo y los límites legales que tienen que observarse para la debida graduación de la pena concreta, a aplicarse al autor del indicado delito.

El Acuerdo Plenario N° 04-2005/CJ-11619 del 30/09/2005 de la Corte Suprema de Justicia de la República, tomando como referencia las ejecutorias supremas del delito de peculado, estableció como doctrina legal que “el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección legal: a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública, y b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad”.

Ello confirma que el bien jurídico tutelado preponderante es el interés patrimonial del Estado. En tal sentido, quedó en abandono el supuesto “deber de fidelidad e integridad del funcionario”, como bien jurídico protegido en el delito de peculado, que no parece corresponderse con la modalidad de peculado culposo, tampoco con el tipo básico ni agravado. Del mismo modo, el legislador penal al duplicar el plazo de prescripción de la acción penal para los delitos cometidos “contra el patrimonio del Estado”, presupone la existencia de delitos de esta naturaleza.

Se evidencian dos aspectos a debatir: la cuestión si realmente es un delito de infracción de deber y cuál es el bien jurídico tutelado por la norma penal. Lo primero está aún por determinarse (infracción del deber-

dominio del hecho); lo segundo parece haberse resuelto al introducirse como referente objetivo un elemento de orden patrimonial y la duplicación de la prescripción penal (art. 80° del CP).

No es patrimonio exclusivo y excluyente de Perú las reformas y contrarreformas de las normas penales. Se evidencia una acusada tendencia en la legislación comparada y, muy en particular, en Latinoamérica por recurrir al Derecho Penal como solución a los graves problemas de corrupción. Las direcciones no pueden uniformizarse; pero es evidente cierta tendencia totalitaria en las reformas, bajo nivel de garantismo, desnaturalización de los tipos penales y de su naturaleza jurídica como delitos de función pública, etc. Un caso extremo es el artículo 257 del Código Penal de Ecuador, que hace extensivo el injusto a los particulares, de una manera inapropiada e irregular. Algunas reformas en Perú no escapan a ese espíritu totalitario.

Estas anomalías no resultan las más apropiadas para una mejor protección del bien jurídico tutelado. Distorsiona la verdadera naturaleza jurídica del injusto penal y prioriza como primera razón del Estado el Derecho Penal, cuando bien pueden y en mejores condiciones contribuir a dicha protección otras ramas del Derecho. Las reformas penales no pueden tomar una dirección distinta a la racionalidad del metagarantismo. Además, urge elaborar un proyecto de reformas del Código Penal peruano, para adecuarlo a las disposiciones de la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción.

4.3.- LA ESTRUCTURA DEL TIPO PENAL.

Si de estructura típica se trata, es mucho más apropiado referirse a todo el proceso de construcción del tipo penal. Este aserto está en íntima conexión con el principio de legalidad, que implica exigencias en relación con la manera cómo deben ser redactados los tipos para señalar los supuestos de hecho de manera expresa e inequívoca.

Esto implica la exigencia de claridad y certeza de la norma penal en la medida de lo posible. En ello radica la función garantista del tipo. La máxima exigencia en cuanto a claridad de la redacción implica reducir al mínimo las posibilidades de duda sobre los elementos o supuestos que integran el tipo penal; de forma tal que se cumpla la exigencia constitucional de que la previsión se realice “de manera expresa e inequívoca”. Cuando el legislador emplea en la redacción del tipo términos o expresiones extremadamente generales, indeterminados, extensivos, etc., da lugar a una grave incertidumbre en cuanto al fin perseguido o al campo de la aplicación de la norma penal.

En la exigencia de certeza de la ley penal radica una limitación al poder del legislador y a la actividad del juez penal. Es preciso poner límite a la dictadura legislativa, en beneficio de la libertad individual, y evitar que el poder punitivo del Estado encuentre una excusa a sus propias deficiencias en los abusos de poder del legislativo y judicial. Con todo, el tipo penal no es solamente una descripción objetiva de supuestos prohibidos o exigidos, sino que también contiene elementos normativos y conceptos valorativos, que, desde luego, requieren de una apreciación jurídica.

Se hace necesario pues establecer pautas fuertes de racionalidad en sus componentes. Sin ellas nada puede garantizar una argumentación jurídica racional. En esta línea de razonamiento, hicieron bien los jueces supremos en establecer, por Acuerdo Plenario N° 04-2005/CJ-116 (definición y estructura del delito de peculado: artículo 387 del CP), pautas fuertes de interpretación.

Los magistrados parten por reconocer que existen decisiones encontradas sobre un mismo hecho, lo cual amerita uniformizar criterios para hacer de las decisiones judiciales predecibles. ¿De qué manera podemos limitar o restringir la relevancia penal de los actos del delito de peculado?, parece que se preguntaron los jueces supremos.

Sin embargo, la expresión fijada en dicho acuerdo plenario no parece aclarar del todo la cuestión: “al describir la acción dolosa utiliza dos supuestos para definir los comportamientos típicos del sujeto activo: apropiar o utilizar, los mismos que deben contener ciertos elementos para su configuración; estos son, en tal virtud, los elementos materiales del tipo penal”.

Los jueces supremos parecen entender que los verbos rectores contenidos en el tipo penal (“apropiar” y “utilizar”) tratándose del tipo básico, deben contener ciertos elementos para su configuración. ¿Cuáles son esos elementos? El tipo penal tiene elementos objetivos y elementos subjetivos. Pero hablar de elementos como contenidos de los verbos rectores ya es otra cosa. Es más adecuado hablar del contenido material de esos verbos rectores para establecer sus alcances y sus limitaciones; hecho que sí resulta muy práctico. Un tipo penal es una construcción de significado lingüístico fuerte, determinado por el legislador. Se establece sobre la base de diversos criterios, tales como las reglas del lenguaje, factores institucionales, categoría penales previamente elaboradas, normas sociales y morales de pautas débiles, entre otros. Un verbo rector es indicativo de la acción material del agente. Por ejemplo, el vocablo “apropiar” implica la acción del agente de hacer suyos (voluntad de apropiación) los caudales o efectos del Estado, apartándolos de la esfera del dominio del Estado. Es decir, toma los bienes para sí o para un tercero, por eso, los ubica en una situación de disposición definitiva.

El verbo rector “utilizar” es hacer uso indebido de los bienes del Estado para fines ajenos al servicio, en provecho propio o de un tercero. Es evidente que no existe en el agente el animus de apropiación, sino del uso temporal para fines ajenos al servicio o de aprovecharse temporalmente de los bienes del Estado.

En ambos casos, debe existir, desde luego, una relación funcional en términos genéricos o específicos entre el agente y los bienes del

Estados. Esa relación puede ser directa o indirecta (relación de disponibilidad jurídica). Esa relación lo es por razón del cargo y la disponibilidad jurídica por atribución expresa de la ley de la materia. Ahora bien, el acuerdo plenario en cuestión, en relación con las categorías, les da un contenido material muy claro y preciso. Por ejemplo, tratándose del vocablo “percepción”, lo considera como la acción de captar o recibir caudales o efectos de procedencia diversa, pero siempre lícita. En cuanto al concepto de administración, lo relaciona con las funciones activas de manejo y conducción; en tanto que la custodia importa la típica posesión, que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos. Lo propio cabe señalar en relación al destinatario: para sí o para otro.

La idea de mantener un concepto en desuso como “caudales” o “efectos” fue materia de críticas por nuestra parte. Claro que el acuerdo plenario hace un esfuerzo por racionalizar su contenido, pero resulta insuficiente. Decir que los caudales son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero y los efectos, es incluir a todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables. ¿Qué entendemos por bienes generales de contenido económico y qué por objeto, cosas o bienes? El concepto de “bienes” es de mayor alcance y simplicidad porque tiene un contenido material de mayor cobertura. Hay mayor razonabilidad y utilidad en el uso del vocablo “bienes”, que en el de caudales o efectos; además, permite limitar los alcances del tipo penal y una mejor protección del bien jurídico tutelado. Como se adelantó, el concepto de “bienes” comprende a muebles, inmuebles, materiales e inmateriales, derechos y valores, créditos, etc.; en suma, permite abarcar toda forma o modalidad de supuestos comprendidos en el tipo penal.

4.4.- LA REFORMA DEL ARTÍCULO 387 DEL CÓDIGO PENAL Y SU CONTENIDO PATRIMONIAL.

El delito de peculado está comprendido entre los delitos contra la Administración Pública, y no entre los delitos contra el patrimonio, como es el caso del Código Penal alemán reformado. No obstante, con las últimas reformas al artículo 387 del Código Penal, se evidencia su contenido patrimonialista. Esta nueva tendencia, sin embargo, parecería indicar que se tiene que reconducir el tipo penal dentro de los delitos contra el patrimonio en agravio al Estado, como un capítulo especial. Ello no implicaría desconocer el carácter pluriofensivo de este injusto penal, ya que también lesiona el correcto y normal desarrollo de la Administración Pública. El patrimonio del Estado, como bien jurídico especial tutelado por la norma penal, es más racional, al permitir establecer una aplicación real del principio de mínima intervención del Derecho Penal; de suerte que casos de mínima lesividad puedan ser dejados al Derecho Administrativo sancionador. Es absurdo sancionar penalmente al agente que se apropia de cien soles o utiliza cuatro hojas de papel membretado del Estado.

