



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO**

**XVI Curso de Actualización Profesional para Obtener el Título de  
Abogado**

**MONOGRAFÍA**

**Relevancia de la cuantía en el delito de peculado**

**PRESENTADA POR:**

**Yessenia Elizabeth Chávez Llanos**

**Cajamarca, Perú, setiembre de 2018**

*Dedico este trabajo a Dios, a mis padres, a mi hermano, a mi sobrina Emy Luhana y a mi abuelita Rumalda. A Dios porque está conmigo a cada paso que doy, cuidándome y dándome fortaleza para continuar, a mis padres quienes a lo largo de mi vida velan por mi bienestar y educación, a mi hermano por ser el pilar en este trayecto de mi formación académica, a mi sobrina por ser mi impulso, al regalarme una sonrisa día a día y a la vez escuchar su “te amo” a diario, y a mi abuelita porque sé que día a día lucha por aferrarse a la vida en estos momentos, con todo ese coraje que le caracteriza.*

*Agradezco en primer lugar a Dios por haberme guiado por el camino de la felicidad y la formación con principios en mi familia, siempre guiados de su palabra y amor; en segundo lugar a mi madre Lucía por ser mi sustento en mis caídas y en mis vuelos, a mi padre Félix que por él aprendí a ser fuerte en todo lo que se me presente en la vida, así también a mi súper héroe Dennis, mi hermano, que a pesar de todo ha estado conmigo siempre y por regalarme lo más hermoso que es mi sobrina, que con cada ocurrencia solo me inspira a salir adelante.*

**ABREVIATURAS**

art.	: Artículo
arts.	: Artículos
adm.	: Administración
RAE	: Real Academia Española
AP	: Acuerdo Plenario
BJ	: Bien Jurídico
CP	: Código Penal
CPP	: Código Procesal Penal
DP	: Derecho Penal
DA	: Derecho Administrativo

## ÍNDICE

Portada .....	i
Dedicatoria.....	ii
Agradecimiento .....	iii
Abreviaturas.....	iv
Índice .....	v
INTRODUCCIÓN .....	08
CAPÍTULO I. ASPECTOS METODOLÓGICOS .....	09
1.1. Descripción del tema.....	09
1.2. Justificación .....	10
1.3. Objetivos .....	11
1.3.1. Objetivo general.....	11
1.3.2. Objetivos específicos .....	11
1.4. Metodología .....	12
CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO.....	13
2.1. Antecedentes del problema.....	13
2.1.1. Proyecto de Ley 4187/2010-PJ .....	13
2.2. Bases teóricas.....	16
2.2.1. Tipicidad objetiva del delito de peculado .....	17
A. Sujetos.....	17
B. Elementos de acción.....	18
C. El bien jurídico tutelado.....	19
2.2.2. Tipicidad subjetiva del delito de peculado .....	20
2.2.3. Tipo agravado del delito de peculado.....	21
A. Por el valor del objeto del delito .....	21
B. Por la finalidad del objeto del delito .....	21
2.2.4. El peculado como delito especial y de infracción de deber .....	22
2.2.5. Importancia de la punibilidad en la configuración del delito.....	24
A. Condiciones objetivas de punibilidad .....	25
2.2.6. Principios básicos del Derecho Penal .....	27
A. Principio de lesividad .....	27
B. Principio de intervención mínima.....	28
C. Principio de subsidiariedad .....	28

D. Principio de proporcionalidad .....	29
2.3. Definición de términos básicos .....	32
2.3.1. Sistema jurídico .....	32
2.3.2. Derecho Penal .....	32
2.3.3. Principios del Derecho Penal .....	32
2.3.4. <i>Última ratio</i> .....	32
2.3.5. Bien Jurídico penal .....	33
2.3.6. Peculado.....	33
2.3.7. Administración Pública.....	34
2.3.8. Funcionario Público .....	34
2.3.9. Servidor Público.....	35
2.3.10. Cuantía .....	35
CAPÍTULO III. DISCUSIÓN Y ANÁLISIS DE RESULTADOS .....	36
3.1. Formas de materialización del delito de peculado .....	36
3.2. Importancia del perjuicio patrimonial en el peculado .....	39
3.3. Relevancia de la cuantía en la configuración del peculado .....	40
3.4. Criterios jurídicos para establecer la cuantía mínima en el delito de peculado .....	43
CONCLUSIONES .....	45
RECOMENDACIONES .....	47
LISTA DE REFERENCIAS.....	48
ANEXOS.....	50

## **RELEVANCIA DE LA CUANTÍA EN EL DELITO DE PECULADO**

## INTRODUCCION

Siendo que, tanto como la administración y la gestión de los recursos públicos recaen en los funcionarios o servidores del Estado. Estos deben estar al servicio de la sociedad; y actuar guiados por el interés común. Pero la realidad contemporánea y el triste ejemplo de regímenes corruptos, que durante nuestra historia antigua y reciente nos han aquejado como cáncer que destroza las entrañas de nuestro sistema social; han determinado que nuestros legisladores se vean obligados a mostrar una preocupación constante para proteger la función Estatal.

Es por ello que, el Estado busca proveer de una Administración Pública, tanto leal como eficiente, que sirva al ciudadano y no se sirva éste de él; por lo tanto, debe afianzar y proteger su correcto desempeño. Siendo así, se abren dos frentes de combate; uno que es el Derecho Administrativo Sancionador y otro más grave y subsidiario viene a ser lo que le corresponde al Derecho Penal. Siguiendo esta línea de ideas, el Estado tiene sus propios entes controladores, que se han dotado de una serie de procedimientos internos de control para proteger la Administración Pública o los intereses del Estado, del mal comportamiento de sus agentes que infringen la normatividad interna de cada Institución Pública.

Por ello, el Derecho Penal como medio de control conminatorio y represivo es un medio fragmentario de actuación, es decir, significa un último recurso aplicable cuando la gravedad del hecho resulta intolerable e importe un acto doloso. Sin embargo, vale hacerse la pregunta: ¿El Derecho Penal protege realmente los intereses de la administración pública?, más aún si se advierte que esta rama del Derecho actúa cuando ya se ha cometido el delito, es decir, cuando la lesión al bien jurídico ha sido ya producida, entonces surge la interrogante: ¿La norma penal está protegiendo eficaz y eficientemente los intereses estatales?

Y sobre la base de que, en el mundo del Derecho, existen temas tan polémicos que merecen una dedicación exclusiva por parte de los juristas, doctrinarios y toda la comunidad jurídica en general, para tratar de buscar una solución práctica a la problemática que, muchas veces, se da en la interpretación y aplicación de determinadas instituciones o teorías al campo del Derecho. Es que nos embarcaremos en el estudio de la *praxis* del delito de peculado, centrandolo principalmente el enfoque en la importancia de la cuantía mínima del bien o caudal defraudado de éste referido delito.

## CAPITULO I

### ASPECTOS METODOLÓGICOS

#### 1.1. DESCRIPCION DEL TEMA

Partiremos de la idea básica, de que los recursos públicos permiten al Estado alcanzar sus fines constitucionales, que no son otros que, permitir el libre desarrollo de la persona en la sociedad, a través del ejercicio de una serie de Derechos Fundamentales, como por ejemplo educación, salud o seguridad.

Es por ello que, la administración y gestión de los recursos públicos, genera que recaiga en los funcionarios o servidores del Estado, una responsabilidad de actuación proba, acorde a ley; más aun teniendo en cuenta la naturaleza e importancia que tienen los bienes y/o caudales del Estado.

Pero desafortunadamente, en nuestro país en la última década, los índices de comisión de delitos contra la Administración Pública se han incrementado notoriamente<sup>1</sup>. Pues, ya no es ajeno ver casi a diario en los medios de comunicación, funcionarios o servidores públicos, siendo detenidos o investigados por delitos contra la Administración Pública, como el peculado entre otros.

Y es la misma presión mediática aunado a otros factores que han generado, la modificación del sistema jurídico; sobre todo en el ámbito penal, con la severidad e incrementación de las consecuencias jurídicas en los delitos contra la Administración Pública; buscando el legislador con ello, que disminuya la desconfianza de la sociedad en las entidades del Estado.

Pero este actuar desesperado del legislador, se hace nocivo para nuestro Derecho Penal. Puesto que, el legislador se olvida que el derecho es un todo sistémico que tiene subsistemas (penal, civil, constitucional, entre otros), y que estos últimos no son aislados, sino que se relacionan y/o complementan de una u otra manera. Entonces, no se puede esperar variar una parte del Derecho, sin afectar a Derecho Penal y al todo sistémico llamado Derecho.

---

<sup>1</sup> Ver el anexo 01 del presente trabajo monográfico, donde se puede ver de manera muy clara y visual, el incremento de los referidos índices de corrupción.

Es por ende que el incremento o variación de las consecuencias jurídicas en el Derecho Penal, debe realizarse en estricta observancia de los principios constitucionales y los Derechos Fundamentales de la persona. Y además los propios principios que inspiran al Derecho Penal, como proporcionalidad, razonabilidad, lesividad, entre otros.

Razón por la cual, teniendo en cuenta que el Derecho Penal, por su naturaleza coercitivo es de *última ratio*; se deben establecer criterios normativos o filtros jurídicos en algunos delitos, para lograr efectivamente la intervención en *última ratio* del Derecho Penal. Tal es el caso del delito de peculado, se castiga el actuar reprochable y desleal del funcionario o servidor público, pero también se debe analizar el *quantum* patrimonial del bien o caudal público afectado. Porque existen otras ramas del Derecho que pueden intervenir antes que el Derecho Penal cuando dicho *quantum* es ínfimo o exiguo.

Además, tengamos en cuenta que desplegar el Sistema Jurídico Penal, genera un costo, no solo económico; sino uno más amplio que genera desplegar el Sistema Jurídico penal, que el *quantum* del bien o caudal público afectado en el delito de peculado. Estaríamos llegando al aforismo grecoromano, que la cura es peor que la enfermedad.

