



**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**

**Escuela Profesional de Derecho**

**TESIS**

**“EL DELITO DE PECULADO Y EL PATRIMONIO PÚBLICO  
EN LA REGIÓN DE ICA - 2018”**

**PRESENTADO POR:**

Bach. DIEGO ALONSO GARAY MONTAÑEZ

**ASESORES:**

DR. EDWIN BARRIOS VALER  
DR. LUIS WIGBERTO FERNANDEZ TORRES

**PARA OPTAR TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

**LIMA – PERÚ**

**2021**

## **DEDICATORIA**

A:

A mi familia, por su incesante apoyo incondicional y a todos(as) quienes contribuyen en mi formación profesional a fin de cumplir el sino de mi existencia.

A mi hija, que es la razón de mi existir.

## **AGRADECIMIENTOS**

A Dios por darme la vida;

A mi familia, por su apoyo perenne en mi formación profesional;

A mi Alma Mater Universidad Alas Peruanas, por darme el arte del  
conocimiento en Derecho;

A mis compañeros de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la  
Universidad Alas Peruanas.

## **RECONOCIMIENTO**

A nuestra alma mater Universidad Alas Peruanas, por permitirme concluir mis estudios superiores en Derecho, en la Facultad de Derecho y Ciencia Política.

A todos mis entrañables maestros de la Universidad Alas Peruanas por su paciencia y las orientaciones acertadas.

A todos mis compañeros de promoción por su amistad, admiración y estima.

## ÍNDICE

<b>DEDICATORIA.....</b>	<b>2</b>
<b>AGRADECIMIENTOS .....</b>	<b>3</b>
<b>RECONOCIMIENTO .....</b>	<b>4</b>
<b>ÍNDICE .....</b>	<b>5</b>
<b>RESUMEN.....</b>	<b>7</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>8</b>
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>9</b>
<b>CAPÍTULO I .....</b>	<b>11</b>
<b>PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....</b>	<b>11</b>
<b>1.1 Descripción de la realidad problemática .....</b>	<b>11</b>
<b>1.2 Delimitación de la investigación.....</b>	<b>13</b>
1.2.1 Delimitación espacial.....	13
1.2.2 Delimitación social.....	13
1.2.3 Delimitación temporal.....	13
1.2.4 Delimitación conceptual.....	13
<b>1.3 Problema de investigación .....</b>	<b>14</b>
1.3.1 Pregunta principal.....	14
1.3.2 Preguntas secundarios.....	14
<b>1.4 Objetivos .....</b>	<b>14</b>
1.4.1 Objetivo general .....	14
1.3.2 Objetivos específicos.....	14
<b>1.5 Hipótesis y variables de la investigación .....</b>	<b>14</b>
1.5.1 Hipótesis general.....	14
1.5.2 Hipótesis secundarios .....	15
1.5.3 Variables.....	15
1.5.3.1 Operacionalización de las variables.....	15
<b>1.6 Metodología de la investigación.....</b>	<b>16</b>
1.6.1 Tipo y nivel de la investigación.....	16
a) Tipo de la investigación .....	16
b) Nivel de la investigación .....	16
1.6.2 Métodos y diseños de la investigación .....	16

a) Método de la investigación .....	16
b) Diseño de la investigación .....	16
1.6.3 Población y muestra de la investigación.....	17
a) Población .....	17
b) Muestra.....	17
1.6.4 Técnicas e instrumentos de recolección de datos .....	17
a) Técnicas .....	17
b) Instrumentos .....	17
1.6.5 Justificación, importancia y limitaciones de la investigación.....	18
a) Justificación de la investigación.....	18
b) Importancia de la investigación.....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
c) Limitaciones de la investigación.....	19
<b>CAPÍTULO II .....</b>	<b>19</b>
<b>MARCO TEÓRICO.....</b>	<b>19</b>
<b>2.1 Antecedentes de la investigación .....</b>	<b>19</b>
<b>2.2 Bases legales .....</b>	<b>23</b>
<b>2.3 Bases teóricas .....</b>	<b>26</b>
<b>2.4 Definición de términos de la investigación</b> ¡Error! Marcador no definido.	
<b>CAPÍTULO III .....</b>	<b>59</b>
<b>PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS.59</b>	
<b>3.1 Análisis de tablas y gráficos.....</b>	<b>60</b>
<b>3.2 Discusión de resultados .....</b>	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
<b>3.3 Conclusiones .....</b>	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
<b>3.4 Recomendaciones .....</b>	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
<b>3.5 Fuentes de información .....</b>	<b>73</b>
<b>ANEXOS .....</b>	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
<b>Anexo 1: Matriz de consistencia de la investigación</b> ¡Error! Marcador no definido.	
<b>Anexo 2: Instrumento de investigación .....</b>	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
<b>Anexo 3: Validación de expertos.....</b>	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
<b>Anexo 4: Anteproyecto de Ley.....</b>	<b>124</b>

## RESUMEN

La presente tesis titulada: EL DELITO DE PECULADO Y EL PATRIMONIO PÚBLICO EN LA REGIÓN DE ICA - 2018, busca: Determinar la relación que existe el delito de peculado y el patrimonio público en la Región de Ica - 2018.