En nuestro medio, también llega a esta conclusión Manuel Abanto, al deslizar la idea de que en el injusto penal peculado predomina la protección patrimonial, para luego agregar: “Esta interpretación parece ser la más acorde con la sistematización peruana. Además existen otros motivos adicionales que respaldan esta interpretación del concepto de ‘patrimonio público’ y de su categoría de objeto directamente protegido en los tipos de peculado:

- El patrimonio del Estado se protege de manera especial, no solamente contra su lesión (peculado por apropiación), sino también contra el peligro de que esto pueda ocurrir en cuanto al destino que se les deban dar a los bienes públicos (malversación en sentido estricto). Incluso, se exige un deber especial de cuidado en el funcionario público, motivo por el cual se sanciona

la conducta 'culposa'; algo impensable en el caso del patrimonio individual.

- La importancia del carácter de los bienes que integran el patrimonio del Estado destaca de manera especial en los supuestos de agravación de los tipos básicos de peculado doloso y culposo, donde la razón de ser de la agravación radica precisamente en la importancia especial de la finalidad pública para la cual estaban destinados los bienes: fines asistenciales o programas de apoyo social.
- En la parte general, artículo 80 del último párrafo, el legislador penal duplica el plazo de prescripción de la acción penal para los delitos cometidos "contra el patrimonio del Estado, es decir, presupone la existencia del delito esta naturaleza".

Con las reformas aludidas, queda claro que el bien jurídico tutelado en los delitos descritos en el artículo 387 del Código Penal es predominantemente el patrimonio del Estado, y no, como sostiene la doctrina y la jurisprudencia nacional mayoritariamente, el normal y correcto desarrollo de la Administración Pública. Con las últimas reformas penales, la importancia de atender en este tipo penal al contenido patrimonial implicado es evidente.

¿Cuál es la correlación entre el artículo 387 del Código Penal y el último párrafo del artículo 80 del Código Penal? Indica este precepto un contenido patrimonialista del tipo penal. El Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116 del 16/11/2010, al establecer los alcances de la duplicación del plazo de prescripción, regulado en último párrafo del artículo 80 del Código Penal, cuando el delito es cometido por un funcionario o servidor público contra el patrimonio del Estado, parece abonar en la confusión, al establecer:

12. El legislador incrementó el plazo de prescripción -duplicó- en el último párrafo del artículo ochenta del Código Penal y destacó la mayor gravedad cuando el delito es cometido por un funcionario o servidor

público contra el patrimonio del Estado, ello en concordancia con el último párrafo del artículo 41 de la Constitución Política del Perú -el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado por funcionarios y servidores públicos- La ley consideró que tenía que reconocerse un mayor reproche, traducido en el plazo de la prescripción, por tratarse de un atentado contra el normal funcionamiento de la Administración Pública, la seguridad de los bienes pertenecientes a la Administración Pública y la inobservancia del deber de fidelidad del funcionario o servidor público hacía el patrimonio público desde la perspectiva de las obligaciones del cargo o función que ejerce y abusa. En tal sentido, el ataque contra el patrimonio público es ejecutado por personas que integran la Administración Pública a las que se le confió el patrimonio y se colocó al bien en una posición de especial vulnerabilidad por aquellos. Esto implica un mayor desvalor de la acción -como conducta peligrosa para los bienes jurídicos- complementado con el desvalor de resultado derivado de la específica función de protección que tienen esas personas respecto del patrimonio del Estado, de la lesión que proviene de la acción desvalorada y de la mayor posibilidad que tienen para encubrir sus actividades ilícitas.

13. Por tanto, se incrementó el plazo de prescripción para obtener una variante en cuanto a la acción persecutoria o ejecución de la pena y dar a estos casos concretos una regla especial con la finalidad de otorgar al organismo encargado de la persecución del delito un mayor tiempo para que pueda perseguir el hecho punible y establecer una mayor dificultad para que el delito no quede impune.

14. Es necesario complementar esta circunstancia prevista en la norma para limitar su aplicación sobre determinadas situaciones concretas e interpretar el sentido de la ley desde la perspectiva de su coherencia con el ordenamiento jurídico y el contexto en que se utilizó -método lógico-sistemático-. Así, debe entenderse que la opción normativa, de carácter especial, descrita en el último párrafo del artículo 80 del Código Penal se orienta al Capítulo II, Título XVIII, del Libro Segundo del mismo cuerpo

legal, “Delitos contra la Administración Pública cometidos por Funcionarios Públicos”, atendiendo a dos aspectos concretos:

- a) En este Capítulo se regulan los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos.
- b) Dicho Capítulo protege además el patrimonio público vulnerado por esos sujetos especiales, que es lo que exige la norma sustantiva de acuerdo a la interpretación con la norma constitucional prevista en el artículo cuarenta y uno de la Constitución que contiene como mandato concreto que el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado por funcionarios y servidores públicos. Es de resaltar que no todos los delitos comprendidos allí tienen contenido patrimonial, por lo que en cada tipo legal se tiene que analizar si se cumple con el presupuesto establecido para prolongar el plazo de prescripción en función a la afectación de los bienes jurídicos tutelados vinculados directamente con el patrimonio público o solo afectan el correcto funcionamiento de la Administración Pública propiamente dicha, vulnerando el ejercicio de funciones y servicios públicos bajo pautas de corrección y sometimiento a la legalidad, la observancia de los deberes del cargo como empleo, regularidad y desenvolvimiento normal de tal ejercicio, el prestigio y dignidad de la función, la imparcialidad en el desenvolvimiento decisonal, y otros, desvinculados totalmente de la afectación del patrimonio del Estado como tal y excluidos.

16. Si el fundamento esencial de la duplicidad de la prescripción es la lesión efectiva del patrimonio del Estado realizada por los funcionarios o servidores públicos, es necesario que exista una vinculación directa entre estos. Tal fundamento exige el concurso de tres presupuestos concretos:

- a. Que exista una relación funcional entre el agente infractor especial del delito -funcionario o servidor público- y el patrimonio del Estado.
- b. El vínculo del funcionario o servidor público con el patrimonio del Estado implica que este ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos.
- c. Puede servir como fuente de atribución de dicha posición y facultad funcional una orden administrativa y, por tanto, es posible que a través de una disposición verbal se pueda también transferir o delegar total o parcialmente el ejercicio de funciones concretas de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos al funcionario o servidor que originalmente por su nivel y facultades específicas no poseía.

16. Una interpretación distinta sería irrazonable y vaciaría de contenido la gravedad de la conducta de los funcionarios y servidores públicos respecto del patrimonio del Estado y asimilaría el hecho a delitos comunes sin ninguna diferenciación que le otorgue sentido a la disposición legal.

17. Debe destacarse que los bienes sobre los cuales puede recaer la acción material pueden ser del Estado, parcialmente del Estado o de propiedad privada.

- a. En cuanto a la primera modalidad, se trata de bienes íntegramente del Estado.
- b. La segunda modalidad se refiere a bienes de sociedades de economía mixta donde el Estado tiene parte por estar integrado con capital proveniente tanto del Sector Público como del Sector Privado y se comparte la propiedad de los bienes. Este tipo de régimen económico está reconocido en el artículo 40 y 60 de la Constitución Política del Perú y

en el artículo 2 del Decreto Legislativo número 674, del 27 de setiembre de 1991, que contiene las normas sobre la promoción de la inversión privada en las empresas del Estado.

- c. La tercera modalidad se refiere a bienes de propiedad privada que se encuentren en posesión directa del Estado, que ejerce la administración temporal para fines institucionales o de servicio a través de un acto jurídico legalmente válido.

18. El patrimonio del Estado, parcialmente del Estado o privado está constituido por bienes muebles o inmuebles con valor económico, como los caudales y efectos, lo que se traduce en la presencia de un perjuicio patrimonial real y efectivo en la entidad estatal”.

Tenemos por sentado que el fundamento de un contenido patrimonial preponderante radica en la prescripción del artículo 41 de la Constitución Política del Estado. No obstante, Alvarez Simonetti establece: “Se duplica el plazo prescriptorio aun cuando el delito contra el patrimonio del Estado lo cometa un particular, como por ejemplo los de hurto, robo, usurpación o daños que ejecuten personas que no son dependientes del gobierno”; (ALVAREZ, 1997) esto implicaría que la duplicación se aplicaría a los delitos contra el patrimonio del Estado, tanto cuando el sujeto activo es un particular como un funcionario o servidor público que no tiene a cargo la administración, custodia o percepción de los caudales o efectos del Estado.

Lo cierto es que el plazo prescriptorio establecido en el último párrafo del artículo 41 de la Constitución opera para los delitos cometidos por funcionario o servidores públicos que afecten el patrimonio del Estado, como son los supuestos contemplados en el artículo 387 del Código Penal, donde los funcionarios o servidores públicos responden por haber lesionado dicho bien jurídico preponderante.

Dicho artículo 41 de la Constitución es concordante con la necesidad de prever en el Código Penal delitos que atenten contra el patrimonio del Estado, en los cuales el agente puede ser un particular o un funcionario o servidor público, con o sin funciones de administración, custodia o percepción de caudales o efectos públicos.