Entonces sobre la base de todo lo dicho líneas arriba, es necesario establecer por así decirlo, un filtro jurídico normativo dentro del delito de peculado. El cual sería desde el elemento de la punibilidad de la teoría del delito.

Específicamente hablando, no es otra cosa que establecer una condición objetiva de punibilidad dentro del delito de peculado, usando la cuantía o valor patrimonial, del bien o caudal afectado dentro de dicho delito. Para que nuestro Derecho Penal efectivamente sea de *última ratio* y se materialicen sus principios que lo inspiran.

## 1.2. JUSTIFICACION

En consecuencia, los referido *ex ante*, nos lleva a que, con el presente trabajo monográfico, se busque un criterio, basados en los principios reguladores del Derecho Penal tal como el principio de lesividad, al momento de activar el Sistema Penal; siendo que para éste debería ser relevantes aquellos

comportamientos sumamente reprochables y no pasibles de estabilización mediante otro medio de control social menos estricto y gravoso.

Siguiendo esa línea de ideas, considerando al principio de intervención mínima (que debe utilizarse solamente cuando no haya más remedio, es decir, tras el fracaso de cualquier otro modo de protección obliga a acudir al máximo el recurso al Derecho Penal); buscar una condición objetiva punibilidad en base a la cuantía, para que el Delito de Peculado sea considerado como tal, ya que de lo contrario dicha conducta deberá ser conocida y sancionada por el Derecho Administrativo.

Y con ello se contribuiría a que nuestro Derecho Penal, pueda ser de *ultima ratio*, y que los principios tanto del Derecho Penal como del Derecho Constitucional, y los Derecho Fundamentales de la persona, se materialicen en favor de los justiciables, y no se queden en la demagogia del positivismo de nuestro Estado Constitucional de Derecho.

Por ende, encontramos, que lo antes mencionado es razón más que suficiente para seguir adelante con la realización del este trabajo, y por llegar a la conclusión y demostración de los siguientes objetivos:

### **1.3. OBJETIVOS**

#### **1.3.1. Objetivo general**

Desarrollar una condición objetiva de punibilidad respecto a la cuantía dentro del delito de peculado.

#### **1.3.2. Objetivos específicos**

- A. Analizar las consecuencias jurídicas de la falta de una cuantía mínima dentro del delito de peculado.
- B. Desarrollar la importancia de establecer una cuantía mínima dentro del delito de peculado en base a los principios del Derecho Penal.
- C. Esbozar criterios jurídicos para poder establecer la cuantía mínima dentro del delito de peculado.

#### 1.4. METODOLOGÍA

El presente trabajo monográfico se usará el método deductivo; porque se estudiará en qué consiste, y las diversas formas cómo se aplica el poder coercitivo del Derecho Penal en el delito de peculado. Para así poder deducir cuales son las consecuencias que está originando específicamente la no existencia de una valoración del *quantum* del desmedro patrimonial, con la observancia práctica de los principios limitadores del Derecho Penal al momento de conocer y sancionar el delito en mención.

Así mismo, es una investigación de naturaleza dogmática-jurídica. Es dogmática porque se contribuye a la doctrina penal, al desarrollar las consecuencias negativas que genera que no exista una condición objetiva de punibilidad teniendo en cuenta la cuantía dentro del delito de peculado. Y es jurídica porque se pretende lograr que se establezca una condición objetiva de punibilidad dentro del delito de peculado, para generar un filtro por así decirlo, para que el Derecho Penal (que es de *última ratio*) se avoque al conocimiento de las conductas más relevantes. Y con ello el ordenamiento jurídico penal pueda lograr tener en lo posible una proporcionalidad punitiva y sancionadora en base a los bienes jurídicos que protege.

## CAPITULO II

### MARCO TEÓRICO

#### 2.1. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

Como punto de partida para la realización de este trabajo monográfico, es necesario revisar los antecedentes académicos y normativos que existen respecto a la problemática que abordaremos en esta investigación.

##### 2.1.1. Proyecto de Ley 4187/2010-PJ

La reforma que proponía este proyecto se centra en introducir el referente patrimonial de valoración en los delitos de peculado doloso y culposo, esto es, cuando lo apropiado o utilizado sobrepase dos UITs (peculado doloso) y dos RMV (peculado culposo). La reforma apunta igualmente a introducir el peculado por omisión (consentir el funcionario o servidor público que un tercero se apropie de bienes del Estado)

Las implicancias de la primera reforma dejan al ámbito administrativo las apropiaciones o utilización de bienes públicos que sean inferiores a dichos referentes patrimoniales (Salinas Siccha, 2016. pag.135).

Pues la se proponía la siguiente redacción de tipo penal de peculado:

Art. 387. Peculado doloso y culposo: El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza en cualquier forma, o consiente que un tercero, se apropie o utilice caudales o efectos públicos, cuya percepción, administración o custodia, le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa no menor de cuatro ni mayor de ocho años.

Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez Unidades Impositivas Tributarias, será reprimido con PPL no menor de ocho ni mayor de doce años.

Si los caudales o efectos, independientemente de su valor, estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social, la PPL será no menor de ocho ni mayor de doce años.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectuó por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con PPL no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas.

Si los caudales o efectos, independientemente de su valor; estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de desarrollo o apoyo social, la PPL será no menor de tres ni mayor de cinco años.

Pero, como es de público conocimiento, este proyecto presentado el 3 de agosto de 2010, bajo la Presidencia del Doctor Javier Villa Stein, que fue aprobado por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República, buscó, en gran medida, incorporar los aportes del Derecho Comparado al respecto, así como acentuar y unificar la línea jurisprudencial de los últimos años, razones por las que se propuso no sólo la modificación del contenido de determinados tipos legales en materia de corrupción, sino que además se postuló la inclusión de otros y el respectivo reordenamiento punitivo de algunos más (Salinas Siccha, 2016. pag.137).

Sin embargo, la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República elaboró y posteriormente aprobó el 13 de abril de 2011 un texto sustitutorio al Proyecto de Ley original presentado por el Poder Judicial, en el que no se consideraron varios cambios normativos planteados. Dentro de estas iniciativas que se establecieron desde el Poder Judicial, se propuso que el delito de colusión contemplado en el art. 384° del CP, se configure como delito de peligro abstracto, con amplia injerencia punitiva que comprenda cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes o servicios, y no, como se ha configurado bajo la Ley N° 29703, como un delito de resultado, donde se establece para su configuración la defraudación patrimonial al Estado.

Asimismo, y en atención al art. 16 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, se planteó incorporar como un nuevo tipo legal a

nuestro ordenamiento penal nacional el delito de Soborno Internacional Activo, así como el incremento de la pena al delito de abuso de autoridad.

Estas propuestas no fueron recogidas en su oportunidad y en el modo estipulado por el Supremo Tribunal por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos y por el Pleno del Congreso de la República, pese incluso a las dos comunicaciones remitidas por la Corte Suprema durante el proceso de debate al interior de la citada Comisión (Salinas Siccha, 2016. pag.139).

Junto a estos cambios, se sugirió además que se corrija la reiteración técnica que existe en los tipos legales tanto de tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito, mediante la no configuración de la pena de inhabilitación en el tipo legal, por cuanto dicha pena ya se encuentra tipificada para estos delitos en el art. 426 del CP. Ello bajo ningún contexto significa la eliminación de la sanción de inhabilitación para los delitos cometidos tanto por los funcionarios públicos como para los delitos contra la administración pública.

No obstante, lo expuesto, y pese a algunas imprecisiones técnicas y deficiencias político-criminales, la Ley 29703 introduce aspectos positivos que es de rigor valor. Por lo demás, la Corte Suprema de Justicia de la República, en tanto autora de la iniciativa originaria, analizará con mayor detalle la ley en cuestión y, oportunamente, propondrá, de ser el caso, las reformas que correspondan (Salinas Siccha, 2016. pag.140).

En consecuencia, esto nos permite ver que los operadores del derecho, es decir, el Poder Judicial; quienes lidian con la praxis de avocarse a conocer y sentenciar hechos en materia de delitos contra la Administración Pública; en virtud a los diversos inconvenientes que se les presentan en el día a día, propusieron una modificación a varios delitos contra la Administración Pública, dentro de ellos el peculado, donde se buscaba establecer una cuantía mínima para el mismo.

Entonces, con mucha más razón es momento de analizar y esbozar argumentos para que se concrete esta propuesta; porque es necesario que le restauremos la naturaleza de última ratio a nuestro Derecho Penal Peruano. Y estos argumentos serán desarrollados teniendo en cuenta la observancia a las bases teóricas doctrinarias que a continuación pasaremos a estudiar.

## **2.2. BASES TEÓRICAS**

Luego de haber estudiado de manera más breve y sucinta posible los antecedentes de la problemática materia de este trabajo monográfico, es necesario sentar las bases doctrinarias a tener en cuenta y a utilizar para la discusión y análisis de la problemática, encaminándonos al hallazgo de un resultado más idóneo posible. Y para complementar este acápite, luego desarrollaremos un glosario de los más relevantes términos jurídicos usados, con su respectiva conceptualización.

Iniciaremos recurriendo al Código Penal peruano, donde el delito de peculado está regulado en los siguientes términos:

Art. 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 y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran

destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa.

Luego, continuaremos revisando de manera ágil, el análisis dogmático del tipo del delito de peculado, para poder ubicarnos, y conocer los elementos del tipo y como se materializan para que se configure este referido ilícito penal.

### **2.2.1. Tipicidad objetiva del delito de peculado**

#### **A. Sujetos**

Solo por así decirlo las partes involucradas en la materialización de este delito.