En lo referente a la metodología de investigación, presenta las siguientes características: el tipo de investigación es el básico, el nivel, correlacional, enfoque, cuantitativo, con diseño, no experimental, transversal, correlacional, respecto a la población, estuvo constituida por abogados especialistas en derecho penal del Distrito Judicial de Ica, con referencia a la muestra, se halló a través del muestreo no probabilístico a criterio del investigador, constituida por 42 abogados, especialistas en derecho penal. La técnica de investigación utilizada fue la encuesta, y los instrumentos, dos cuestionarios, uno para cada variable y para el procesamiento de datos se utilizó como técnica la estadística, tanto la descriptiva, como la inferencial y se tomó la Rho de Spearman, para medir la correlación entre las variables.

Los resultados hallados, al concluir el trabajo de investigación, se determinó que existe una relación significativa entre el delito de peculado y el patrimonio público en la Región de Ica - 2018, tal como se corrobora a través del estadígrafo de correlación Rho de Spearman, cuyo valor es de 0,976; lo que quiere decir que existe una correlación positiva alta, por ende, se rechaza la hipótesis nula y se acepta la hipótesis de investigación.

**Palabras Claves:** Delito de peculado, patrimonio público, peculado por apropiación, peculado por utilización, perjuicio patrimonial, pericia valorativa, pericia contable.

## ABSTRACT

This thesis entitled: THE CRIME OF PECULATION AND PUBLIC HERITAGE IN THE ICA REGION - 2018, seeks to: Determine the relationship between the crime of embezzlement and public heritage in the Ica Region - 2018.

Regarding the research methodology, it presents the following characteristics: the type of research is basic, the level, correlational, focus, quantitative, with design, non-experimental, cross-sectional, correlational, with respect to the population, it was constituted by lawyers specialists in criminal law of the Judicial District of Ica, with reference to the sample, it was found through non-probabilistic sampling at the discretion of the investigator, consisting of 42 lawyers, specialists in criminal law. The research technique used was the survey, and the instruments, two questionnaires, one for each variable and for the data processing, statistics, both descriptive and inferential, were used as a technique, and Spearman's Rho was taken to measure the correlation between the variables.

The results found, at the conclusion of the research work, it was determined that there is a significant relationship between the crime of embezzlement and public heritage in the Ica Region - 2018, as corroborated through the Rho de Spearman correlation statistic, whose value is 0.976; which means that there is a high positive correlation, therefore, the null hypothesis is rejected and the research hypothesis is accepted.

**Key Words:** Crime of embezzlement, public assets, embezzlement by appropriation, embezzlement by use, property damage, valuation expertise, accounting expertise.

## INTRODUCCIÓN

En el Perú, país con más de treinta y tres millones de habitantes, pluricultural y multilingüe, históricamente con una riqueza histórica y de recursos naturales envidiable; sin embargo lamentablemente las autoridades políticas y demás representativas (elegidas por votación popular o por designación) han transgredido las normas al aprovecharse del ejercicio de dichos cargos para en beneficio propio disponer de los bienes del estado, ya sea a través del uso o apropiación de los mismos incrementar sus patrimonios o malversar fondos que de una u otra forma ya no cumplen los objetivos a los cuales han sido destinados.

Cabe precisar que, esta primera entrega de cinco mapas muestra, entre otros datos, que 20 departamentos y la provincia constitucional del Callao registraron una tendencia a incrementar el número de casos de corrupción en trámite del año 2016 al 2018. Áncash aumentó en un 67 % su número de casos en trámite, llegando a ser el departamento con mayor incremento porcentual, seguido muy de cerca de Loreto con aproximadamente 66%.

Asimismo, se destaca que el delito de peculado es el más recurrente a nivel nacional, representando el 34 % de los 40 759 casos reportados en el 2018. Lima y Cusco son los departamentos con mayor número de casos de peculado a nivel nacional; mientras que Áncash, Loreto y Cusco son los departamentos que mayor incremento porcentual de este tipo de casos registraron el mismo año, 74 %, 72 % y 71 % respectivamente. El delito de peculado consiste en apropiarse o utilizar dinero o bienes del Estado aprovechando el cargo público que se ejerce.

La presente investigación consta de tres capítulos, los mismos que se describen a continuación para un mejor entendimiento de su contenido:

El primer capítulo está referido al planteamiento del problema, que a su vez contiene: la descripción de la realidad problemática, delimitación de la investigación, formulación del problema de investigación, objetivos de investigación, además contiene justificación de la investigación y limitaciones de la investigación.

El segundo capítulo se refiere al marco teórico, que constituye el soporte teórico de la investigación, que a su vez contiene: antecedentes del estudio de investigación, bases legales, bases teóricas y definición de términos básicos.