El fin fundamental del Estado es la prestación de servicios básicos como la seguridad, la administración de justicia, la atención de la educación, etc.; para esos fines fundamentales, el Estado recauda impuestos, adquiere bienes, etc., y gracias a ello, puede prestar los servicios antes mencionados. A tal efecto, designa o nombra funcionarios o servidores públicos para que administren adecuadamente su patrimonio y pueda brindar los servicios públicos, manteniendo el correcto funcionamiento de la Administración Pública.

No es función del Estado la acumulación de riqueza o del patrimonio en sí, ello es un medio para el fin fundamental, que viene a ser dar adecuados servicios fundamentales a la sociedad; de allí que se exija al funcionario público el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado y el uso adecuado de los bienes, de manera que cuando falta a sus deberes fundamentales, al apropiarse de los caudales o efectos, afecta fundamentalmente el correcto funcionamiento de la Administración Pública y la confianza ciudadana en las instituciones del Estado.

En verdad, el delito de peculado lesiona intereses patrimoniales del Estado que le sirven para brindar los servicios sociales fundamentales. Nunca antes hubo tal preocupación por los actos de corrupción en la comunidad internacional, al grado que los organismos de créditos internacionales exigen, para acceder a desembolsos económicos, un bajo índice de corrupción. Además, se celebran convenciones y tratados internacionales para combatir dicho flagelo a nivel mundial. Es decir, se empieza a enfatizar más en los aspectos objetivos de la correcta y adecuada Administración Pública. Lo patrimonial en cuanto factor

agravante del hecho ilícito resulta lo más adecuado para proteger mejor el bien jurídico tutelado.

No obstante, en la doctrina, la discusión sobre la naturaleza jurídica del peculado no es nada pacífica. Para algunos autores, el delito de peculado tiene fundamentalmente un contenido patrimonial, tal como lo entiende la doctrina y legislación alemana; para otros, en cambio, el peculado es un delito que lesiona el correcto y regular ejercicio de la función pública. En los extremos de ambas teorías, se ubican otros autores que consideran que se trata de un delito pluriofensivo, pues afecta tanto al patrimonio como el correcto y regular ejercicio de la función pública, aunque consideran que el bien jurídico preponderante es el ejercicio de la función pública. Esta discusión doctrinaria de vieja data para nuestra realidad solo debe quedar en el marco teórico.

No se pueden admitir posiciones extremistas, ya que muchos delitos de acción dolosa son pluriofensivos, pues afectan varios bienes jurídicos. Por ejemplo, en el delito de terrorismo, se lesionan la vida, la integridad física, la propiedad, la seguridad pública, etc., pero se considera predominantemente un valor como bien jurídico tutelado por la norma penal.

Así, también, en el delito de peculado, siempre se afecta el patrimonio del Estado, pero también el normal desenvolvimiento de la Administración Pública y la confianza de la ciudadanía en sus instituciones. El quid de la situación es determinar cuál es el bien jurídico preponderante, lo cual ya fue resuelto con las últimas reformas al artículo 387 del Código Penal.

Fidel Rojas Vargas señala: “La posición que sostiene la teoría de la pluriofensividad del peculado -tales son los casos de España y Perú- parte de considerar que el objeto de tutela penal está constituido por específicos y valiosos intereses reunidos o agrupados en el macro bien jurídico Administración Pública (deber de lealtad o de función nacidos del cargo, deber de fidelidad del funcionario público concordantes con la

confianza depositada por la ciudadanía y protección de los intereses patrimoniales de la Administración Pública). En la doctrina española esta ha sido -en cierto modo lo sigue siendo aún- la corriente mayoritaria (Suárez Montes, Rodríguez Devesa, Ferrer Sama, Orts Berenguer, Muñoz Conde, López Barja de Quiroga, etc.). Es una posición que, como se aprecia, no cae en planteamientos reduccionistas, pues destaca también los intereses patrimoniales del Estado o de las administraciones públicas como objeto de tutela penal, un juego dialéctico de intereses de carácter penal que serán enfatizados en la práctica jurisprudencial, dando mayor realce a uno u otro según el despliegue de circunstancias”.

Sin embargo, incurre en error el destacado autor peruano al sostener que será la práctica jurisprudencial la que determinará la preeminencia de uno u otro bien jurídico, dando mayor realce a uno u otro, según las circunstancias. Ello respondería a la realidad positiva del Código Penal español, pero no del peruano. Primero, porque, para nuestra legislación, la jurisprudencia no determina la naturaleza jurídica del injusto penal; lo contrario sería sostener que la jurisprudencia gobierna y la ley reina. Asimismo, por vía jurisprudencial no puede establecerse la sistematización de los tipos penales. Las razones que justifican su sistematización y ubicación están en la propia ley positiva.

En ese sentido, sostenemos que fue el artículo 41 de la Constitución y el artículo 80 del Código Penal, los que dan sustento a la tesis del contenido patrimonial preponderante del bien jurídico tutelado en el delito de peculado.

4.5.- EL TRATAMIENTO DEL DELITO DE PECULADO EN LA JURISPRUDENCIA Y LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En términos generales, la jurisprudencia establecida por la justicia ordinaria es abundante, incluyendo, desde luego, los acuerdos plenarios que versan sobre el particular. En relación con el delito de peculado, resulta relevante la resolución del Tribunal Constitucional recaída en el

Exp. N° 2758- 2004-HC/TC-Lima, caso: Luis Guillermo Bedoya de Vivanco, que versa sobre la interpretación del artículo 387 del Código Penal. Transcribimos por su elocuencia algunos extractos:

10. El recurrente, basándose en diversa doctrina penal, alega que el delito de peculado, por su propia naturaleza, solo puede ser cometido por funcionario público al que, por razón del cargo, se le ha encomendado la administración o custodia de caudales o efectos del Estado, por lo que, al no tener formalmente Vladimiro Montesinos Torres el cargo de Jefe del Servicio de Inteligencia, cargo que sí lo habilitaba para el manejo de fondos públicos, habiendo sido incluso sancionado penalmente por ejercer dichas funciones sin haber sido designados para ello (delito de usurpación de funciones), no puede ser considerado autor del delito de peculado. Del mismo modo, la sentencia condenatoria invocando conceptos desarrollados por la doctrina penal, señala que también puede configurarse el delito de peculado en caso de que el funcionario público detente la función de facto.

11. Este Tribunal coincide con lo señalado en la sentencia cuestionada en el sentido de que sí se configura, en el caso, el delito de peculado. Si bien es cierto que formalmente Vladimiro Montesinos Torres ocupaba el cargo de Asesor II de la Alta Dirección del SIN, cargo que le permitía la custodia y administración de fondos públicos, por lo que puede considerársele sujeto activo del delito, tal como lo prevé el artículo 387 del Código Penal.

12. Asimismo, tampoco puede afirmarse, como lo hace la parte demandante, que la recepción de fondos públicos por parte del recurrente fue posterior a la consumación del peculado. Por el contrario, la consumación del delito de peculado se da, en el presente caso, cuando Vladimiro Montesinos Torres hace entrega de los caudales públicos al recurrente, momento en que ellos

salen de la esfera de dominio estatal, consumándose, así, el peculado, por lo que no tiene sustento la alegada vulneración del principio de legalidad.

13. Este Colegiado no puede dejar de señalar que la conducta incriminada al recurrente estaría tipificada, además, en el artículo 385-a) de la Ley N°26859, Ley Orgánica de Elecciones, sancionada con pena privativa de la libertad no menos de dos años ni mayor de seis y, en el caso de los funcionarios, con inhabilitación por igual tiempo a la condena”.

Como se advierte, la norma penal es muy clara al establecer quiénes pueden ser sujetos activos del hecho punible: funcionario o servidor público, siempre que tenga la administración, custodia y percepción de los bienes del Estado por razón de su cargo. De manera que no todo funcionario o servidor público puede ser sujeto activo. El agente que usurpa funciones públicas no puede al mismo tiempo ser autor del delito de peculado. La expresión “por razón del cargo” resulta bastante elocuente porque está referida a una cuestión formal que excluye al usurpador o aquella otra persona que no reúna la formalidad de ley. La razón del cargo no está referida a una cuestión de amistad, de confianza o usurpación. Creemos que, en este caso, la mayoría del Tribunal Constitucional ha equivocado su decisión al forzar artificialmente el tipo en cuanto al sujeto activo; antecedente que debe tomarse en consideración para reformar el artículo 387 del Código Penal y evitar en lo sucesivo incongruencias como las expuestas. No puede dejarse abierta la posibilidad que el juzgador por vía interpretación genere un supuesto no contemplado de manera expresa e inequívoca por la norma penal en cuestión. Tampoco puede recurrirse a una interpretación extensiva del tipo penal en cuestión para perjudicar al procesado, los juzgadores debieron optar por una interpretación restrictiva de la norma penal. No de otra manera el Derecho Penal peruano tiende a legitimarse.