##### **a. Activo**

Según Salinas Siccha (2014), el agente además de contar con la condición de ser funcionarios o servidor público, se exige que cuente también con una relación funcional ineludible con los efectos o caudales del Estado objeto del delito.

Es decir, el peculado ya sea doloso o culposo solo puede ser autor o sujeto activo, el funcionario o servidor público que reúne en su persona la relación funcional exigida por el tipo penal, o sea quien desarrolla al interior de la Administración Pública un cargo y tiene bajo su poder o ámbito, la vigilancia en percepción, custodia o administración de los caudales o efectos de dicha administración, de los que se apropia o utiliza para sí o para otro (pag. 236).

##### **b. Pasivo**

Solo puede ser el Estado, éste viene a ser el representante o titular de la Administración Pública en diferentes manifestaciones, no se puede considerar como sujeto pasivo del dicho delito a los particulares, pues este ilícito solo puede ser cometido por funcionario o servidor público en perjuicio del Estado o entidad dependiente de éste (Salinas Siccha, 2014, pag. 238).

## B. Elementos de la acción

Según el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116, para constituir el delito de peculado deben existir los siguientes elementos:

### a. Competencia funcional

Siendo su característica de tipo especial, el peculado reclama la participación como sujeto activo, de un funcionario o servidor público, con competencia funcional específica.

Teniendo en cuenta que, se entiende por competencia funcional, el poder de vigilancia y control sobre la cosa<sup>2</sup> como mero componente típico, esto viene a ser la competencia del cargo, confianza con el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos del Estado (Yapuchura Mamani, 2018, pag. 22).

Por ello, para que se configure el delito, el agente (en este caso funcionario o servidor público) deberá apropiarse o utilizar, en cualquiera forma, para sí o para otro caudales o efectos, cuya percepción<sup>3</sup>, administración o custodia<sup>4</sup> le estén confiados por razón de su cargo.

### b. Apropiación o utilización

Entiéndase por apropiación, el hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocarse en situación de disponer del mismo.

A diferencia del anterior, la utilización hace referencia, a aprovecharse de las bondades que permite el bien, sin tener el

---

<sup>2</sup> Entiéndase que estamos haciendo referencia a los los caudales o efectos del Estado.

<sup>3</sup> La percepción es la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita

<sup>4</sup> La custodia viene a ser la posesión que implica asimismo la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor público de los caudales y efectos públicos.

propósito final de apoderarse de éste (Yapuchura Mamani, 2018, pag. 25).

c. El destinatario

Como lo establece la redacción del tipo, el sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose para sí mismo de los caudales o efectos del Estado, pero también puede cometer el delito a favor de terceros (Yapuchura Mamani, 2018, pag. 26).

d. Caudales o efectos

Los caudales vienen hacer en general de contenido económico, es decir el dinero de la Administración Pública. Mientras que, los efectos son todos los objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables (Yapuchura Mamani, 2018, pag. 28).

Sin embargo, el delito de peculado también advierte una modalidad como delito culposo y esta modalidad tiene además de los ya mencionados, el siguiente elemento:

e. La sustracción

Que no es otra cosa que el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la Administración Pública, por parte de un tercero, que se aprovecha del estado de culpa incurrido ya sea por el funcionario o servidor público (Yapuchura Mamani, 2018, pag. 32).

### **C. El bien jurídico tutelado**

Para la doctrina, el bien jurídico protegido general es el recto desarrollo o desenvolvimiento de la Administración Pública.

En cuanto al bien jurídico específico o particular existe un diverso debate doctrinario sobre éste. Pues se ha logrado identificar tres posiciones; la primera que considera que se protege al patrimonio del

Estado, la segunda sostiene que se protege el regular ejercicio de las funciones del funcionario o servidor público, y la última<sup>5</sup>, que sostiene que el delito de peculado es pluriofensivo, toda vez que busca garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y evitar el abuso de poder del que se encuentra facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad, a los que estos están obligados (Vizcardo, 2016, pag. 250).

Así mismo, el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116, señala que el delito de peculado, es un delito pluriofensivo en el cual el bien jurídico se desdobra en dos: 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.

Deduciendo en consecuencia, que el delito de peculado es pluriofensivo (protege el patrimonio del Estado y garantiza el cumplimiento del deber de los funcionarios o servidores públicos). Puesto que así lo sustenta la doctrina y la jurisprudencia de observancia obligatoria.

### **2.2.2. Tipicidad subjetiva del delito de peculado**

En la doctrina peruana no se inserta la exigencia de alguna condición subjetiva adicional al dolo, y aunque el ánimo de lucro parece estar presente en los actos de apropiación o uso propios del peculado, pero no constituye estructuralmente un elemento típico.

Se entiende entonces que, el peculado en su modalidad dolosa requiere o exige que el funcionario o servidor público actúe con conocimiento que tiene el deber de lealtad y probidad de percibir, administrar o custodiar adecuadamente los caudales o efectos públicos confiados a su cargo;

---

<sup>5</sup> Postura de la cual somos partidarios, porque consideramos que para nuestro sistema jurídico penal garantista, una tendencia así es la más idónea.

no obstante, voluntariamente se los apropie o utilice, causando perjuicio en la Administración Pública (Vizcardo, 2016, pag. 253).

Por otro lado, Abanto Vásquez (como se citó en Hugo Vizcardo, 2016, pag. 254), señala que el dolo consiste en el conocimiento del carácter del bien público y de la relación funcional, así como la intención de apropiarse o de dar uso privado a los bienes. Señala, además, que, para el delito de peculado, aparte del dolo en el agente, es necesaria la concurrencia de un elemento subjetivo adicional que es el ánimo de lucro, y si este no se verifica en el agente, el delito de peculado se descarta.

### **2.2.3. Tipo agravado del delito de peculado**

#### **A. Por el valor del objeto del delito**

Esto se configura cuando el valor de lo apropiado o utilizado por el agente público sobrepasa las diez unidades impositivas tributarias; haciendo un hincapié al principio de lesividad que justifica, que, a mayor afectación patrimonial a los recursos del Estado, mayor sea la sanción punitiva que se imponga a los agentes públicos que violentando sus deberes funcionales cometen este tipo de conductas (Salinas Siccha, 2014, pags. 344 - 345).

#### **B. Por la finalidad del objeto del delito**

Entiéndase que se configurará cuando el agente se apropie o utilice bienes públicos destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o ayuda social. Aquí se tiene en cuenta sobre todo el daño ocasionado a los beneficiarios de dichos programas. Se debe comprender que no se ve desde una perspectiva general sino desde una postura específica; así lo deja establecido la Suprema Corte en la Ejecutoria Suprema del 19 de mayo de 2004, la cual señala que los caudales o efectos destinados a fines asistenciales son los que emergen a campañas específicas de ayuda o auxilio destinadas a cubrir urgencias coyunturales de la población necesitada (Salinas Siccha, 2014, pag. 347).

#### 2.2.4. El peculado como delito especial y de infracción de deber

El delito de peculado, como ya lo referíamos anteriormente, constituye un delito especial y de infracción de deber vinculado a instituciones positivizadas. Es un delito especial porque formalmente restringe la órbita de la autoría a sujetos cualificados, pero se trata de un delito de infracción de 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 y que afecta sólo al titular de un determinado *status* o rol especial. (Caro John, 2003, pag. 68)

Se afirma que en cuanto a esta clase de delito no tiene importancia la cualidad externa de la conducta del autor, debido a que la sanción se impone sobre una persona que infringe las exigencias que tiene, que se derivan del papel o del rol social que desempeña. De esta manera, no es el dominio del hecho el criterio para definir quién es autor, sino que es la infracción de un deber extrapenal que está lógicamente preordenado a la ley, ya que procede de otros ámbitos jurídicos

En virtud de que la sanción prevista en el tipo se funda en la inobservancia de un deber especial, poco importa que la infracción sea por acción o por omisión. Por ello puede sostenerse en general que funcionario o servidor público es quien ocupa un *status* especial y tiene un deber de garante para con la sociedad y el Estado, de suerte que debe de evitar la lesión de los intereses de la Administración Pública.

Siguiendo a Jakobs (como se citó en Caro John, 2003, pag. 71) refiere que la autoría por este delito, se funda en la infracción de un deber vinculado a instituciones positivas las que derivan de su condición de funcionario público con vínculo funcional con los caudales o efectos públicos frente a la Administración Pública. Por ello, aquí el deber se dirige al obligado especial, no para que simplemente no dañe, sino para que fomente y mantenga seguros los bienes situados bajo su esfera jurídica frente a las amenazas ajenas de peligro o de lesión. Es decir, en este delito entre el funcionario y los caudales situados en su esfera

jurídica existe una relación de corte institucional que lo sujeta a un mundo común donde actúa como portador del deber positivo de administrar y custodiar los caudales o efectos del Estado.

En esa perspectiva, en los delitos de infracción de deber, la idea del dominio del hecho no rige como criterio para determinar la conducta típica de autoría, sino, en esencia, el quebrantamiento del deber extrapenal. El fundamento material de la limitación de la autoría en los delitos especiales, como el peculado, se basa en el ejercicio de una función específica, que determina una estrecha y peculiar relación entre el sujeto competente para su ejercicio y en los bienes jurídicos involucrados en el ejercicio de aquella función, y que Garcia Martín la ha llamado relación de dominio social (Garcia Martín, 1986, pag. 354).