El tercer capítulo denominado: presentación, análisis e interpretación de los resultados, que a su vez está constituido por presentación de resultados, prueba de hipótesis, discusión de resultados, conclusiones y sugerencias.

Finalmente se considera los anexos: matriz de consistencia, guía de entrevista, validación del instrumento y el anteproyecto de ley.

## **CAPÍTULO I**

### **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

#### **1.1 Descripción de la realidad problemática.**

En el Perú, país con más de treinta y tres millones de habitantes, pluricultural y multilingüe, históricamente con una riqueza histórica y de recursos naturales envidiable; sin embargo lamentablemente las autoridades políticas y demás representativas (elegidas por votación popular o por designación) han transgredido las normas al aprovecharse del ejercicio de dichos cargos para en beneficio propio disponer de los bienes del estado, ya sea a través del uso o apropiación de los mismos incrementar sus patrimonios o malversar fondos que de una u otra forma ya no cumplen los objetivos a los cuales han sido destinados.

Ahora bien para explicar metodológicamente el delito de peculado en el contexto de nuestro ordenamiento penal, consideramos necesario precisar que, a diferencia de otras investigaciones sobre la materia existentes en donde la citas bibliográficas de autores extranjeros es abundante, en el tratamiento del tema nos vamos a referir fundamentalmente a la doctrina y jurisprudencia peruana, toda vez que la redacción del tipo penal 387º del Código Penal es diferente a los tipos penales de los códigos penales foráneos. Así, por ejemplo, en el Perú los verbos rectores del tipo penal son apropiarse y utilizar, en tanto que en el Código Penal de Argentina el verbo rector es sustraer. Igual, el artículo 432º del Código Penal español utiliza el verbo rector sustrajere. De ese modo, el Código Penal español de 1995 tipifica el delito de peculado indicando que comete este delito “la autoridad o funcionario público

que, con ánimo de lucro sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo de lucro, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones [...]”. (Salinas Siccha, 2011)

El delito de peculado se encuentra tipificado en el artículo 387° del Código Penal de la siguiente manera:

Artículo 387° del Código Penal: 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.

Como podemos observar el delito de peculado, trae consigo perjuicio no solo para el Estado Peruano, sino para las comunidades más necesitadas a nivel nacional, Ica es una región del interior del Perú que a través del devenir del tiempo ha tenido varios episodios, lamentablemente negativos como son la secuela del narcotráfico, del terrorismo y otros, que han afectado seriamente

la vida de los pobladores huanuqueños y es más la corrupción y el peculado son delitos que se presentan muy comúnmente en estos lares.

En consecuencia, a través de la presente investigación se pretende dar respuesta a las siguientes interrogantes:

## **1.2 Delimitación de la investigación**

### **1.2.1 Delimitación espacial**

La investigación se desarrolló teniendo en cuenta a los abogados especialistas en derecho penal de la jurisdicción del Distrito Judicial de Ica.

### **1.2.2 Delimitación social**

La población de la investigación está conformada por abogados especialistas en derecho penal del Distrito Judicial de Ica.

### **1.2.3 Delimitación temporal**

Teniendo en consideración el aspecto espacial, arriba descrito, el presente trabajo de investigación fue realizado, teniendo en consideración criterios temporales, durante el año 2018.

### **1.2.4 Delimitación conceptual**

#### **Delito de peculado**

La apropiación indebida u otras formas de desviación por un funcionario público, en beneficio propio o de terceros u otras entidades, de bienes, fondos o títulos públicos o privados o cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado al funcionario en virtud de su cargo.

El servidor público que autorice, solicite o realice actos para el uso o apropiación para sí o para su cónyuge, parientes consanguíneos, parientes civiles o para terceros con los que tenga relaciones profesionales, laborales o de negocios, o para socios o sociedades de las que el servidor público o las personas antes referidas formen parte, de recursos públicos, sean materiales, humanos o financieros, sin fundamento jurídico o en contraposición a las normas aplicables (USAID, 2018).

#### **Patrimonio público**

El Patrimonio Público es un concepto de derecho público, de amplio espectro, que supera en su contenido al de Patrimonio Estatal. La definición en cuanto a la unidad o la pluralidad de uno y otro, y su titularidad contribuyen a facilitar su contenido particular y el ejercicio de las facultades y de las acciones que las

autoridades públicas deben practicar para preservar su integridad. El concepto atañe a la ciencia de la administración pública y es fundamental en el campo del derecho público administrativo. De una parte constituye objeto de gestión y por la otra objeto de preservación para evitar atentados contra el mismo, remediar situaciones creadas, o intervenir judicialmente para su restauración o recomposición (Carrillo Ballesteros, 2018).

### **1.3 Problema de investigación**

#### **1.3.1 Problema General:**

¿Qué relación existe entre el delito de peculado y el patrimonio público en la Región de Ica - 2018?