Queda claro que, excepcionalmente, el Tribunal Constitucional puede

efectuar un control constitucional sobre una resolución judicial por afectación del principio de legalidad penal; posibilidad en aquellos casos en que se aplica un tipo penal apartándose del sentido material de la norma penal. En el presente caso, los miembros del Tribunal Constitucional, por mayoría, consideraron que la interpretación extensiva en demasía del órgano jurisdiccional en relación al sujeto activo prescrito en el artículo 387 del Código Penal no ha afectado el principio de legalidad. Es decir, las pautas interpretativas eran acordes con el ordenamiento constitucional. No obstante, ni el Poder Judicial ni el Tribunal Constitucional hicieron un desarrollo racional para establecer qué cosa es la función de facto, si se puede ejercer la función de facto sin usurpación de cargo, o si puede haber una dualidad de cargo formal y otro no formal al mismo tiempo; o dicho de otra manera: ¿puede coexistir el ejercicio real de cargo y el ejercicio formal y por solo uno de ellos responderse penalmente?

En el caso, no cabe duda de que Vladimiro Montesinos Torres solo tenía el cargo de asesor de la alta dirección del SIN, pues el titular era otro. Por tanto, la administración de los bienes de la entidad del Estado la tenía aquel que ostentaba formalmente por razón del cargo esa condición. La prevalencia del ejercicio formal frente al real informal es evidente. Responde el que tiene la administración por razón del cargo formal. El ser un “títere” no lo convierte técnicamente en un personaje despojado del cargo porque legalmente lo mantiene; otra cosa es que no quiera ejercer o hacer valer su derecho de ejercicio. En tal sentido, la interpretación del Poder Judicial, que hace suya el Tribunal Constitucional, se excedió porque se apartó del tenor material del precepto. La expresión “por razón del cargo” es clara, expresa e inequívoca. Los supuestos prohibidos no se crean por interpretación, sino por la ley expresa. El Tribunal Constitucional decidió, sin realizar mayor análisis de juicio o desarrollo, salvo invocar que comparte el criterio de la sentencia cuestionada. No precisa si la interpretación de la

justicia ordinaria respetó o no el principio de legalidad constitucional.

4.6.- LAS RAZONES QUE FUNDAMENTAN LA PUNIBILIDAD DEL DELITO DE PECULADO.

El peculado, en cualquiera de sus modalidades (peculado por apropiación, utilización, uso, culposos, etc.), tiene un fundamento de punibilidad real. Estos actos socavan con intensidad la legitimidad de las instituciones fundamentales de la República. También ocasiona un serio daño al normal y correcto desarrollo de la Administración Pública, en la confianza de la ciudadanía en las instituciones básicas de la Nación, además de afectar el patrimonio del Estado.

Confirma nuestras afirmaciones la corrupción institucionalizada que penetró en todos los niveles de Administración Pública durante el decenio fujimorista. Obviamente que esta dimensión gigantesca de corrupción institucionalizada no solo es patrimonio exclusivo de dicho régimen; también alcanza a otros gobiernos poco transparentes.

¿Qué factores posibilitaron el avance considerable de la corrupción, que trajo como consecuencia la desconfianza del pueblo en sus instituciones básicas? La impunidad, la inaplicabilidad de sanciones ejemplares, el espíritu de cuerpo, la protección otorgada a los agentes por parte de los niveles más altos de la Administración Pública, la tolerancia hacia la cultura de la corrupción, el abuso de poder, la falta de mecanismos de control, la intervención grosera del Poder Ejecutivo y otros poderes del Estado, la falta de independencia de los órganos jurisdiccionales, etc.

Modernamente, cada vez más se reduce la tolerancia contra estas prácticas corruptas a los extremos que es de interés mundial el combatirlas.

Recordemos que nos movemos en un mundo globalizado, marcado por un cambio en la visión ética y la conciencia moral. La corrupción es un sistema de comportamiento, una cadena comunicacional. Se trata de un

sistema de corrupción, de una cultura del aprovechamiento personal, que se ponen en evidencia, con más claridad, en las democracias.

La expansión de la democracia en todo el continente crea condiciones para una mayor transparencia en el control de la corrupción, tanto por la institucionalidad como por la acción ciudadana. Parte constitutiva de las democracias más avanzadas es la formación de una opinión pública fuerte, con un papel decisivo de los medios de comunicación. En todos los casos de lucha contra la corrupción, la opinión pública y los medios de comunicación desempeñan un rol esencial, a partir de la presión social, que convierte este tema en punto fundamental de las agendas de los gobiernos. No de otra manera se entiende el preámbulo de la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción al establecer: “La democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio”.

El combate contra la corrupción fortalece las instituciones democráticas, evita distorsiones en la economía, vicios en la gestión pública y el deterioro de la moral social. Estos y otras condiciones fácticas sustentan la punibilidad del injusto penal de peculado. Pero ninguna norma penal tendrá la legitimidad si no se halla sustentada en la Constitución Política del Estado. La exigencia de que el Derecho Penal solo puede proteger bienes jurídicos ha desempeñado un importante papel en la discusión de la reforma de las últimas décadas.

El punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios rectores de toda Constitución Política. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante político-criminal solo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la ley fundamental de nuestro Estado de

derecho basado en la libertad del individuo a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado.

Pero tenemos que tener en consideración, tal como sostiene Claus Roxin que “la protección de bienes jurídicos no se realiza solo mediante el Derecho Penal, sino que a ello ha de cooperar el instrumental de todo el ordenamiento jurídico. El Derecho Penal solo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir, que solo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema -como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc.-. Por ello, se denomina a la pena como la ‘última ratio de la política social’ y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos”.

En los delitos especiales propios, como el peculado, se protegen bienes jurídicos que no pueden ser lesionados por cualquier persona, sino solo por funcionarios o servidores públicos.

Los hechos punibles caracterizados por afectar el patrimonio del Estado y el correcto desarrollo de la Administración Pública (bien jurídico tutelado en términos generales) deben ser sancionados con penas severas, pero no al grado de poner al Derecho Penal como la primera o única opción para proteger el bien jurídico, por encima de otras opciones.

Recordemos que el Derecho Penal es la última ratio y se rige por el principio de subsidiariedad. No tener en consideración estos principios elementales ha llevado, en el caso peruano, a exageradas y desproporcionadas medidas represivas y a la creación de nuevos tipos penales de manera irregular. Agréguese a ello, las medidas limitativas de la libertad en el proceso penal. Entonces, tenemos como resultado un instrumento de represión de alta intensidad, reacción que es explicable de alguna manera por la dimensión gigantesca que han cobrado los actos de corrupción en nuestro medio, pero que no la justifican. El Perú debe masificar y afinar otras medidas preventivas; solo cuando estas fallan, entonces, debe intervenir sin demora alguna el Derecho Penal.

Como bien refiere Jakobs: “Se suelen considerar legítimas las normas jurídicos-penales solo cuando su función no la puede asumir otros instrumentos de regulación del contacto social, sea mediante disuasión policial o asistencia jurídica-pública o responsabilidad civil o autoprotección de la víctima, así como mediante instituciones de control social u otras: el llamado principio de subsidiaridad” (JAKOBS, 1997).

4.7.- LA INTERVENCIÓN DEL PARTICULAR EN EL DELITO DE PECULADO POR APROPIACIÓN, UTILIZACIÓN Y CULPOSO.

Ante el problema de la autoría y de la participación del particular en el delito de peculado, la dogmática penal ha optado mayoritariamente por comprender al extraneus como cómplice del delito. Toda la cuestión para su determinación se reduce al principio: “No hay autor ni formas de participación sin relación al tipo”, lo cual es indicativo de que ningún concepto de autor o partícipe pueda determinarse fuera del tipo penal. Así, se es autor, coautor o partícipe de un hecho punible tipificado por una norma penal determinada.

La diferencia entre autoría y participación es consecuencia de la decisión a favor de un Derecho Penal que se apoya en la descripción típica de supuestos exigidos o prohibidos (principio de legalidad), no en la personalidad o en la voluntad del agente.

Solo puede ser autor el que realiza la acción típica completa; los partícipes no realizan la acción típica, solo contribuyen con actos tangenciales al tipo. La razón de la extensión punitiva a los partícipes se hace en función a su contribución al hecho punible realizado por el autor, que lesionó o puso en peligro un bien jurídico tutelado por la norma penal.

La jurisprudencia nacional actual considera dominante y homogénea la tesis de la unidad de título de imputación para resolver la situación del extraneus. Del mismo modo, el Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-I 16 de fecha 06/12/2012, en el fundamento 11, ha establecido que:

- a. Un mismo hecho no puede ser reputado bajo dos tipos penales diferentes.
- b. El extraneus puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del extraneus no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal. Esto es, no posee autonomía y configuración delictiva propia a pesar de que aquel toma parte en la realización de la conducta punible.

En términos generales, cualquier otro funcionario que no tenga la administración, custodia o percepción de los caudales y los particulares que prestan su participación o colaboración en el hecho punible en cuestión, son considerados cómplices del delito de peculado por apropiación o por utilización. Es decir, el concepto de extraneus no solo está referido a los particulares, sino también a otros funcionarios o servidores públicos que no tengan la condición especial para ser sujeto activo del delito de peculado”.