Según el profesor Garcia Martín (1986), el dominio social es definido como la posibilidad normativa de ejercicio de dominio del hecho y constituye un criterio rector de interpretación. Su concreción se da a través de los siguientes criterios normativos: a) el dominio social como accesibilidad al bien jurídico; en los delitos contra la Administración Pública, los bienes jurídicos que se protegen no se hallan en un espacio social accesible a todos, sino que desempeñan una concreta y específica función social dentro de unas estructuras sociales o institucionales cerradas a la que no tienen acceso legítimo todos los individuos; b) la implicación del bien jurídico en el ejercicio de una función social derivada de un *status* personal; es decir, cuando el sujeto ejercita una función determinada en el ámbito de sus competencias ostenta el dominio social, y en consecuencia controla también la estructura social o institucional en la que se encuentra el bien jurídico por lo que tiene la posibilidad de llevar a cabo aquellas acciones adecuadas para lesionarlo o ponerlas en peligro de un modo típico; y c) las características de la acción típica de dominio social; la lesión penalmente relevante al bien jurídico sólo puede tener lugar mediante acciones realizadas en el curso del ejercicio de la función, la cualidad específica de la acción típica es esencial al ejercicio de la función, cuyo monopolio ostentan sólo una determinada clase de sujetos (pags. 355 - 357).

Por ello, sólo quien sea funcionario o servidor público y tenga, además, la vinculación funcional por razón del cargo con los fondos o efectos públicos deberá de estar en la posibilidad real o potencial de vulnerar los deberes funcionariales para efectos de imputarle la autoría por el delito de peculado.

### **2.2.5. Importancia de la punibilidad en la configuración del delito**

La punibilidad, según sus defensores, tiene su razón de existir porque el injusto y la culpabilidad jurídico-penalmente captable no justifican por sí solos la pena; en todos los casos debe asegurarse además la necesidad práctica de hacer uso de la misma para la protección del orden social.

Esta circunstancia hace suponer que, más allá de la culpabilidad, es posible situar aún una serie de elementos cuya función es, precisamente, dar contenido a un juicio sobre la necesidad del castigo.

Esta categoría cuya función es agrupar todos aquellos elementos que no dependen del injusto culpable, encontraría su asiento sistemático entre el juicio de culpabilidad y los presupuestos procesales por medio de los cuales se valora la perseguibilidad del hecho (Grández Odiaga, 2004, pag. 24).

Así, pues, en algunos casos se exige, sin embargo, para poder castigar un hecho como delito, la presencia de algunos elementos adicionales que no son incluibles en la tipicidad, ni en la antijuridicidad, ni en la culpabilidad, porque no responden a la función dogmática y político criminal que tienen asignadas estas categorías.

La punibilidad es, por tanto, una forma de recoger o elaborar una serie de elementos o presupuestos que el legislador por razones utilitarias, diversas en cada caso y ajenas a los fines propios del Derecho Penal, puede exigir para fundamentar o excluir la imposición de una pena y que solo tienen en común que no pertenecen ni a la tipicidad, ni a la antijuridicidad, ni a la culpabilidad, y su carácter contingente, es decir, solo se exigen en algunos delitos concretos (Grández Odiaga, 2004, pag. 25).

Se entiende que la condición objetiva de punibilidad y el resto de las figuras jurídicas, situadas en la punibilidad concurren, en equivalencia al resto de elementos del delito, a determinar los límites entre lo punible y lo impune y, por tanto, conforman la norma penal.

Si la punibilidad no aporta un nuevo elemento de valoración sobre el hecho o el autor, estaría vacía de contenido desde una perspectiva dogmática. La punibilidad siempre ha sido concebida como un cajón de sastre o una vía de escape para concentrar en ella todos aquellos elementos que no tienen cabida en la estructura del delito. Pero esta solución no puede darse por válida cuando muchos de esos elementos apenas si tienen relación entre sí y reclaman soluciones bien diferenciadas (Grández Odiaga, 2004, pag. 25).

Como se aprecia, esta cuarta categoría, la punibilidad, ha recibido bastantes objeciones; sin embargo, en un sistema jurídico penal garantista, ha de aceptarse en su existencia por la naturaleza de éste.

#### **A. Condiciones objetivas de punibilidad**

Es una de las cuestiones, por no decir categorías, más controvertidas de la teoría del delito, en tanto su naturaleza, su sistemática o sus consecuencias.

Las condiciones objetivas de punibilidad, son hechos externos desvinculados de la acción típica, pero necesarios para que pueda aplicarse la pena. La indagación de la condicionalidad objetiva puede llevar a comprobar, por vía negativa, la falta de realización de ciertas condiciones de punibilidad, o sea, la ausencia de condicionalidad efectiva (Grández Odiaga, 2004, pag. 26).

La condición objetiva de punibilidad representa, en un plano objetivo, un límite del ámbito de lo punible de una conducta perfecta ya desde la tipicidad y el injusto como conducta de riesgo.

De lo antes mencionado se puede decir que, si la punibilidad de un hecho es sometida a una condición, el hecho no constituye delito

antes de verificarse aquella. Por ejemplo, en nuestro país, uno de los delitos contra el patrimonio, como es el hurto, no será considerado como tal, aun cuando exista una acción típica, antijurídica y culpable, si el monto de lo sustraído no es superior a una remuneración mínima vital.

Las condiciones, pues, son aquellas que, siendo irrelevantes para el principio de culpabilidad, tienen su fundamentando el contenido del desvalor ético social del hecho. Ello obedece a que se pretende que hay elementos objetivos de los que depende la punibilidad y que no deben ser abarcados por el conocimiento o por la posibilidad de conocimiento (Grández Odiaga, 2004, pag. 27).

#### a. Su fundamento

Como en casi todas las cuestiones puntuales relativas a las condiciones, en relación con su fundamento tampoco se ofrece un criterio pacíficamente aceptado, a pesar de que sólo mediante un acuerdo en los fundamentos últimos por los que el legislador acudió a esta técnica, sería posible un trato dogmático.

Son varios los fundamentos que se utilizan para justificar la existencia de las condiciones objetivas de punibilidad más allá del injusto y la culpabilidad. Se tiene que la condición objetiva de punibilidad encontraría su fundamento en el merecimiento de pena, por el cual ésta, la pena, sólo se encontrará justificada cuando se trate de una reacción inevitable para garantizar la paz jurídica; reacción inevitable que se producirá luego que, evaluada la restricción del ámbito de lo punible (función de la condición objetiva de punibilidad), se presente la circunstancia que es considerada como condición objetiva de punibilidad (Grández Odiaga, 2004, pag. 27).

Por otro lado, se reconoce también que son causas extrapenales las que constituyen el principio de las condiciones de punibilidad y de las causas de exculpación de la punibilidad, éstas, a pesar del

criterio contrario de un sector de la doctrina, si tienen que ver con el merecimiento penal, pues éstas causas extrapenales, sirven para realizar el juicio valorativo de merecimiento de la pena.

b. Criterio de identificación

Sin duda que el criterio gramatical no es suficiente para diferenciar las condiciones objetivas de punibilidad de otras figuras legales, ya que, en la redacción del texto legal, el legislador se mueve con una discrecionalidad enorme.

Por ende, la valoración textual debe lógicamente acompañarse de una valoración sistemática y material. El diagnóstico formal es del todo insuficiente para indagar la naturaleza condicional de ciertos elementos objetivos como la condición objetiva de punibilidad. La interpretación textual o formal en combinación con otras, que podrían eventualmente completar aquella, es un vehículo para la indagación (Grández Odiaga, 2004, pag. 31).

## **2.2.6. Principios básicos del Derecho Penal<sup>6</sup>**

### **A. Principio de lesividad**

Siendo que la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por ley, no cualquier lesión o puesta en peligro tiene aptitud para activar el sistema penal, sino solo aquellos comportamientos sumamente reprochables y no pasibles de estabilización mediante otro medio de control social menos estricto; en ese sentido, para la materialización de un delito se requiere que el sujeto activo haya cometido un hecho lo suficientemente grave como para ser objeto de represión penal y no un simple desliz disciplinario (Arroyo Zapatero, 1998, pag. 11).

---

<sup>6</sup> Debemos tener en cuenta que el Tribunal Constitucional peruano es partidario de una doctrina garantista, es decir, de quienes defienden que el derecho penal no sólo cumple una función de prevención de delitos sino también una función garantista frente al delincuente, y ello porque establece la observancia obligatoria de los principios dentro del sistema jurídico penal.

## **B. Principio de intervención mínima**

En el Derecho Penal, denominado también principio de *ultima ratio*, tiene un doble significado: En primer lugar, implica, que las sanciones penales se han de limitar al círculo de lo indispensable, en beneficio de otras sanciones o incluso de la tolerancia de los ilícitos más leves. Es decir, el DP una vez admitido su necesidad, no ha de sancionar todas las conductas lesivas a los bienes jurídicos que previamente se ha considerado dignos de protección, sino únicamente las modalidades de ataque más peligrosas para ellos.

En segundo lugar, la intervención mínima en el Derecho Penal responde al convencimiento del legislador, de que la pena es un mal irreversible y una solución imperfecta que debe utilizarse solamente cuando no haya más remedio, es decir, tras el fracaso de cualquier otro modo de protección (Arroyo Zapatero, 1998, pag. 13).

Por tanto, el acudimiento al Derecho Penal ha de ser la *última ratio* o lo que es lo mismo el último recurso a utilizar a falta de otros medios lesivos. Considera el legislador que cuando el DP intervenga ha de ser para la protección de aquellos intereses mayoritarios y necesarios para el funcionamiento del Estado de Derecho (Arroyo Zapatero, 1998, pag. 14).

## **C. Principio de subsidiariedad**

El Derecho Penal en virtud a la *última ratio*, debe ser el último recurso que se debe utilizar a falta de otro menos lesivos. Es decir, significa que el DP no ha de sancionar todas las conductas vulneradoras de los bienes jurídicos que protege, ni tampoco todos ellos son objeto de tutela, sino sólo castiga las modalidades de ataque más peligrosas para ellos (Arroyo Zapatero, 1998, pag. 15).