#### **1.3.2 Problemas Específicos:**

- a) ¿Qué relación existe entre el delito de peculado y el perjuicio patrimonial en la Región de Ica - 2018?
- b) ¿Qué relación existe entre el delito de peculado y la pericia valorativa en la Región de Ica - 2018?
- c) ¿Qué relación existe entre el delito de peculado y la pericia contable en la Región de Ica - 2018?

### **1.4 Objetivos de la investigación**

#### **1.4.1 Objetivo general**

Determinar la relación que existe el delito de peculado y el patrimonio público en la Región de Ica - 2018.

#### **1.3.2 Objetivos específicos**

- a) Determinar la relación que existe entre el delito de peculado y el perjuicio patrimonial en la Región de Ica - 2018.
- b) Determinar la relación que existe el delito de peculado y la pericia valorativa en la Región de Ica - 2018.
- c) Determinar la relación que existe entre el delito de peculado y la pericia contable en la Región de Ica - 2018.

### **1.5 Hipótesis y variables de la investigación**

#### **1.5.1 Hipótesis general**

Existe una relación significativa entre el delito de peculado y el patrimonio público en la Región de Ica - 2018.

### **1.5.2 Hipótesis secundarios**

- a) Existe una relación significativa entre el delito de peculado y el perjuicio patrimonial en la Región de Ica - 2018.
- b) Existe una relación significativa entre el delito de peculado y la pericia valorativa en la Región de Ica - 2018.
- c) Existe una relación significativa entre el delito de peculado y la pericia contable en la Región de Ica - 2018.

### **1.5.3 Variables**

#### **Delito de peculado**

La apropiación indebida u otras formas de desviación por un funcionario público, en beneficio propio o de terceros u otras entidades, de bienes, fondos o títulos públicos o privados o cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado al funcionario en virtud de su cargo.

El servidor público que autorice, solicite o realice actos para el uso o apropiación para sí o para su cónyuge, parientes consanguíneos, parientes civiles o para terceros con los que tenga relaciones profesionales, laborales o de negocios, o para socios o sociedades de las que el servidor público o las personas antes referidas formen parte, de recursos públicos, sean materiales, humanos o financieros, sin fundamento jurídico o en contraposición a las normas aplicables (USAID, 2018).

#### **Patrimonio público**

El Patrimonio Público es un concepto de derecho público, de amplio espectro, que supera en su contenido al de Patrimonio Estatal. La definición en cuanto a la unidad o la pluralidad de uno y otro, y su titularidad contribuyen a facilitar su contenido particular y el ejercicio de las facultades y de las acciones que las autoridades públicas deben practicar para preservar su integridad. El concepto atañe a la ciencia de la administración pública y es fundamental en el campo del derecho público administrativo. De una parte constituye objeto de gestión y por la otra objeto de preservación para evitar atentados contra el mismo, remediar situaciones creadas, o intervenir judicialmente para su restauración o recomposición (Carrillo Ballesteros, 2018).

#### **1.5.3.1 Operacionalización de las variables**

##### **VARIABLE 1**

Delito de peculado.

**DIMENSIONES:**

- ✓ Peculado por apropiación.
- ✓ Peculado por utilización.

**VARIABLE 2**

Patrimonio público.

**DIMENSIONES:**

- ✓ Perjuicio patrimonial.
- ✓ Pericia valorativa.
- ✓ Pericia contable

**1.6 Metodología de la investigación**

**1.6.1 Tipo y nivel de la investigación**

**a) Tipo de la investigación**

Esta investigación es **básica** porque cumple con las características correspondientes, es decir se lleva a cabo en el plano teórico.

**b) Nivel de la investigación**

La investigación corresponde al **nivel correlacional** porque permitió conocer y establecer la relación que existe entre las variables materia de estudio.

**1.6.2 Métodos y diseños de la investigación**

**a) Método de la investigación**

**Método deductivo**

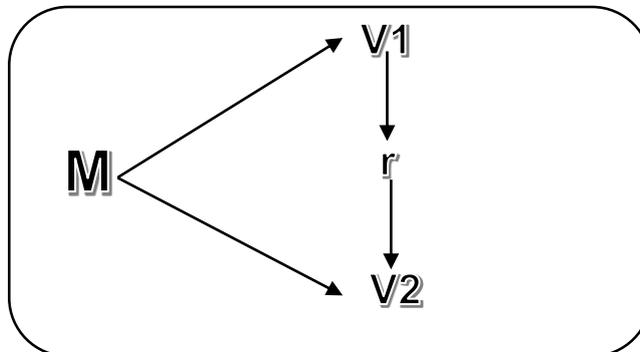
En el estudio se utilizó el método deductivo, por lo que permitió deducir los patrones que se relacionan entre las variables en estudio en este caso concreto: la aplicación del proceso inmediato y el cumplimiento de las liquidaciones en el delito de omisión a la asistencia familiar.

**b) Diseño de la investigación**

Por sus características la presente investigación, tiene un diseño No experimental, Trnasversal, Correlacional.

En ese sentido, la correlación y de los ítems formulados se describieron de manera breve; clara y precisa delimitando a desentrañar, criticar, calificar e interpretar (Caballero, 2013).