Y, asimismo, la Corte Suprema en una ejecutoria ha establecido lo siguiente:

“La participación del extraneus a título de complicidad en los delitos especiales está dada por el título de imputación, por lo que la conducta de todos los intervinientes en el evento delictivo (autores y cómplices) debe ser enmarcados en el mismo nomen iuris delictivo, por lo que el argumento de que la conducta de estos se enmarca en un delito común homologable, no solo es inconsistente, sino que implica la afectación a título de imputación y la inobservancia al principio de accesoriedad limitada prevista en el artículo veintiséis del Código Penal”. (Ejecutoria Suprema del 14/01/2003. Exp. N° 3203-2002-Lima).

4.8.- ALGUNOS OTROS CONCEPTOS UTILIZADOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA VINCULADOS A LOS DIVERSOS TIPOS DE PECULADO.

4.8.1. El patrimonio en la Administración Pública

El Estado, como expresión jurídica organizada para el cumplimiento de sus fines fundamentales, dispone de bienes y recursos cuantiosos y de muy diversa especie. De ahí que modernamente el patrimonio de las entidades del Estado sea inmenso, y esté constituida por toda clase de bienes: tierras, bienes muebles e inmuebles, caminos, aeropuertos, costas, ríos, lagunas, tesoros, riquezas minerales, agua, el espacio electromagnético, etc. El concepto es muy amplio y conglobante, pero lo que interesa a los efectos penales es determinar, en el caso concreto de los delitos de función pública, específicamente, a qué tipo de bienes se está refiriendo la norma penal como objeto del tipo objetivo.

En los delitos contra la Administración Pública, el bien jurídico genérico es, pues, la Administración Pública, expresada en su normal y correcto desarrollo. Sin embargo, no podemos dejar de considerar que dentro de la Administración Pública, como marco referencial, también se agrupan distintos bienes jurídicos específicos, que son prevalentes en cada caso concreto.

Sistemáticamente, el delito de peculado está comprendido entre los delitos contra la Administración Pública y no entre los delitos contra el patrimonio, como es el caso del Código Penal alemán reformado. Ello no implica desconocer el carácter pluriofensivo de este injusto penal, que lesiona tanto el correcto y normal desarrollo de la Administración Pública como el patrimonio del Estado.

La relevancia de esta última afectación debe ser tomada en consideración por el juzgador para los fines de la aplicación del mínimo o máximo de la pena contemplada en la norma penal, pero ello no es determinante, porque deberá sancionará al que se haya apropiado de

dos mil soles o un millón de soles. El perjuicio que genera el peculado es inmensamente mayor y trasciende cualquier contenido patrimonio. Los tipos no protegen específicamente la propiedad de esos bienes (eso queda para los delitos contra la propiedad), sino la seguridad de su afectación a los fines para los cuales han sido creados.

La tendencia moderna de la dogmática penal se orienta en establecer un concepto propio de patrimonio público, que tiene indudablemente un mayor alcance y riqueza de contenido que el del Derecho Civil.

La conceptualización del patrimonio público -como todo concepto- está en permanente revisión y puede comprender a todos los bienes de propiedad pública como privada; esta última, excepcionalmente, ubicada en la condición de disponibilidad jurídica con fines públicos.

¿Cuál es la importancia de determinar qué debe entenderse por patrimonio público cuando, en las diversas modalidades de peculado, se habla básicamente de caudales o efectos (art. 387), maquinarias, vehículos o cualquier otro instrumento de trabajo (art. 398), dinero o bienes (art. 389) y fondos (art. 390)? ¿Hasta qué punto el patrimonio público comprende estos u otros conceptos?

Buena parte de los legisladores latinoamericanos y europeos siguen aún utilizando, en la configuración de los delitos de función pública, y sobre todo en las diversas figuras penales de peculado, vocablos muy antiguos, que ya no responden a las exigencias de la modernidad y que requieren ser revisados y unificados en conceptos unitarios con la suficiente amplitud como para que permitan una protección adecuada del bien jurídico tutelado por la norma penal. Tratándose de los delitos contra el patrimonio del Estado y de los delitos de función pública, donde el patrimonio del Estado resulta afectado como bien jurídico accesorio, se requiere de la utilización de términos depurados e inequívocos.

4.8.2. El concepto de servicio público

La noción de servicio público se caracteriza como una actividad realizada por la Administración y regulada por el Derecho Administrativo.

Rafael Bielsa definía al servicio público como: “toda acción o prestación realizada por la Administración Pública activa, directa o indirectamente, para la satisfacción concreta de necesidades colectivas, y asegurada esa acción o prestación por el poder de policía” .

No toda actividad de la Administración Pública constituye servicio público, sino solo una parte de ella. Por ejemplo, la actividad legislativa ni la actividad jurisdiccional se consideran “servicio público” en sentido estricto.

La actividad estatal solo puede considerarse servicio público en ciertos casos de la actividad de los órganos administrativos, pero no en todos.

Modernamente, muchos servicios públicos están dados en concesiones a favor de entidades privadas, cuyo manejo se rige por la rentabilidad, ganancias y utilidades, sujetas a la oferta y la demanda. Así tenemos el servicio público de la telefonía, la electricidad, el transporte, la salud, la educación, etc.; y los pocos servicios que brinda el Estado se rigen por el régimen de la actividad privada, como, por ejemplo, el servicio de agua potable (Sedapal).

Algunos autores peruanos consideran el servicio público como un concepto más amplio que la función pública, pues el primero comprendería al segundo, existiendo una relación de género a especie. Convenimos que aún se puede hablar restrictivamente de una diferencia de género a especie, pero invertidas. Es decir, que el servicio público subsidiariamente esté comprendido en la función pública y no al revés. Es el caso, del servicio de educación o salud que brindan las entidades del Estado, el cual está comprendido dentro de las funciones públicas; pero no puede decirse lo propio de estos servicios cuando son brindados por entidades privadas.

Gálvez Villegas, por ejemplo, sostiene con relación al servicio público, que “debe entenderse el concepto de servicio público en su sentido amplio, en el mismo que pueda tener cabida inclusive la administración de justicia y todo tipo de función pública, no únicamente el concepto de servicio, entendido como una prestación que presta una determinada entidad o el Estado en general”. Manejar en estos términos extensivos un concepto puede generar situaciones desproporcionadas en cuanto al tratamiento del concepto de funcionario o servidor público.

4.9.- EL TRATAMIENTO DEL PARTICULAR EN LOS DELITOS ESPECIALES CUALIFICADOS POR EL SUJETO ACTIVO SEGÚN EL ACUERDO PLENARIO N° 003-2016/CJ-116

En el marco del X Pleno Jurisdiccional, las salas penales permanente y transitoria de la Corte Suprema suscribieron el Acuerdo Plenario N° 003-2016/CJ-116, que establece criterios vinculantes sobre la participación del extraneus en los delitos especiales propios, tomando como referencia el delito de enriquecimiento ilícito. Los fundamentos 9 y 10 de dicho Acuerdo establecen lo siguiente:

9. (...) en lo que concierne a la participación del extraneus que no ostenta esa obligación especial, en la jurisprudencia nacional se ha detectado la aplicación de dos planteamientos contrapuestos (Cfr. PEÑA CABRERA, Alonso R. “La punibilidad de la participación del extraneus en el delito especial propio: La unidad del título de imputación”. En: Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo 89. Gaceta Jurídica, Lima, 2016, p. 104 y ss.). El primero, que plantea una diferenciación del título de imputación que debe alcanzar al partícipe (teoría de la ruptura del título de imputación), sostiene que cuando en los delitos de infracción de deber especial concurren sujetos intraneus y extraneus ellos deben responder por distintos títulos de imputación. Esto es, el intraneus responderá, como autor de un delito especial; mientras

que el extraneus responderá como partícipe o autor de un delito común (RUEDA MARTIN, María Angeles. “Reflexiones sobre la participación de los extraneus en los delitos contra la Administración Pública”. En: Revista de Derecho Penal y criminología. N° 8. II Epoca. Madrid, 2001, p. 157). De ello se infiere, además, que a los sujetos que no se encuentran obligados positivamente (extraneus) nunca se les podrá imputar la autoría o participación de un delito de infracción de deber especial, sino únicamente la participación o autoría de un delito común, según sea su grado de intervención. Esta posición se ha fundamentado recurriendo a la incomunicabilidad de las circunstancias que regula el artículo 26 del Código Penal, estimando que dicha disposición legal consagraría la exigencia de impedir que la imputación del extraneus se asimile en el tipo penal especial, debiendo reconducírsele hacia un delito común. Asimismo, se ha sostenido que ello se debería a la imposibilidad de trasladar las cualidades personales del intraneus al extraneus. Y que solo el traslado de tales cualidades personales posibilitaría imputar al extraneus la autoría o participación de un delito de infracción de deber especial. Pero, se agrega, el traslado de dichas cualidades personales implicaría violar los principios de legalidad y de responsabilidad por el hecho propio. En consecuencia, lo dogmáticamente correcto sería realizar una imputación diferenciada, la cual, por un lado, no infringiría dichos principios, y, por otro, permitiría imputar a los extraneus solo la autoría o la participación de los delitos comunes (Cfr. Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2628-2006. Procedente de Ucayali del 25 de abril 2008; Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 18-2008. Procedente de Huancavelica del 05 de junio 2008; Casación N° 782-2015. Procedente del Santa del 06 de julio 2016).