Por lo que, ambos postulados integran el llamado principio de intervención mínima del Derecho Penal, que consiste en que la intervención del Estado sólo se justifica cuando es necesaria para el mantenimiento de su organización. Por eso sólo debe acudir al

Derecho Penal cuando han fracasado todos los demás controles, pues el Derecho Punitivo es el último recurso que ha de utilizar el Estado, en tanto en cuanto no castiga todas las conductas lesivas de bienes jurídicos, sino sólo las que revisten mayor entidad; ya que la potestad de castigar no puede ser ejercida por el Estado de manera ilimitada, pues se caería en el abuso y la arbitrariedad. Por ello, es necesario imponer diversos controles, a través de los principios, que son de suma utilidad en el sistema jurídico (Arroyo Zapatero, 1998, pag. 16).

### **C. Principio de proporcionalidad**

El principio de proporcionalidad posee actualmente en el Derecho Penal un significado muy relevante, aun cuando mucho más restringido que en otras ramas del ordenamiento jurídico, como puede ser el Derecho Procesal Penal o el Derecho Administrativo. El principio de proporcionalidad en sentido amplio es el primer test de legitimación que han de superar cualquier intervención penal, vinculada a todos los poderes públicos. Este principio debe ser respaldado no solo en el momento de creación del Derecho Penal, sino también en el momento de su aplicación por los jueces o tribunales e incluso en el momento de ejecución de las sanciones que en el caso concreto sean impuestas por aquellos (Lopera Meza, 2011, pag. 137).

En el Derecho Penal se destaca la funcionalidad de este principio en el momento de establecer el enlace material entre el delito y su consecuencia jurídica. Al poseer rango constitucional, ha de ser respetado no sólo cuando se trata de la pena, sanción tradicional en Derecho Penal, sino cualquiera consecuencia jurídica penal que se puede derivar de la comisión de un hecho delictivo, a saber, las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias (Lopera Meza, 2011, pag. 138).

Este principio en sentido amplio, el Tribunal Constitucional<sup>7</sup> peruano lo ha utilizado, como en su día hicieron otros, el conocido como test de proporcionalidad alemán, es decir, la distinción y el análisis sucesivo de los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, se puede deducir que el principio de proporcionalidad en sentido amplio, en su variante de prohibición o interdicción de exceso, está integrado por tres subprincipios (idoneidad, necesidad, y proporcionalidad en sentido estricto) que en esta rama del ordenamiento jurídico, y en relación con la principal consecuencia jurídica derivada del delito, la pena, se concretarían en base a ellos (Prado Manrique, 2016, pag. 81).

a. Subprincipio de idoneidad

El primero de los subprincipios de la proporcionalidad se orienta a verificar que la medida legislativa constituye un medio idóneo para contribuir al logro del fin que con ella se persigue, la medida se reputara carente de idoneidad cuando su relación con el fin sea la causalidad negativa, porque dificulte o aleje su consecución, o cuando su implementación resulte indiferente de cara a la realización del fin perseguido (Carbonel & Grández Castro, 2010, pag. 45).

b. Subprincipio de necesidad

Una vez acreditada la idoneidad de la prohibición y de la sanción establecida por el legislador, la argumentación continua con la aplicación del subprincipio de necesidad, mediante el cual se lleva a cabo una comparación entre la medida enjuiciada y otros medios alternativos atendiendo a los parámetros; su idoneidad para promover el fin legislativo y su menor lesividad en relación con los derechos fundamentales afectados por la intervención legislativa. La medida adoptada por el legislador se reputará necesaria cuando

---

<sup>7</sup> Es importante resaltar que el Tribunal Constitucional ha sostenido de forma contundente y constante que el principio de proporcionalidad está expresamente constitucionalizado en el último párrafo del art. 200 de la Constitución Peruana.

no exista un medio alternativo que, siendo igualmente idóneo, al mismo tiempo resulte más benigno desde la perspectiva de los derechos fundamentales objeto de intervención (Lopera Meza, 2011, pag. 137).

c. Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto

Para considerar un comportamiento punible, junto al merecimiento y necesidad de pena, constituye un requisito imprescindible que exista una proporción entre la pena y el delito, la pena deberá aparecer, en abstracto y en concreto, como proporcionada (Carbonel & Grández Castro, 2010, pag. 51).

Según la jurisprudencia<sup>8</sup> del Tribunal Constitucional peruano, el principio de proporcionalidad en sentido estricto implicaría, que para que la intervención del legislador en el derecho fundamental a la libertad personal se considere legítima, el grado de realización del fin constitucional ha afirmado que el juicio de proporcionalidad en sentido estricto es el que compara la gravedad del delito que se trata de impedir, y en general, los efectos benéficos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales, y la gravedad de la pena que se impone (Carbonel & Grández Castro, 2010, pag. 53).

Este principio conjuntamente con los anteriormente citados, rigen e inspiran a nuestro Derecho Penal peruano, que es de tinte garantista. Por ello, compartimos la postura de la doctrina mayoritaria, de que, estos principios deben estar presentes en todo momento dentro del sistema jurídico penal.

---

<sup>8</sup> En la ejecutoria suprema del 4 d noviembre de 1999 del Exp. 2521-99, se afirma que: “las exigencias que plantea la determinación de la pena no se agotan en el principio de culpabilidad, ya que no sólo es preciso que se pueda culpar al autor del hecho que es objeto de represión penal, sino que además la gravedad de éste debe ser proporcional a la del delito cometido; ello, a su vez implica el reconocimiento de que la gravedad de la pena debe estar determinada por la trascendencia social de los hechos que con ellos se reprimen, de allí que resulte imprescindible la valoración de la nocividad social del ataque al bien jurídico”.

## **2.3. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS**

### **2.3.1. Sistema jurídico**

El sistema jurídico es el conjunto de normas jurídicas objetivas que están en vigor en determinado lugar y época, integrando las diversas fuentes jurídicas, como las leyes, las costumbres, la jurisprudencia de los tribunales y la doctrina, que rigen en nuestro país. De esa manera, el sistema jurídico reúne las estructuras y las modalidades de funcionamiento de los órganos, instituciones y componentes sociales encargados de la aplicación e interpretación de las reglas de Derecho, así como de aquellos que las crean o influyen en su creación, interpretación y modificación (Castillo Alva, 2008, pag. 78).

### **2.3.2. Derecho Penal**

Es el conjunto de disposiciones jurídicas que regulan la potestad punitiva del Estado relacionando hechos, estrictamente determinados por la ley con una pena, medida de seguridad o corrección como consecuencia de realizar un determinado acto, tiene como objetivo asegurar los valores elementales para la sana convivencia de los individuos de una sociedad. Este conjunto de normas jurídicas se refiere siempre al delincuente, al delito y a las penas (Castillo Alva, 2008, pag. 92).

### **2.3.3. Principios del Derecho Penal**

Son aquellas directrices desarrolladas por la doctrina, la jurisprudencia y que tienen sustento constitucional y en las normas *supra* constitucionales (tratados, pactos y convenios internacionales); que han impuesto lineamientos reguladores a la construcción del sistema jurídico penal, de tal forma que éste último no se extralimite y afecte el Estado Constitucional de Derecho que rige actualmente a nuestra sociedad.

### **2.3.4. Última ratio**

Es una expresión latina que se traduce literalmente por última razón o último argumento. Entonces, esto llevado al ordenamiento jurídico penal,

quiere decir que el Derecho Penal, es la última instancia a la que se debe recurrir para dar solución a un conflicto social, es decir, primero se debe intentar usar las otras ramas del Derecho, y si aun así no es posible encontrar la solución, recién se acudirá al DP.

Por tanto, intérpretese a *contrario sensu* la noción de *prima ratio*, deduciéndose que el Derecho Penal es la última rama del derecho a la cual se debe acudir, para dar solución a un conflicto social (Castillo Alva, 2008, pag. 120).

### **2.3.5. Bien jurídico penal**

Esta categoría jurídica, es creada por el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional, es un interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad, que es valorado socialmente por su vinculación con la persona y su desarrollo, vinculando a la vida, salud, integridad, libertad, e indemnidad, ya que se trata de bienes supraindividuales, que también son objeto de protección por el Derecho Penal preexiste al ordenamiento normativo, creados por el Derecho (Castillo Alva, 2008, pag. 120).

Es decir, es aquel interés vital que preexiste al ordenamiento normativo, pues tales intereses no son necesariamente son creados por el Derecho, sino que éste los reconoce, y, mediante ese reconocimiento, es que esos intereses vitales son bienes jurídicos; asimismo el interés es fundamental en un determinado grupo social y en un determinado contexto histórico, puede no serlo en otro.

### **2.3.6. Peculado**

Del latín *pecus* (ganado) y *latus* (hurto), que etimológicamente significa hurto de ganado, en Roma cuando el ganado era el bien máspreciado junto a la tierra, ya que servía de media de cambio comercial y definía el status socio-económico.

Sin embargo, el término se ha ido juridizándose en la época de la República para indicar el hurto de cosas de valor, hasta llegar en la

época del Imperio a la noción del *criminis peculatus* o hurto de dinero y bienes públicos. Y posteriormente, en la sociedad actual en la que vivimos, se entienda como el apoderamiento para apropiarse o usar, de los caudales o efectos de la Administración Pública (Salinas Siccha, 2016, pag. 26).

### **2.3.7. Administración Pública**

Es un sistema de límites imprecisos que comprende el conjunto de organizaciones públicas que realizan la función administrativa y de gestión del Estado y de otros entes públicos con personalidad jurídica, ya sean de ámbito regional o local.

Por su función, la Administración Pública pone en contacto directo a la ciudadanía con el poder político satisfaciendo los intereses colectivos de forma inmediata, por contraste con los poderes legislativo y judicial, que lo hacen de forma mediata. Se encuentra principalmente regulada por el poder ejecutivo y los organismos que están en contacto permanente con el mismo. Por excepción, algunas dependencias del poder legislativo integran la noción de Administración Pública, a la vez que también pueden en los otros cuatro poderes del Estado (Salinas Siccha, 2016, pag. 31).