Se utilizó el siguiente diagrama:



**M** = Muestra.

**V1** = La aplicación del proceso inmediato.

**V2** = El cumplimiento de las liquidaciones en el delito de omisión a la asistencia familiar.

**r** = grado de relación que existe entre las variables.

### 1.6.3 Población y muestra de la investigación

#### a) Población

La población de la investigación está conformada por abogados especialistas en Derecho Penal del Distrito Judicial de Ica.

#### b) Muestra

Para efectos de la muestra, se determinó por muestreo no probabilístico a criterio del investigador, tomando en cuenta ciertas características, resultando un número de 42 abogados especialistas en Derecho Penal del Distrito Judicial de Ica.

### 1.6.4 Técnicas e instrumentos de recolección de datos

#### a) Técnicas

Para esta investigación se utilizó la técnica de la encuesta, ya que se trata una investigación con enfoque cuantitativo.

#### b) Instrumentos

Con referencia al instrumento, fueron dos cuestionarios, es decir uno para cada variable, los ítems, obedecen a los indicadores, dimensiones y variables.

## **Criterio de validez y confiabilidad de los instrumentos**

En el marco del nivel correlacional, diseño no experimental (correlacional) se elaboró el instrumento considerando el muestreo de 42 Abogados especialistas en Derecho Penal, del Distrito Judicial de Ica.

Para la validez de la escala y saber qué tan confiable es el instrumento de **encuesta**, se determinó a partir del **Alfa de Cron Bach** para cada cuestionario fueron de “0.87” y “0,84”, respectivamente, lo que significa que los instrumentos son altamente confiables.

### **1.6.5 Justificación, importancia y limitaciones de la investigación**

#### **a) Justificación de la investigación**

Se considera que, con el desarrollo del presente trabajo de investigación, se pretende solucionar los problemas (aplicativos-justificativos) que implican la falta de cumplimiento de las liquidaciones por el delito de omisión a la asistencia familiar. Ello se pretende conseguir a partir de la aplicación eficiente del proceso inmediato en el referido injusto penal, desde la incoación de dicho proceso especial hasta la sentencia emitida en el juicio inmediato (Implicancias Prácticas de la Investigación).

A partir de ello, lo que se pretende es brindar confianza a los justiciables respecto a la labor emprendida, de manera célere, por los jueces penales encargados de la valoración y solución del delito de omisión a la asistencia familiar a partir del camino estructurado por el proceso inmediato (relevancia social de la investigación). Asimismo, lo que se busca con el desarrollo del presente trabajo de investigación es consolidar las teorías vinculadas a los procesos especiales, como el proceso inmediato, y su incidencia eficaz en la práctica cuando se trata de los delitos de omisión a la asistencia familiar (valor teórico de la investigación).

Finalmente, otros de los aspectos relevantes que determina la trascendencia de esta investigación, es que a la fecha no se han realizado trabajos que se ocupen de la influencia del proceso inmediato en el cumplimiento de las liquidaciones por el delito de omisión a la asistencia familiar dentro del Distrito Judicial de Huánuco, durante el año 2019, lo que sin lugar a duda determina su importancia.

### **c) Limitaciones de la investigación**

En este tipo de trabajos, la principal limitación, la constituye el aspecto económico, ya que el financiamiento de todo el trabajo, fue asumido por el investigador.

## **CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO**

### **2.1 Antecedentes de la investigación**

#### **2.1.1. Antecedentes a nivel internacional**

A. (Zalamea, 2001), presentó un estudio titulado: El enriquecimiento ilícito de particulares. Un análisis jus filosófico a la luz del constitucionalismo colombiano. Estudio descriptivo que consideró 15 casos emblemáticos de

delitos de enriquecimiento ilícito, la misma que fue motivo de análisis jurídico. La técnica utilizada para el registro de datos fue el análisis documental y el instrumento que permitió la consignación de información fue el formato de análisis documental. Las conclusiones sostienen que, la Constitución Colombiana, si bien es cierto condena el enriquecimiento ilícito, no prevé técnicamente especificaciones respecto a este delito, las mismas que son utilizadas por los abogados de las personas involucradas en este ilícito, para distorsionar la realidad jurídica del hecho en sí.

B. (Blanco, 2010), desarrolló un estudio investigativo titulado: El delito de enriquecimiento ilícito desde la perspectiva europea. Estudio cualitativo que consideró el análisis exhaustivo de 20 casos emblemáticos sucedidos en la ciudad de Lisboa, Portugal, relacionados al delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios. La técnica utilizada en el recojo de información fue el análisis documental, mientras que el instrumento que viabilizó el recojo de información fue la ficha de análisis documental. En relación a las conclusiones, estas fueron registradas de la siguiente manera: No es legítimo un delito de enriquecimiento ilícito cuyo injusto radique en la protección de los bienes jurídicos menoscabados por las conductas delictivas que incrementan el patrimonio del funcionario público y que recurra a una inversión de la carga de la prueba. Ahora bien, tal y como se ha dicho, la introducción del delito de enriquecimiento ilícito en los países europeos no necesariamente va a ser considerado como una vulneración del principio de presunción de inocencia de acuerdo con la doctrina del Código Penal.