10. La segunda posición jurisprudencial, en cambio, propone la unificación del título de imputación que debe alcanzar tanto al autor como al partícipe (unidad del título de imputación). Este planteamiento sostiene que el extraneus si bien es cierto no puede ser autor del delito especial de deber, sí puede ser partícipe de dicho delito, pues si los principios que determinan la autoría y la participación nos dicen que es autor quien tiene el dominio del hecho y partícipe quien solo colabora, no hay ningún impedimento para que los extraneus respondan como partícipes de un delito especial cuando hayan colaborado en su realización conforme a las reglas de la accesoriedad (PÉREZ, 1999).

En tal sentido, el extraneus puede participar en delitos funcionariales y responderá por el mismo injusto realizado por el autor funcional que infringe el deber especial. Sobre todo, porque la participación del extraneus no constituye una categoría autónoma de coejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal (Cfr. Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 375-2004. Procedente de Ucayali, del 11/10/2004). Esto es, no posee una autonomía o configuración delictiva propia aún en aquellos casos donde aquel toma parte directa en la realización de la conducta punible.

Lo rescatable en el análisis de estas teorizaciones se ubica en el fundamento 12 del indicado Acuerdo Plenario. La intervención de un tercero en la realización de un delito especial propio, cualificada por el agente activo, ha sido siempre posible y punible en la legislación nacional. Abordar o dar un tratamiento racional, formulado como teorías en relación a la responsabilidad del extraneus en los delitos especiales, no fue una tarea sencilla. Sin embargo, el problema se superó con la modificación del artículo 25 del Código mediante el Decreto Legislativo N° 1351, del 07/01/2017, según la cual: “El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los

elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurran en él”.

En tal sentido, la norma en cuestión ya establece con claridad la punibilidad de la participación del extraneus en los delitos de función pública. Con ello se resuelve la discusión sobre su punibilidad o no del extraneus.

Tratándose del delito de peculado, la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República, en la Casación N° 102-2016, estableció: “La complicidad en el delito de peculado se da desde la etapa de preparación del hecho hasta antes de la consumación, siendo el cómplice primario (o necesario) aquel que desde dicha etapa aporta al hecho principal, una contribución sin la cual el delito no hubiera sido posible de cometer; estando compuesto por dos elementos, a saber: i) La intensidad objetiva de su aporte al delito, vale decir que sin este el hecho no hubiera podido cometerse, y ii) El momento en que realiza su aporte, el mismo que debe ser anterior a la ejecución y en algunos casos hasta durante la ejecución del mismo, pero en este último caso se debe verificar que no tuvo dominio del hecho, en tal caso respondería como autor”.

La teoría de infracción del deber es la que mejor explica la aplicación adecuada el artículo 26 del Código Penal peruano. En los delitos especiales, donde el agente es funcionario o servidor público, como son la mayor parte de los delitos contra la Administración Pública, se toma como criterio para la determinación o delimitación de la autoría y participación, la teoría de los delitos de infracción de deber, formulada por Claus Roxin.

De manera que, aun cuando son varias las personas que participan en el delito de peculado, el agente, como figura central, lo es aquel que tiene la condición de funcionario o servidor público. Es el único que lesiona el deber especial, dada su condición también especial. En realidad, poco importa el dominio del hecho o la medida de la contribución que se hace

al resultado. Solo el funcionario tiene el deber de cuidado, de usar correctamente los bienes del Estado, el deber de protección, etc. El particular responde por actos tangenciales al tipo porque son contributivos a la configuración del tipo por parte del funcionario o servidor público. En estas condiciones especiales, la teoría de la infracción del deber contribuye con mayor racionabilidad a fundamentar la punibilidad del extraneus y, desde luego, del intraneus. Claro que la sola infracción del deber no es suficiente para sancionar penalmente la conducta de peculado. Es necesario que se produzca una afectación o lesión del bien jurídico de manera relevante, de modo que el hecho amerite la intervención del Derecho Penal.

CAPITULO V

PECULADO DE USO

Artículo 388.- “El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la Administración Pública o que se hallan bajo su guarda, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta y trescientos sesenta y cinco días-multa.

Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados, cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública.

No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo”.

Artículo vigente conforme a la modificación realizada por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1243, publicado en el diario oficial El Peruano el 22/10/2016.

5.1.- CONSIDERACIONES GENERALES

El delito de peculado de uso tuvo muchas reformas. No obstante, aún persiste en la doctrina extranjera versiones encontradas en relación si esta figura penal debe ser reprimida en el ámbito penal o solo basta incorporarlo como infracción administrativa en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador. Por nuestra parte, estimamos necesaria su penalización. Sin embargo, por técnica legislativa, consideramos que debe ser subsumida en los supuestos contemplados en el artículo 387 del Código Penal (peculado por utilización).

No todos los autores coinciden en la represión penal del peculado de

uso. El uso indebido de vehículos, máquinas u otros instrumentos de trabajo pertenecientes a la Administración Pública o que se hallan bajo su guarda para fines ajenos al servicio, se produce con la intención por parte del agente de restituir el bien; por ello “cuando algunos tratadistas excluyen el uso como una conducta tipificadora de peculado, aluden a un fenómeno específico, casi intrascendente en materia jurídica, llamado uso momentáneo, esporádico, no porque confiera al agente tenencia precaria, que es siempre característica de quien administra o custodia bienes, sino un simple acceso material, útil pero fugaz, sin ánimo de apropiación”.

Sin embargo, no cabe duda de que estos comportamientos denotan un carácter lesivo a los intereses públicos que debe reprimirse. Son conductas reprochables muy generalizadas en la Administración Pública, que se tuvo la necesidad de reprimir, por más fugaces que puedan parecer, porque lesionan la Administración Pública, entendida como la regularidad y eficiencia de la función pública que se traduce en su integridad, prestigio y probidad de sus funcionarios, confianza ciudadana en el Estado y sus instituciones, y en el decoro de la Administración Pública.

Todos los vehículos, maquinarias o cualquier instrumento de trabajo pertenecientes a la Administración Pública están destinados al uso del servicio de la función pública y no al uso particular o privado. De manera que el funcionario o servidor público no puede usar o permitir que otro use para fines ajenos al servicio, las máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la Administración Pública, o que se hallan bajo su guarda.

Estos supuestos prohibidos contenidos en la norma penal son aplicables al contratista de una obra pública o a sus empleados, cuando los efectos indicados pertenezcan al Estado o a cualquier dependencia pública.

Ahora bien, el legislador no ha comprendido en la norma penal los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo.

5.2.- LAS CARACTERÍSTICAS DEL TIPO PENAL.

Es una modalidad novedosa de peculado de uso, pero que adolece de imperfección en los conceptos empleados en su redacción. Se caracteriza por ser un delito realizable con dolo directo, pues el agente (funcionario o servidor público, contratista de una obra pública o sus empleados) usa los bienes para fines ajenos al servicio público o permite que otros los usen (sea un particular u otro funcionario o servidor público), con la precisión de que dichos bienes solo pueden ser vehículos, máquinas u otro instrumento de trabajo pertenecientes a la Administración Pública.

La expresión contenida en el tipo penal “para fines ajenos al servicio público” es bastante elocuente y permite una adecuada interpretación y aplicación de la norma penal. Por otro lado, los conceptos de vehículos, maquinarias o cualquier otro instrumento, admiten una interpretación extensiva, pero es evidente que no todo uso indebido de cualquier instrumento merece la intervención del Derecho Penal. Por ejemplo, el uso de una pala o un pico son instrumentos de trabajo, pero de poca relevancia. Distinto es el caso de varios teodolitos (instrumentos costosos). De manera que este aspecto se debe considerar caso por caso, tomando en consideración el principio de lesividad y proporcionalidad. Por otro lado, bien pueden considerarse “efectos” a los vehículos, máquinas o “cualquier otro instrumento de trabajo”, por lo que la norma penal admite una interpretación analógica.

Sin embargo, es conveniente precisar que estos conceptos no son tan claros, en la medida que no se han establecido los parámetros racionales

para establecer lo que debemos entender por “cualquier otro instrumento de trabajo”. Es de considerar que tanto los vehículos, las máquinas y cualquier instrumento de trabajo son “bienes”; del mismo modo que lo son una suma de dinero, ropa, alimentos, títulos valores, acciones, etc.

Consideramos que cuando el legislador equipara efectos a vehículos, maquinarias o instrumentos de trabajo, no está ampliando extensivamente el precepto, sino que lo restringe a instrumentos de trabajo similares a los vehículos y máquinas.

Cuando la norma habla de que los efectos antes mencionados se hallan bajo su guarda, está refiriéndose a los vehículos, máquinas o instrumentos de trabajo que son bienes públicos o de particulares, pero que fueron arrendados por el Estado para fines al servicio público. Por ejemplo, un municipio alquila máquinas o vehículos motorizados para destinarlos a la limpieza pública, manteniendo sobre ellos la tenencia y custodia. Si el agente que tiene la guarda de dichos efectos lo utiliza o permite que otro use los vehículos para llevar materiales de construcción a su casa, incurre en el ilícito penal de peculado de uso.