### **2.3.8. Funcionario público**

Es aquella persona física que prestando sus servicios al Estado se halla especialmente ligada a éste (por nombramiento, delegación o elección popular) y que premunido de poder de decisión determina en forma expresa o ejecuta su voluntad a través del desarrollo de actos de naturaleza diversa que atienden a fines de interés social o estatal.

Como señala Bielza, funcionario público es todo aquel que, en virtud de una designación especial y legal, y de una manera continua, bajo formas y condiciones determinadas en una esfera de competencia, constituye o concurre a constituir y expresar o ejecutar la voluntad del Estado, cuando éste se dirige a la realización de un fin público (Salinas Siccha, 2016, pag. 33).

### **2.3.9. Servidor público**

Es aquella persona que sirven al Estado para el cumplimiento de sus fines, sin embargo, éste trabaja para el Estado, pero no expresa su voluntad; el servidor se relaciona con la Administración Estatal mediante contratación voluntaria (en el caso de funcionario le rige una base estatutaria unilateral).

El empleado o servidor público viene a ser el agente sin mando que brinda al Estado sus datos técnicos, profesionales o para profesionales para tareas o misiones de integración y facilitación de la de los funcionarios públicos (Salinas Siccha, 2016, pag. 33).

### **2.3.10. Cuantía**

Es el volumen o la cantidad computable, para el estudio presente sería, la traducción en valor patrimonial de los caudales o efectos del Estado, que están bajo el deber de resguardo y protección de los funcionarios o servidores públicos (Rojas Vargas, 2011, pag. 27).

## CAPITULO III

### DISCUSIÓN Y ANÁLISIS DE RESULTADO

#### 3.1. FORMAS DE MATERIALIZACIÓN DEL DELITO DE PECULADO

Se tiene que discutir en este tema, respecto que la naturaleza propia del peculado exige la presencia de un sujeto activo específico (*intraneus*). Así como señala la norma que el agente, lo será el funcionario o servidor público que realice materialmente el acto típico. Por lo que la discusión se ha trasladado a la definición penal del funcionario y servidor público; puesto que es el concepto que se torna decisivo a la hora de interpretar los diferentes supuestos típicos, existiendo varias posiciones.

Tenemos a la que exige, la concurrencia de dos elementos: La existencia de un título (elemento subjetivo) y la afectiva participación en la función pública (elemento objetivo). Los que bastarían como el elemento objetivo, pues no interesaría la relación subjetiva entre el sujeto y la Administración Pública (Yapuchura Mamani, 2018, pag. 45).

Para la doctrina y jurisprudencia comparadas, ha quedado perfectamente claro que el concepto penal de funcionario público es independiente del que se maneja en otras áreas jurídicas, especialmente en el Derecho Administrativo; lo cual no impide para la interpretación de algunos elementos poco claros puede recurrirse a estas otras áreas del Derecho.

El funcionario y el servidor público, para efectos penales, tiene que ser no solamente alguien con legitimidad administrativa para ejercer funciones públicas, sino también aquel a quien, pase a no tener legitimidad, la ley le permite o le obliga a ejercer funciones públicas en relación con determinado objeto jurídico tutelado. Siendo por ello que, no es sujeto activo del delito cualquier funcionario o servidor público, ni siquiera si estuviera comprendido dentro del art. 425 del CP; sino solamente aquel que, en el caso concreto, tiene la función (el deber) de no atentarse contra el objeto del bien jurídico protegido (Yapuchura Mamani, 2018, pag. 47).

Por otro lado, en los delitos especiales propios e impropios, solo pueden ser autores los sujetos que reúnan las condiciones específicas establecidas en los tipos penales, considerado su capacidad de control del bien jurídico protegido, en consecuencia, no es admisible la coautoría entre un *intraneus* y un *extraneus* dado que cada uno de ellos responde de acuerdo al tipo común o especial que le corresponde.

Se discute como se debe de aplicar las reglas de la autoría y la participación de estos delitos especiales, cuando participan en la ejecución de los hechos tanto sujetos que reúnen la cualidad exigida por el tipo penal como otros que no la poseen. Es participación del *extraneus* señala Yapuchura Mamani (2018), es la que genera una serie de controversias sobre el título de imputación que éste debe tener, lo cual reflejará también, en algunos casos, en el título de imputación del *intraneus* (pag. 56).

Para resolver esta controversia, debemos revisar la teoría de la ruptura del título de imputación; que refiere que los tipos penales de delitos especiales solamente se refieren a los *intraneus*. Por lo que los *extraneus* solo serán punibles sobre la base de los tipos penales comunes que concurran<sup>9</sup>, pero, además, el defecto esencial de esta teoría esta, en que atenta contra la accesoriedad de la participación, pues, en los casos en que quien tuvo dominio del hecho fue el *intraneus*, la punibilidad del partícipe *extraneus* no va a depender del hecho principal punible (delito especial), sino del otro que en realidad no se ha cometido (delito común). Y también en viceversa, cuando el dominio del hecho lo tiene el *extraneus*, el *intraneus* resultará punible como partícipe de un delito especial que no se ha cometido en realidad, pues al *extraneus* se le imputa el delito común. En esta teoría entonces se advierte que, en los casos de delitos especiales impropios, donde no existen delitos comunes aplicables, habría siempre impunidad del *extraneus* (y muchas veces también del *intraneus*) (Yapuchura Mamani, 2018, pag. 61).

Por ello es importante, considerar su antagónica, que es la teoría de la unidad del título de imputación, que hace referencia que el *extraneus* sí puede ser

---

<sup>9</sup> Basado en la teoría de la incomunicabilidad de circunstancias personales, regulado en el art. 26 del Código Penal

partícipe del delito especial, pues si bien no es ni puede ser considerado como autor del mismo, nada impide que lo pueda ser como cómplice o instigador de ese mismo delito, se deja de la lado la de comunicabilidad de circunstancias personales y prioriza la teoría de la accesoriedad de la participación respecto a la autoría, de tal manera que el partícipe siempre será en relación con un hecho punible cometido por el autor y no con otro distinto que en realidad no se ha cometido, evitando la impunidad del *extraneus*. Siendo que la imputación de la autoría dependerá de quien haya ejecutado los actos con dominio de hecho (Yapuchura Mamani, 2018, pag. 63).

Es decir, si lo hizo el *intraneus* y el *extraneus* solamente colaboró; ese último será partícipe del primero en el delito especial. Si el dominio del hecho tuvo el *extraneus* y no el *intraneus*, el delito cometido será el común, y el *intraneus* será partícipe de este delito común. Existiendo así también en esta teoría varios vacíos, en el sentido de fundamentar la autoría del *intraneus* que se vale de un *extraneus* para realizar el delito (existiendo un instrumento doloso no cualificado).

Ahora bien, el profesor Roxin (1998), se refiere a la teoría de la lesión del deber, en el cual distingue entre delitos de dominio y delitos de deber; en los primeros, el legislador presupone el dominio de la conducta típica por parte del autor, sea por sí mismo, por intermedio de otro, o conjuntamente con otros. En cambio, en los segundos, el reproche penal va dirigido a la infracción de un deber específico del sujeto activo, sea como lo realice. Así solamente para los primeros sería necesario partir del criterio de dominio del hecho para distinguir entre autor y cómplice; mientras que para los segundos lo que interesa para la autoría es la infracción del deber, independientemente de si ontológicamente puede hablarse de un dominio de hecho o no (pag. 56).

Por lo tanto, siendo que este delito de estudio presenta algunas dificultades en el título de imputación teniendo en cuenta el desarrollo de las fases del *iter criminis*<sup>10</sup>; nos acogemos a la postura del profesor Roxin; para efectos del

---

<sup>10</sup> *Iter criminis* es una locución latina, que significa camino del delito, utilizada en Derecho Penal para referirse al proceso de desarrollo del delito, es decir, las etapas que posee, desde el momento en que se idea la comisión de un delito hasta que se consuma. Siendo la primera etapa, la fase interna, la cual corresponde a lo que sucede en la mente del

alcance del razonamiento de punibilidad que pretendemos establecer dentro del mencionado delito. Puesto que creemos que es la más acertada, por la naturaleza especial que tiene el delito materia del presente trabajo.

### **3.2. IMPORTANCIA DEL PERJUICIO PATRIMONIAL EN EL PECULADO**

Para configurarse el delito de peculado es necesario que la conducta de apropiación o utilización de los bienes públicos, por parte del agente, haya causado perjuicio al patrimonio del Estado.

En el delito de peculado tanto en su modalidad dolosa como culposa, se sanciona la lesión sufrida por la administración pública al ser despojada de la disponibilidad de sus bienes; despojo que es producido por quienes ostentan el poder administrador de los mismos, como son los funcionarios o servidores públicos, quienes al incumplir el mandato legal que establece el destino que debe darse a tales bienes, permiten que el Estado pierda su disponibilidad sobre el bien y éste no cumpla con su finalidad propia y legal (Barrios Alvarado, 2010, pag. 52).

Tengamos en cuenta que la jurisprudencia nacional en todo proceso penal por peculado exige la realización de una pericia técnica contable o en su caso, de valorización, por la cual se evidencie el perjuicio patrimonial ocasionado al Estado, si esta pericia concluye que el agente con su conducta no ocasionó perjuicio patrimonial alguno, el delito de peculado no se configura al faltar un elemento objetivo de la tipicidad.

En ese sentido, la Ejecutoria Suprema del 23 de setiembre de 2008, argumenta que constituye ya una línea jurisprudencial definida, considerar acreditada la lesión al patrimonio público con la presentación positiva de la pericia técnica (valorativa o contable), a razón de que ésta permite establecer la existencia de los bienes, apreciar el destino de los mismos y demostrar diferencias entre los ingresos y egresos de dinero (Barrios Alvarado, 2010, pag. 55).