### **2.1.2. Antecedentes a Nivel Nacional.**

- A. Rafael Hernando Chanjan Documet, en su tesis titulada: La Administración Desleal de Patrimonio Público como Modalidad Delictiva Especial del Delito de Peculado Doloso, tesis para optar por el título de Abogado, por la Pontificia Universidad Católica del Perú, arriba a las siguientes conclusiones:
- a) El buen funcionamiento de la “administración pública” –entendida como función pública- es un interés o valor constitucionalmente protegido que se desprende del artículo 39° de la Constitución y que tiene como finalidad garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas en condiciones de igualdad. En un Estado social y constitucional de Derecho, a través de la “administración pública” se pone a disposición de la sociedad los

respectivos servicios públicos (tutela de derechos a través de los Tribunales de Justicia, defensa del Estado, educación, telecomunicaciones etc.); es decir, a través de ella se da cumplimiento efectivo del interés general. (Chanjan, 2014)

b) El Derecho Penal, en tanto mecanismo limitado de protección de bienes jurídicos a través de la prevención de delitos, constituye un instrumento de suma utilidad para garantizar el correcto funcionamiento de la administración pública. El bien jurídico-penal de naturaleza colectiva-institucional que se protege a través de los delitos funcionariales es el “correcto funcionamiento de la administración pública”; es decir, no se protege a los órganos administrativos como tales, sino a la función pública que supone vías procedimentales de actuación administrativa (instituciones) para que los ciudadanos puedan resolver sus conflictos sociales o efectivizar sus intereses. En nuestra opinión, la teoría más acertada es la teoría del correcto funcionamiento o funcionalidad de la administración pública, puesto que se toma en consideración primordialmente la relación existente entre administración estatal y ciudadano, antes que la mera relación funcionario-Estado. (Chanjan, 2014)

c) La función pública, en tanto esencia del bien jurídico-penal protegido por los delitos funcionariales, debe ser entendida, a efectos penales, conforme lo propone la “teoría teleológica intermedia”; es decir, como la función proyectada al interés colectivo o social y realizada por órganos estatales o instituciones que por delegación del Estado cooperan a los fines de éste sin formar parte de su burocracia (órganos paraestatales). (Chanjan, 2014).

B. (Muñoz, 2010), desarrolló un estudio titulado: El delito de enriquecimiento ilícito. Estudio descriptivo, que tuvo el propósito de caracterizar la evolución de este delito en distintos sistemas jurídicos, asimismo se ha descrito ampliamente las formas de cómo se presentan estos hechos en la administración pública. La muestra de estudio estuvo conformada por la norma vigente que tipifica este delito, mientras que la técnica utilizada para el recojo de información fue el análisis documental. Las conclusiones a las que se han arribado afirman que, Tanto a nivel nacional regional y mundial, su necesidad político criminal o ha quedado debidamente sustentada, y los ordenamientos internos, en consonancia con los Convenios Internacionales,

han introducido esta necesidad en sus propias constituciones, como puede apreciarse de las constituciones Argentina, Colombiana, Peruana, etc.; es decir, obedece a necesidades político criminales cuya utilidad está reconocida en los convenios internacionales y los ordenamientos constitucionales, lo que refleja una decisión analizada y discutida racionalmente y con ponderación y tranquilidad.

- C. (Pezo, 2014), presentó un trabajo de investigación titulado: El bien jurídico específico en el delito de Enriquecimiento Ilícito. Estudio descriptivo que tuvo como propósito la relevancia social e institucional de la Administración Pública como ente destinado a llevar a cabo fines de interés general que el Estado está obligado a brindar –lo que, por cierto, coadyuva de modo elemental a garantizar las condiciones básicas para el ejercicio de los derechos y libertades ciudadanas. La muestra de estudio fue la norma en sí, mientras que las conclusiones afirman que, la protección de los bienes jurídicos es el fin del Derecho Penal. En virtud de los principios que rigen esta área del derecho, su ámbito de protección se limita a aquellos bienes jurídicos que hacen posible el ejercicio de libertades y derechos esenciales para la vida y el libre desarrollo de los ciudadanos y de la sociedad misma. Desde una perspectiva social, los bienes jurídicos son aquellos intereses esenciales que permiten el desarrollo libre de los ciudadanos como sujetos que interactúan en la sociedad bajo los postulados del Estado Constitucional y Democrático que nos rige.