El verbo rector en esta acción dolosa es “usar”, entendido como disponer temporalmente los efectos para fines ajenos al servicio público, pero con el ánimo de restituir. Por eso, se habla de uso indebido de vehículos, maquinarias o cualquier otro instrumento de trabajo.

Es obvio que todo instrumento debe ser usado en algún fin propio del servicio, especialmente si son bienes públicos, pero no para fines ajenos a él, ni en provecho propio o de terceros. El uso indebido es el uso privado, no autorizado por la ley ni por cualquier otra normativa u orden legítima.

5.3.- ALCANCES DE LA EXPRESIÓN “PARA FINES AJENOS AL SERVICIO.”

El empleo del término “para fines ajenos al servicio” en la descripción típica del artículo 388 del Código Penal hace referencia al uso particular o privado y, por ende, indebido de los bienes (vehículos, maquinarias o cualquier otro instrumento de trabajo) que están destinados al uso del servicio de la función pública. El uso particular o privado no realiza una función pública; por tanto, es ajeno al servicio.

5.4.- DEL COMPORTAMIENTO QUE ADMITE EL TIPO PENAL

La acción se traduce en el comportamiento del agente que usa o permite que otro use para fines ajenos al servicio, los efectos antes mencionados. Se refiere solamente al uso privado o particular.

El agente puede realizar dicho uso indebido directamente, sustrayendo temporalmente los bienes de la tenencia administrativa o manteniéndola y utilizarla en provecho propio o de un tercero. Por ejemplo: el funcionario que utiliza las maquinarias de imprenta para imprimir propaganda política.

El agente (funcionario o servidor público, contratista de obra pública o sus empleados) puede permitir que otras personas usen dichos efectos para fines ajenos al servicio público. Se sanciona como peculado de uso al funcionario o servidor público, contratista de obra pública o sus empleados. El tercero que hace uso de los bienes será sancionado en condición de cómplice primario.

En el tipo básico, el funcionario o servidor público usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la Administración Pública o que se hallan bajo su guarda, para fines ajenos al servicio. Si este tercero es otro funcionario o servidor público, también incurre en el delito de peculado de uso. Si es

un particular, será cómplice primario, siendo ambos sancionados, uno por permitir el uso y el otro por usar los bienes para fines ajenos al servicio público.

Cabe precisar que los efectos deben pertenecer a la Administración Pública o ser de privados, alquilados por el Estado, pero hallarse bajo su guarda, no interesando la razón del cargo. El agente actúa con dolo directo porque sabe que los instrumentos de trabajo deben ser utilizados para fines propios del servicio y no para su beneficio particular.

5.5.- EL SUJETO ACTIVO

El sujeto activo del hecho ilícito es cualquier funcionario o servidor público. También el contratista o sus empleados. El texto del tipo no contempla propósito, intención o finalidad del agente, de manera que basta la demostración del uso ajeno al servicio para juzgar debidamente conformada la acción típica.

Obviamente que debe entenderse que el agente busca satisfacer apetencias propias o de un tercero, con abuso de las funciones atribuidas e incumpliendo su obligación de velar por que primen los intereses de la Administración Pública, en cuyo nombre actúa. Los instrumentos de trabajo, vehículos o máquinas deben permanecer sin interrupción al servicio propio de la Administración y no para fines ajenos a él.

5.6.- EL SUJETO PASIVO

El sujeto pasivo es el Estado. El Estado asegura la condición de disponibilidad mediante la instauración de normas, formalismos y controles del uso correcto de los bienes. El uso ajeno al servicio, por transitorio que sea, no hace a la conducta menos lesiva al interés jurídico amparado por la norma.

5.7.-EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

Es el uso correcto o debido de los efectos indicados en el tipo básico, para fines propio del servicio.

5.8.-LA APLICACIÓN EXTENSIVA DEL PECULADO DE USO

El segundo párrafo del artículo 388 del Código Penal hace extensiva la disposición prohibitiva al contratista de una obra pública o a sus empleados, cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública, incluso, los efectos de carácter privado alquilados por el Estado para fines de servicio público.

Desde luego que asimilar punitivamente el peculado de uso del funcionario o servidor público al que comete el particular contratista o sus empleados, resulta del todo desproporcional, en la medida que el funcionario o servidor público, por su condición de tal, tiene un deber de mayor cuidado. Esta asimilación penológica resulta incongruente, pues los funcionarios o servidores públicos se hallan sujetos a mayores responsabilidades por su investidura, representación y deberes con relación a los bienes del Estado. Además, el contratista y sus empleados no son considerados a los efectos penales, conforme al artículo 425 del Código Penal, funcionarios públicos o servidores.

Pero el artículo en comentario los asimila haciendo punible su conducta y equiparando las penas, con lo cual lleva la sanción punitiva a un nivel que atenta contra el principio de equidad en su aplicación.

Es exagerada y forzada la ampliación del sujeto activo a un particular por razón o naturaleza de las cosas. Sanciones que consideramos inobjectables porque están dirigidas a los funcionarios o servidores públicos, dada su consideración especial, resultan impropias en el caso de los particulares. El legislador peruano, en ese sentido, ha retrocedido a la forma primitiva en que se entendía el peculado cualificado por la

cosa y no por la función.

El peculado es un delito de función por la cualificación del sujeto activo, de manera que la imputación a título de funcionario contra un simple particular a que hace referencia el artículo 388, párrafo segundo, produce importantes consecuencias en materia penal. El funcionario atenta contra el normal y probo desenvolvimiento de la función pública, el particular no; por tanto, no podemos hablar de una idéntica naturaleza de responsabilidad entre el funcionario o servidor público y el particular.

No compartimos la decisión de extender el tipo a los particulares por las consideraciones expuestas; en todo caso, para estas conductas reprochables del particular deben crearse figuras agravadas dentro de los delitos contra el patrimonio en agravio del Estado.

En suma, se tiene que buscar la forma legislativa técnica de proteger los bienes del Estado; recordemos que el bien jurídico tutelado no es el patrimonio, sino la Administración Pública como función.

5.9.- EL SUJETO ACTIVO EN EL PECULADO DE USO POR EXTENSIÓN

El sujeto activo en el peculado de uso por extensión es el contratista de obras públicas o sus empleados. Es el particular que celebra contrato con el Estado o con cualquiera de sus dependencias para la ejecución de una obra.

Debe entenderse que se trata de un contrato especial, que para la ejecución de una obra convenga con el Estado la utilización de vehículos, maquinarias o cualquier otro instrumento de trabajo que pertenezca a dichas instituciones públicas; relación contractual poco frecuente porque, por lo general, es el contratista quien usa sus propios instrumentos de trabajo para la ejecución de las obras.

El Estado y sus dependencias suelen celebrar contratos para la ejecución de obras con particulares, sean estas personas naturales o jurídicas, siendo práctica común que el contratista haga uso de sus propios vehículos, maquinarias o cualquier otro instrumento de trabajo.

Solo en el caso que el Estado contrate la mano de obra es que pone a disposición del particular los efectos antes aludidos, cuyo uso debe darse para la ejecución de la obra materia de la relación contractual.

La incongruencia de la norma en comentario radica en que el contratista o sus empleados no estarían comprendidos en la extensión a que se refiere el artículo 392 del Código Penal, que se refiere a las personas que administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares, los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, así como todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social.

De manera que es legítimo preguntarse por qué el uso de estos efectos por parte de los particulares constituye peculado de uso por extensión y se sanciona como tal; y la apropiación o utilización en la forma a que se refiere el artículo 387, por el contratista o sus empleados, no serían reprimidos por peculado por extensión, siendo estas conductas más graves. En ambos casos bastaba aplicar el artículo 190 del Código Penal (apropiación ilícita), evitándose de esa manera la impunidad por falta de tipo o la incongruencia en la aplicación de la pena.

5.10.- LA EXCEPCIÓN AL TIPO PENAL

El legislador ha incorporado el último párrafo al artículo 388 del Código Penal la siguiente excepción al tipo: “No están comprendidos en este

artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo”.

Esta excepción tiene su antecedente inmediato en la Ley N° 24653, que adicionó el artículo 353-B al CP de 1924. La última parte del artículo 388 del Código Penal es una transcripción literal de la norma acotada. La reforma del tipo a través de la Ley N° 29703 confirma esta tendencia, la cual tuvo su reafirmación con la última modificación efectuada por el Decreto Legislativo N° 1243. No obstante, trajo consigo otro problema de interpretación a resolver, en cuanto a sus alcances y aplicación.