---

autor y no puede, en ningún caso, ser objeto del Derecho penal, porque es necesaria la exteriorización mediante acciones u omisiones de ese hecho delictivo. Todo ello se basa en el principio cogitationis poenam nemo patitur, aforismo latino que significa que el mero pensamiento no es posible de ser sancionado.

Así mismo según Barrios Alvarado (2010), quien, basándose en la doctrina argentina, argumenta que el peculado es un delito contra la administración pública y no contra la propiedad<sup>11</sup>, puesto que el funcionario o servidor traiciona sus deberes, quebranta la correcta marcha patrimonial de la Administración Pública. Pero reconoce que el perjuicio patrimonial es exigible para la configuración de este ilícito penal (pag. 57).

### **3.3. RELEVANCIA DE LA CUANTÍA EN LA CONFIGURACIÓN DEL PECULADO**

Como se aprecia el art. 387 del Código Penal Peruano, no hace referencia de cuantía alguna, a diferencia de como lo hace el Código Español. Para nuestro sistema penal, el quantum ocasionado al Estado es irrelevante para la configuración del delito de peculado.

Asimismo, en el expediente N° 3682-2002 - La Libertad, se considera que, en los delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos, no se requiere establecer la naturaleza penal de los hechos vía extrapenal, ya que en estos delitos no importa la cuantía de los caudales o efectos públicos apropiados o ilícitamente utilizados; configurándose este sólo cuando los bienes estatales son usados para fines ajenos al servicio y realizados por funcionario o servidores públicos (Catalan Sender, 2000, pag. 68).

Por otro lado, debemos tener en cuenta el Proyecto de Ley N° 4187/2010-PJ, que propuso se modifique el contenido del art. 387 del CP, para imponer una cuantía mínima al delito de peculado, ya sea dos unidades impositivas tributarias para el dolo y dos remuneraciones mínimas vitales para el culposo. En la exposición de motivos del citado proyecto se argumentó que, el sistema penal no puede asumir cualquier conducta de apropiación de un bien por parte del funcionario, desplegando todos sus recursos, con abstracción del valor de lo apropiado. Esto revelaría una actitud moralizante y demagoga por parte del legislador. Por ello se plantea que al igual que en los delitos contra el patrimonio se establezca un límite cuantitativo para que se configure el peculado como un

---

<sup>11</sup> Discrepamos en parte con la postura del profesor Barrios Alvarado, porque como ya dejamos sentado líneas arriba, el peculado es un delito pluriofensivo; es decir es un delito contra la Administración Pública y el patrimonio. Pero nos acogemos y rescatamos su criterio de que importa el perjuicio patrimonial para la configuración del referido delito.

delito; y un criterio podía ser el de una remuneración mínima vital<sup>12</sup> (Catalan Sender, 2000, pag. 71).

Pero, ello no significa que la conducta del funcionario que se apropie de un bien, por debajo del límite, quede sin consecuencia alguna. Para ello, sirve el Derecho Administrativo Sancionador, cuya sanción máxima es la destitución del funcionario o servidor, sin perjuicio a que devuelva el bien o el valor de lo apropiado. Sin embargo, desafortunadamente tal propuesta no caló a los legisladores, puesto que señalaron que, en atención a la tesis de la infracción del deber, el peculado no pasaría a ser un delito patrimonial. Por ello el criterio de costo económico de los bienes apropiados se ha utilizado en otras legislaciones penales, en el marco de peculado, para agravar la conducta, no para descriminalizarla. Esto se debe, a que se sigue con el criterio sesgado que el peculado es un delito contra la Administración Pública; y no se adopta la correcta postura que dicho delito es pluriofensivo, como ya se argumentó y desarrolló acápite atrás.

Ante tal situación la Suprema Corte, en un intento de acoplarse al garantismo penal, en la exposición de motivos de del Proyecto de Ley N° 4898/2010-PJ, señaló que en atención a la discusión del Derecho Penal Comparado y de los últimos proyectos de ley; se acepta la configuración de la figura del perjuicio, como circunstancia para construir un tipo base, tipos agravados y privilegiado. En esta perspectiva se ha considerado necesario fijar un monto como supuesto de grave perjuicio. La alternativa que se alcanza está referida a las sanciones penales, que se reequilibran en atención de la opción asumida (Catalan Sender, 2000, pag. 72).

Por su parte, el vigente Código Penal Peruano sostiene que, el interés de la norma está enfocado más en función de la lesión al bien jurídico (administración pública), que al criterio patrimonial; que como valor integra dicho bien. Siendo ésta respaldada por varias ejecutorias supremas al respecto.

---

<sup>12</sup> Postura de la cual somos completamente partidarios, por que como ya referíamos, nuestro sistema jurídico penal por su connotación garantista, obliga la observancia de los principios que lo inspiran.

Pero es discutible que las apropiaciones de bienes públicos de valor patrimonial exiguo (grapas, hojas de papel, bolígrafos, medicinas de hospitales públicos, títulos valores con cantidades minúsculas, fracciones deleznable de impuestos, etc.) sean imputables a título de peculado, no se basa en criterios lógicos; pues desde esta perspectiva no son coherentemente abordables para dicho delito, a pesar de no existir limitación normativa, sino en función a los principios que orientan al Derecho Penal Peruano (mínima intervención, *ultima ratio*, subsidiariedad) que posibilitan acudir a otras vías más acordes y eficaces de solución a injustos de minúscula o imperceptible lesividad. Puesto que, lo discutible de llevar a la vía penal estos hechos se fundamenta, además, en criterios insuficiente afectación al bien jurídico protegido y en base a la observancia de la vía administrativa disciplinaria como mecanismo componedor (Catalan Sender, 2000, pag. 74).

Obviamente que calificar la exigüidad de la apropiación puede que reporte algunos problemas de valoración. Pero lo que sí queda fuera de duda es la imposibilidad de imputar peculado cuando el objeto apropiado carece de valor pecuniario, es decir, si su valor patrimonial es nulo o ínfimo. Opinar en contrario implicaría vigencia de un Derecho Penal máximo no acorde con el principio lesividad que regula y filtra los tipos penales con fuerte ingrediente patrimonial, tal y como lo es el peculado.

Por lo mismo que es discutible entonces dar relevancia penal de las apropiaciones exiguas. Por ello debe de reformularse político – criminal el referido delito en función a las apropiaciones de ingentes cantidades de caudales públicos ofreciendo tipos agravados o aplicando la técnica de circunstancias agravantes en función al monto de lo apoderado; o estableciendo una condición objetiva de punibilidad en base a la cuantía (Catalan Sender, 200, pag. 75).

La técnica registrada en la doctrina y jurisprudencia comparada actuales, de enfatizar el carácter patrimonialista del bien jurídico de este delito abona esta posición ya en otras legislaciones penales, la cual debe ser adoptada por nuestro sistema jurídico penal, para intentar un máximo acercamiento al garantismo que tanto pregona.

### **3.4. CRITERIOS JURÍDICOS PARA ESTABLECER LA CUANTÍA MÍNIMA EN EL DELITO DE PECULADO**

Respecto de este punto, iniciaremos con mencionar que nuestra Corte Suprema tampoco ha expresado de manera uniforme sus pronunciamientos. En algunas ocasiones, la Corte se decantó por la irrelevancia de la cuantía de los bienes públicos y; en otras, por la exclusión del injusto penal del peculado sobre la base de dicha cuantía. En efecto, el tipo penal de peculado no hace referencia alguna a un monto mínimo que deban tener los bienes públicos apropiados o utilizados para que se configure el injusto. Sin embargo, como ya lo ha hecho notar un sector de la doctrina de la cual somos partidarios, esto no es obstáculo para que, en aplicación de los principios inspiradores del Derecho Penal, en el caso concreto, se excluya la sanción penal por apropiaciones o utilidades de bienes de escaso o exiguo valor económico (Rojas Vargas, 2003, pag. 56).

Así tenemos la Ejecutoria Suprema del 13 de enero de 2004, que sostiene que no interesa la cuantía de lo apropiado o utilizado para la configuración del injusto de peculado. Pues, la Corte sostuvo que era infundada la solicitud de cuestión prejudicial planteada por el encausado para la determinación de lo económicamente defraudado al Estado, puesto que en estos delitos (delitos contra la administración pública) no importa la cuantía de los caudales públicos apropiados o ilícitamente utilizados.

Pero, por otro lado, se encuentran los pronunciamientos de la Corte Suprema que excluyen la responsabilidad penal del funcionario público por el delito de peculado cuando la cuantía económica de los bienes es exigua o insignificante. Por ejemplo, en la Ejecutoria del 8 de abril de 2009, la Corte Suprema absuelve a los funcionarios encausados, pues el monto del que estos se habrían apropiado ascendía tan solo a la suma de 0,76 céntimos de nuevo sol. Sostuvo que de los informes periciales contables, permitió acreditar que todo el dinero presupuestado y destinado a la obra fue utilizado en su ejecución, lo que se corrobora con el dictamen pericial contable, en el que se indicó que existe un insignificante faltante de setenta y seis céntimos de nuevo sol; que por consiguiente, no se verificó que los encausados se hayan apropiado de fondos

públicos que le fueron asignados para su administración, por lo que su conducta no se subsume en el delito de peculado doloso (Rojas Vargas, 2003, pag. 61).

Siguiendo con el análisis, concordamos con la Corte cuando considera que no todo tipo de ataque contra el patrimonio público, en sentido funcional, merece la intervención del Derecho Penal.

Así mismo, nuestra Corte Suprema, en su Ejecutoria del 16 de noviembre de 2004, excluyó la responsabilidad en un proceso por del delito de peculado, por considerar que la lesividad al bien jurídico era mínima en razón al exiguo monto apropiado, pero discrepamos el criterio jurídico normativo que utilizan para sostener lo antes mencionado, puesto que el enfoque correcto sería desde la punibilidad como elemento de la teoría del delito; más de la lesión al bien jurídico observado desde la tipicidad objetiva (Rojas Vargas, 2003, pag. 62).