La tutela de los bienes jurídicos supraindividuales –como es el caso de los delitos contra la Administración Pública- merecen una protección autónoma. En dicho sentido, si bien la persona es el fin supremo de la sociedad –según reza el artículo primero de la Constitución Política-, no solo ameritan tutela autónoma los bienes jurídicos individuales, sino también aquellos que tienen como fin garantizar el mantenimiento de una sociedad donde el ser humano haga efectivo el ejercicio de sus derechos. En tal sentido, y dejando de lado las tesis personalistas al respecto, los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos son presupuestos para la satisfacción de intereses de carácter individual pero su protección no está condicionada a la lesión de éstos.

## **2.2 Bases legales**

### **2.2.1. El proceso inmediato – V1.**

El proceso inmediato encuentra su espacio de regulación en el Libro Quinto, Sección I, artículo 446° - 448° del Código Procesal Penal, dentro de cuyo espacio regula los supuestos de aplicación, la audiencia única de incoación de proceso inmediato y la audiencia única de juicio inmediato, los mismos que literalmente tienen como contenido lo siguiente:

#### **A. Supuestos de aplicación.**

Artículo 446°.- 1. El Fiscal debe solicitar la incoación del proceso inmediato, bajo responsabilidad, cuando se presente alguno de los siguientes supuestos: a) El imputado ha sido sorprendido y detenido en flagrante delito, en cualquiera de los supuestos del artículo 259°; b) El imputado ha confesado la comisión del delito, en los términos del artículo 160°; o c) Los elementos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares, y previo interrogatorio del imputado, sean evidentes. 2. Quedan exceptuados los casos en los que, por su complejidad, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 342°, sean necesarios ulteriores actos de investigación. 3. Si se trata de una causa seguida contra varios imputados, sólo es posible el proceso inmediato si todos ellos se encuentran en una de las situaciones previstas en el numeral anterior y estén implicados en el mismo delito. Los delitos conexos en los que estén involucrados otros imputados no se acumulan, salvo que ello perjudique al debido esclarecimiento de los hechos o la acumulación resulte indispensable. 4. Independientemente de lo señalado en los numerales anteriores, el Fiscal también deberá solicitar la incoación del proceso inmediato para los delitos de omisión de asistencia familiar y los de conducción en estado de ebriedad o drogadicción, sin perjuicio de lo señalado en el numeral 3 del artículo 447° del presente Código.

#### **B. Audiencia única de incoación de proceso inmediato.**

Artículo 447°. 1. Al término del plazo de la detención policial establecido en el artículo 264°, el Fiscal debe solicitar al Juez de la investigación preparatoria la incoación del proceso inmediato. El Juez, dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes al requerimiento fiscal, realiza una Audiencia única de Incoación para determinar la procedencia del proceso

inmediato. La detención del imputado se mantiene hasta la realización de la Audiencia. 2. Dentro del mismo requerimiento de incoación, el Fiscal debe acompañar el expediente fiscal y comunicar si requiere la imposición de alguna medida coercitiva, que asegure la presencia del imputado en el desarrollo de todo el proceso inmediato. El requerimiento de incoación debe contener, en lo que resulte pertinente, los requisitos establecidos en el numeral 2 del artículo 336°. 3. En la referida Audiencia, las partes pueden instar la aplicación del principio de oportunidad, de un acuerdo reparatorio o de la terminación anticipada, según corresponda. 4. La Audiencia única de Incoación del proceso inmediato es de carácter inaplazable. Rige lo establecido en el artículo 85°. El Juez, frente a un requerimiento fiscal de incoación del proceso inmediato, se pronuncia oralmente en el siguiente orden, según sea el caso: a) Sobre la procedencia de la medida coercitiva requerida por el Fiscal; b) Sobre la procedencia del principio de oportunidad, de un acuerdo reparatorio o de la terminación anticipada, solicitado por las partes; c) Sobre la procedencia de la incoación del proceso inmediato. 5. El auto que resuelve el requerimiento de proceso inmediato debe ser pronunciada, de modo impostergable, en la misma Audiencia de Incoación. La resolución es apelable con efecto devolutivo. 6. Pronunciada la decisión que dispone la incoación del proceso inmediato, el Fiscal procede a formular acusación dentro del plazo de veinticuatro (24) horas, bajo responsabilidad. Recibido el requerimiento fiscal, el Juez de la Investigación Preparatoria, en el día, lo remite al Juez Penal competente, para que dicte acumulativamente el auto de enjuiciamiento y de citación a juicio, con arreglo a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 448°. 7. Frente al auto que rechaza la incoación del proceso inmediato, el Fiscal dicta la Disposición que corresponda o la formalización de la Investigación Preparatoria. Para los supuestos comprendidos en los literales b) y c), numeral 1 del artículo 446°, rige el procedimiento antes descrito en lo que corresponda. Solo en estos supuestos, el requerimiento se presenta luego de culminar las diligencias preliminares o, en su defecto, antes de los treinta días de formalizada la Investigación Preparatoria.