El Tribunal Constitucional en la sentencia de fecha 17/04/2013, recaída en el Exp. N° 04298-2012-PA/TC-Lambayeque (caso Roberto Torres Gonzáles), determinó en sus fundamentos 17 y 18, lo siguiente:

“17. Este Tribunal aprecia que si bien la Sala emplazada ha llevado a cabo una interpretación correcta del sentido de la disposición normativa contenida en el tercer párrafo del artículo 388 del Código Penal, en tanto el ‘uso personal del vehículo’, excluido de tipificación penal, no puede incluir un uso ajeno al funcionario, léase uso ‘familiar’ o ‘amical’ del mismo, dado que la razón de la exención normativa es la facilitación del desenvolvimiento y seguridad del alto funcionario (por lo que se permite un uso más allá de las funciones oficiales), también es cierto que una interpretación excesivamente rígida de esta exclusión puede llevar a desnaturalizar el sentido mismo de la excepción típica. En efecto, si bien el vehículo oficial del alto funcionario no puede ser destinado al ‘uso personal’ del cónyuge, hijos u otros familiares del funcionario o como vehículo que sirva de movilidad permanente a otra persona distinta del funcionario (conducta que debe ser calificada como peculado de uso), tampoco puede considerarse que cualquier uso que se haga del vehículo por una persona distinta del funcionario constituye una conducta típica.

Y es que muchas veces el vehículo oficial del alto funcionario, de modo inevitable, es utilizado por otras personas sin que ello distorsione necesariamente el uso personal' que el funcionario hace de él. Si tenemos en cuenta el círculo de familiares o personal de confianza que desarrollan múltiples actividades conjuntamente con el alto funcionario o por encargo de él, resulta desproporcionado entender que en cada uno de estos casos, característicamente circunstanciales, se tipifica el delito de peculado de uso, máxime si las actividades desarrolladas con los integrantes de la familia nuclear, principalmente, pueden considerarse como parte de las actividades personales del funcionario, de un modo práctico indesligable.

Así, una línea de aplicación rígida de la interpretación restrictiva efectuada por la Sala emplazada, en el sentido que la exención típica 'servicio personal por razón del cargo', se llena de contenido, en exclusividad, con los usos estrictamente individualizados del funcionario, de modo que solo este puede usar dicho vehículo, supondría restringir en extremo el sentido de la exención, y convertida la prerrogativa en una camisa de fuerza que la haría casi impracticable, pues el funcionario estaría siempre cuidándose de que nadie distinto de él se encuentre en el vehículo, ante la amenaza de que un comportamiento distinto configuraría tipicidad por peculado de uso. Una exigencia de razonabilidad en la aplicación de la exención estipulada en el tercer párrafo del artículo 388° del Código Penal se impone, por tanto, de modo que no mantenga a dichos funcionarios en un régimen de persecución desproporcionada ni les abra posibilidades de abuso del referido bien público.

18. En dicho contexto, este Tribunal considera que si bien la interpretación restrictiva que efectuó la Sala emplazada fue correcta en cuanto al sentido de la excepción típica prevista en el tercer párrafo del

artículo 388 del Código Penal, dado que consideró que ‘el uso personal del vehículo’ excluye ‘el uso familiar’ del mismo, existe una motivación insuficiente en cuanto a los términos en los cuales cabe entender que un ‘uso familiar’ del vehículo resulta excesivo y totalmente ajeno a las razones de funcionalidad de la excepción penal en cuestión, dado que, como ya se dijo existe la posibilidad de que en algunos casos dicho ‘uso familiar’ no constituya una acción típica. No ha efectuado, pues, la Sala emplazada un examen de razonabilidad de los términos en los cuales cabe excluir ciertas acciones de la esfera de aplicación de la excepción prevista en el tercer párrafo del artículo 388 del Código Penal o de los términos en los cuales cabe incluir dichas acciones”.

CONCLUSIONES

1. El peculado es un delito especial porque formalmente el artículo 387° del Código Penal restringe la órbita de autoría al funcionario o servidor público que administra, percibe o custodia caudales o efectos por razón de su cargo, pero se trata de un delito de infracción de un deber porque el fundamento de la responsabilidad penal en concepto de autor no radica en el dominio sobre el riesgo típico, sino que reside en el quebrantamiento de un deber asegurado institucionalmente.
2. En la problemática actual existen denuncias contra el de Cutervo por los presuntos delitos de peculado. La denuncia, interpuesta por el ciudadano Eufemio Llamo Delgado, refiere que el alcalde Aníbal Pedraza Aguilar habría sido partícipe de una serie de irregularidades en los procesos de adquisición convocados por el área de Programas Sociales de esta comuna. Tal es el caso del proceso de licitación N° 019-2016. Asimismo fueron sentenciados a ocho años de prisión efectiva fueron condenados Blanca del Pilar Alfaro Vásquez e Idelso Vásquez Hurtado, ex jefes de Tesorería y Abastecimiento de la Municipalidad Distrital de Callayuc (Cutervo), como responsables del delito de peculado doloso por apropiación, en agravio de dicha comuna.
3. Respecto de la configuración típica del delito de peculado, la Corte Suprema, mediante el Acuerdo Plenario 04-2005-CJ-116, estableció lo siguiente: «La norma (del delito de peculado) al describir la acción dolosa utiliza dos supuestos para definir los comportamientos típicos del sujeto activo: apropiar o utilizar, los mismos que deben contener ciertos elementos para su configuración; estos son, en tal virtud, los elementos materiales del tipo penal. Tal como sucedió el Primer Juzgado de Unipersonal Permanente de la provincia de Cutervo, dio lectura de sentencia en el proceso que se le sigue al ex alcalde de la misma provincia, Raúl Pinedo Vásquez (2011 - 2014), condenándolo a seis años de prisión por el delito de Peculado Doloso; y para los

exfuncionarios ediles César Augusto Ruíz Rodríguez y José Mereció Guevara Pérez, todos investigados por el delito de peculado doloso en agravio de la Municipalidad Provincial de Cutervo, además deberán por concepto de reparación civil unos 29 mil soles.

4. Que, otra de las falencias identificadas en el ámbito institucional, por la cual la mayoría de procesos penales termina absolviendo a los denunciados por corrupción; es que además existe corrupción a la interna de los entes involucrados en el proceso de investigación y juzgamiento; lo que sin duda alguna limita el desarrollo de una idónea investigación y la interposición de una sentencia ejemplar; viéndose reflejado en que de todos los funcionarios que fueron denunciados por corrupción durante los años 2009 a 2016, solo 648 fueron condenados y el 92% está con libertad condicional.

RECOMENDACIONES

1. Que, en referencia al ámbito de represión y sanción es necesaria una intervención drástica de la Procuraduría como ente defensor del Estado en la Municipalidad de Cutervo, debido al grado delictivo que existe por parte de funcionarios de dicha Municipalidad.
2. Se debe tener en cuenta que la conducta del funcionario peculador constituye una apropiación. Él no sustrae los bienes, ellos ya están en su poder de disposición en función del cargo que desempeñan. Entonces se recomienda a las autoridades de la Municipalidad de Cutervo, administra los bienes aplicándolos a la función pública para el que están destinados, evitando que dispongan de ellos como si formaran parte de su propio y exclusivo patrimonio.
3. Que, en referencia a la dimensión preventiva del delito de corrupción que consideramos absolutamente necesaria trabajar con prioridad; como recomendación principal se sugiere que: la Contraloría de la República, el Ministerio Público, el Poder Judicial, el Gobierno local de la Municipalidad de Cutervo; apuesten por una reforma aplicativa, conozca nuestra propuesta final (el modelo integrado para disminuir los índices de corrupción en la provincia de Cutervo) y la establezca como política dentro de su plan estratégico anual.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALVARES, H. (2006). El delito de Peculado. *Gaceta Jurídica*, 261.
2. ALVAREZ, M. (1997). *Código Penal antecedentes concordancias notas jurisprudencia*. Lima: p 132.
3. ANACLETO GUERRERO., V. (2008). *“Guía de procedimientos administrativos y proceso contencioso administrativo”*. . Lima: Cuarta edición. Pág. 40. Editorial Grijley.
4. BENDEZU NEYRA, G. (2005). *Ley de Bases de la carrera Administrativa. Anotado y Sumillado*. . Lima: Editorial El Carmen. Pág.39.
5. CABANELLAS DE TORRES, G. (1980.). *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta SRL. Buenos Aires. : Pag.283.
6. CABANELLAS, G. (2008). *"Funcionarios y Servidores bPúblicos"*. Buenos Aires: Op. Cit.pag.138.
7. CARDA OVIEDO , C. (2013). *Derecho Administrativo*. Lima: Tomo I. pp3.
8. CERVANTES ANAYA, D. (2013). *"Manual de derecho administrativo"*. Lima: Rodhas. p. 23.
9. HUAPAYA TAPIA, R. (2013). *"Tratado del proceso contencioso administrativo"*. Lima: p. 109.
10. JAKOBS, G. (1997). *Derecho Penal Parte General*. Madrid: Ediciones Jurídicas.
11. MOLINA ARRUBLA, C. (2013). *"Delitos contra la Administración pública"*,. Lima: CIT., P. 17.
12. PÉREZ, M. (1999). *Autoría y participación imprudente en el Código Penal de 1995*. . Madrid: Civitas, Madrid, 1999, p. 22 y ss.).

13. POLAINO NAVARRETE. (2013). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: p. 276.
14. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE, S. (2001). *“El consentimiento del ofendido en los delitos contra la Administración pública (sobre el bien jurídico protegido en los delitos ‘del cargo’)”*. Lima: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC).
15. ZEGARRA GUZMAN, O. (2003). *Comentarios a la Ley del Procedimiento General Administrativo. Análisis de la Ley 27444*. Lima: Editorial Praxis. Págs.337,338.