Asimismo, encontramos el fundamento para limitar la intervención del Derecho Penal por medio de la aplicación del principio de proporcionalidad en el cual abarcará los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto<sup>13</sup>. (Lopera Meza, 2005, pags. 119 - 122).

En consecuencia, se ha encontrado sólidos y suficientes criterios jurídicos para establecer una cuantía mínima en el delito de peculado, desde la punibilidad (condición objetiva de punibilidad) como elemento de la estructura de la teoría moderna del delito.

---

<sup>13</sup> Este principio ha sido reconocido y utilizado en sus fundamentos del cuarenta y uno al cuarenta y siete de la sentencia 00014-2006, por el propio Tribunal Constitucional para evaluar la constitucionalidad de la ley penal.

## CONCLUSIONES

1. Primero, concluimos que el delito de peculado es de naturaleza pluriofensiva, es decir que afecta no solo un bien jurídico. Toda vez que aparte de proteger el recto funcionamiento de la Administración Pública en general, de modo específico busca proteger el deber de lealtad y probidad de los funcionarios y servidores públicos en el cumplimiento de su deber particular encomendado en razón del cargo que desempeñan como es el de percibir, administrar y custodiar los caudales o efectos del Estado. Y además protege a los caudales o efectos del Estado por su connotación patrimonial que tienen, y porque su desmedro alteraría el correcto desempeño y funcionamiento de la Administración Pública.
2. Por otro lado, concluimos que, si la comparación con otros medios extra-penales no logra desvirtuar la necesidad de recurrir al Derecho Penal, sólo queda por establecer si, dentro del catálogo de medios punitivos, es posible alcanzar el mismo efecto preventivo con una sanción penal menos drástica que la establecida en la norma enjuiciada. A este punto se llega, si después de realizado el juicio de necesidad de la norma de sanción, ya no se puede hallar alternativas al Derecho Penal, en otros sistemas jurídicos del todo sistémico que conocemos como Derecho.
3. Así mismo, afirmamos que, los operadores de justicia, al avocarse al conocimiento y juzgamiento en los procesos cuya materia es el delito de peculado; al no existir un límite en la cuantía o valor cuantificable de los caudales o efectos del Estado apropiados, utilizados o sustraídos. Están inobservando los principios inspiradores del Derecho Penal, tales como lesividad, intervención mínima, subsidiaridad y proporcionalidad (los cuales en su conjunto buscan que el despliegue del sistema jurídico penal sea sólo cuando no exista otro sistema jurídico que pueda dar solución al conflicto que generó el hecho ilícito). Y con esto están contribuyendo a la pérdida y decaimiento del garantismo penal, que es necesario en todo Estado Constitucional de Derecho.
4. Por ende, siguiendo esta línea de ideas, sostenemos que, para que nuestro Derecho Penal Peruano, pueda realmente ser garantista; es imprescindible e importante pensar en una reforma al delito de peculado. Y esto se va a lograr estableciendo un límite en la cuantía o valor patrimonial de los caudales o efectos

del Estado. Pero con esto, no queremos decir que se va a generar impunidad para aquellos funcionarios o servidores público que se apropien, utilicen o permitan la sustracción de referidos caudales o efectos, cuyo valor no supere la mencionada cuantía mínima; sino que en esos supuestos el Derecho Administrativo Sancionador, deberá desplegar todo su *ius puniendi*, para restablecer el funcionamiento de la Administración Pública.

5. En consecuencia, sobre la base de todo lo estudiado concluimos (consideramos a esta la más relevante) que los criterios jurídicos para establecer una cuantía mínima en el delito de peculado, se desarrollaran desde la punibilidad; específicamente desde las condiciones objetivas de punibilidad. Es decir, teniendo como base la cuantía de los caudales o efectos del Estado, se tiene que establecer una condición objetiva de punibilidad (la cual se fundamenta en el merecimiento de pena, la cual se encontrará justificada cuando se trate de una reacción inevitable para garantizar la paz jurídica; y también en causas extra penales que son de connotación constitucional y supra constitucional), para con ella se pueda delimitar que hechos típicos, antijurídicos y culpables, deben ser conocidos y sancionados por el Derecho Penal, y cuáles deben ser derivados al Derecho Administrativo Sancionador.
6. Finalmente, sostenemos que existen fundamentos jurídicos - doctrinarios y jurisprudenciales suficientes, para establecer una condición objetiva de punibilidad respecto de la cuantía mínima de los efectos o caudales del Estado afectados, dentro del delito de peculado.

## RECOMENDACIONES

1. Sobre la base de todo lo discutido, estudiado y concluido en este trabajo, se recomienda al Poder Legislativo y al Poder Judicial del Perú; desterrar la postura clásica respecto del bien jurídico del delito de peculado; y adoptar, como lo hace gran parte de la doctrina nacional, que éste delito es pluriofensivo, porque no solo protege el correcto funcionamiento de la Administración Pública, sino que también protege la connotación patrimonial de los caudales o efectos de dicha Administración Pública.
2. No se pretende generar impunidad, por el contrario, se busca encontrar la forma más idónea para sancionar los hechos que causen desmedro a la Administración Pública. Por ende, nosotros recomendamos al Poder Legislativo y al Poder Judicial del Perú, tener en cuenta que el sistema jurídico penal, no es el único que puede avocarse al conocimiento y juzgamiento de estos referidos hechos; sino que también el sistema jurídico administrativo. puede desplegar su *ius puniendi* y hacerse cargo perfectamente de éstos.
3. Aunado a ello, recomendamos al Poder Legislativo del Perú, que reformule al delito de peculado; específicamente en el aspecto de la cuantía de los caudales o efectos del Estado, para la configuración de este referido delito. Es decir que, desde el campo de la punibilidad, establezca una condición objetiva de punibilidad en base a la cuantía de los caudales o efectos del Estado; para así poder diferenciar que conductas típicas, antijurídicas y culpables deben ser atendidas por el Derecho Penal, y cuáles deben ser atendidas por el Derecho Administrativo Sancionador.
4. Finalmente recomendamos al Poder Legislativo del Perú, luego que tengamos bien claro y definido lo antes referido; en base a los criterios jurídico normativos, esbozados en este trabajo monográfico. Establezca como condición objetiva de punibilidad dentro del delito de peculado; que el valor patrimonial o cuantía de los caudales o efectos del Estado; apropiados, utilizados o sustraídos; debe superar a una remuneración mínima vital. Para que referidos hechos sean considerados como delitos; es decir, que tengan relevancia penal, y motiven el despliegue del sistema jurídico penal.

**REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- Arroyo Zapatero, L. (1998). Derecho penal económico y Constitución. *Revista Penal*, 1, pags. 1-15. Recuperado de <http://www.cienciaspenales.net/>
- Barrios Alvarado, E. (2010). El delito de peculado y la asignación de viáticos a un funcionario público. *Revista Jurídica Gaceta Penal y Procesal Penal*, (174), pags. 48-65.
- Carbonel, M., & Grández Castro, P. P. (2010). *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*. 1.º Ed. Lima, Perú: Palestra Editores S.A.C.
- Caro John, J. A. (2003). *Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Castillo Alva, J. L. (2008). *Derecho penal. Parte especial I*, Lima, Perú: Grijley.
- Catalan Sender, J. (2000). *Los delitos cometidos por autoridades y funcionarios públicos*. Barcelona, España: Bayer Hermanos S.A.
- Gracia Martín, L. (1986). *El actuar en lugar de otro*. Tomo I. Zaragoza, España: Fondo Editorial de la Universidad de Zaragoza
- Grández Odiaga, J. C. (2004). Condiciones objetivas de punibilidad. *Revista Jurídica de Cajamarca*, 14, 22-29. Recuperado de <https://www.derechoycambiosocial.com/RJC/Revista14/punibilidad.htm>
- Lopera Meza, G. P. (2011). Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. Una comparación entre las experiencias de Chile y Colombia. *Revista de Derecho*, XXIV, (2), pags. 113-138. Recuperado de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v24n2/art05.pdf>
- Prado Manrique, B. V. (2016). *El giro punitivo en la política criminal peruana: El caso de los delitos de hurto y robo*. (tesis de pregrado, Pontificia Universidad Católica Del Perú, Lima, Perú). Recuperado de <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/8017>

- Rojas Vargas, F. (2011). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima, Perú: El Búho E.I.R.L.
- Roxin, C. (1998). *Dogmática penal y política criminal*. (M. Abanto Vásquez, Ed., & M. Abanto Vásquez, Trad.) Lima, Perú: Idemsa.
- Salinas Siccha, R. (2014). *Delitos cometidos por funcionarios públicos*. Lima, Perú: Iustitia S.A.C.
- Salinas Siccha, R. (2016). *Delito de peculado en la legislación, jurisprudencia y doctrina peruana*. Lima, Perú: El Búho E.I.R.L.
- Vizcardo, S. H. (2016). *Delito de Peculado*. Lima, Perú: El Búho E.I.R.L.
- Yapuchura Mamani, S. G. (2018). La determinación de la pena para el cómplice primario (extraneus) en los delitos contra la administración pública, en Tacna años 2013 al 2016. (tesis de pregrado, Universidad Privada de Tacna, Tacna, Perú). Recuperado de [http://repositorio.upt.edu.pe/bitstream/UPT/518/1/Yapuchura\\_Mamani%20\\_Shirley.pdf](http://repositorio.upt.edu.pe/bitstream/UPT/518/1/Yapuchura_Mamani%20_Shirley.pdf)

## ANEXO

Anexo 01: Estadísticas del incremento de los delitos contra la Administración Pública, que se ve reflejado en los índices de corrupción desde el año 2013 al año 2016 en nuestro país. (Fuente. Perú 21)