### **C. Audiencia única de juicio inmediato.**

Artículo 448°. 1. Recibido el auto que incoa el proceso inmediato, El Juez penal competente realiza la audiencia única de juicio inmediato en el día. En todo caso, su realización no debe exceder las setenta y dos (72) horas desde la recepción, bajo responsabilidad funcional. 2. La audiencia única de juicio inmediato es oral, pública e inaplazable. Rige lo establecido en el artículo 85°. Las partes son responsables de preparar y convocar a sus órganos de prueba, garantizando su presencia en la audiencia. 3. Instalada la audiencia, el fiscal expone resumidamente los hechos objeto de la acusación, la calificación jurídica y las pruebas que ofrecerá para su admisión, de conformidad con lo establecido en el artículo 349°. Si el Juez Penal determina que los defectos formales de la acusación requieren un nuevo análisis, dispone su subsanación en la misma audiencia. Acto seguido, las partes pueden plantear cualquiera de las cuestiones previstas en el artículo 350°, en lo que corresponda. 4. El auto que declara fundado el sobreseimiento o un medio técnico de defensa, es apelable con efecto devolutivo, el recurso se interpondrá y fundamentará en el mismo acto. Rige lo previsto en el artículo 410°. 5. El Juez debe instar a las partes a realizar convenciones probatorias. Cumplidos los requisitos de validez de la acusación de conformidad con el numeral 1 del artículo 350°, y resueltas las cuestiones planteadas, el Juez Penal dicta acumulativamente el auto de enjuiciamiento y citación a juicio, de manera inmediata y oral. 6. El juicio se realiza en sesiones continuas e ininterrumpidas hasta su conclusión. El Juez Penal que instale el juicio no puede conocer otros hasta que culmine el ya iniciado. En lo no previsto en esta Sección, se aplican las reglas del proceso común, en tanto sean compatibles con la naturaleza célere del proceso inmediato.

### **2.2.2. El delito de omisión a la asistencia familiar – V2.**

Por su parte, el delito de omisión a la asistencia familiar tiene su espacio punitivo en el Título III, Capítulo IV, artículo 149° del Código Penal, el mismo que, taxativamente, establece lo siguiente:

“Artículo 149° del C. P.- El que omita cumplir su obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años, o con prestación de servicio

comunitario de veinte a cincuenta jornadas, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial.

Si el agente ha simulado otra obligación de alimentos en connivencia con otra persona o renuncia o abandona maliciosamente su trabajo la pena será no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si resulta lesión grave o muerte y éstas pudieron ser previstas, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años en caso de lesión grave, y no menor de tres ni mayor de seis años en caso de muerte”.

### **2.3 Bases teóricas**

**Delitos contra la administración pública: la teoría de infracción de deber en la jurisprudencia peruana.**

#### **2.2.1. Autores y partícipes en los delitos contra la administración pública**

Otro aspecto problemático de los delitos especiales como son los delitos contra la administración pública lo constituye saber identificar o determinar quiénes son autores, coautores o cómplices en la comisión del delito.

Es lugar común en la doctrina sostener que solo es autor aquel que realiza por propia mano o por medio de otro todos los elementos objetivos y subjetivos que configuran el tipo penal, es decir, aquel que tiene el dominio del hecho. En tanto que se consideran coautores a aquellos que cometen conjuntamente el delito. La coautoría exige tres requisitos: “Decisión común orientada al logro exitoso del resultado, aporte esencial realizado por cada agente, y el tomar parte en la fase de ejecución desplegando un dominio parcial del acontecer” (Ejecutoria suprema , 1999).

La participación se encuentra ubicada en un nivel accesorio y dependiente de un hecho principal dominado por el autor o los coautores. La participación, según el aporte del partícipe, se divide en primaria y secundaria. La primera se configura cuando el partícipe dolosamente presta auxilio para la realización del hecho punible por parte del autor, sin el cual no se hubiese realizado. Mientras que la participación secundaria se configura cuando el partícipe de cualquier otro modo, sin ser sustancial, hubiese dolosamente prestado asistencia al autor del delito. La participación también está prevista en el artículo 24º del Código Penal que prevé la instigación, y que se configura cuando el agente dolosamente determina a otro a realizar un delito.

Todo lo señalado es la postura de la teoría del dominio del hecho de Roxin (Roxin, 2007, pág. 470) a la cual se adhiere nuestro Código Penal respecto a la autoría y participación. Teoría que pretende otorgar criterios objetivos y cualitativos para la delimitación entre autoría y participación en los delitos comunes. Teoría que por lo demás es dominante en la ciencia penal alemana. (Schunemann, 2006, pág. 280)

No obstante, para los delitos especiales como son los delitos contra la administración pública, de modo alguno sirve la teoría del dominio del hecho para identificar al autor y al cómplice. Más bien, para los delitos especiales, tenemos la teoría de infracción de deber, introducida al Derecho penal también por Claus Roxin (Caro, 2010). Según esta postura, autor es quien tiene un deber especial penal impuesto por la ley penal y lo infringe, y partícipe es quien interviene en el hecho sin poseer el deber especial penal. En principio, como ya se expresó, en la mayoría de los delitos contra la administración pública no cualquier persona puede ser autor. Para ser autor de esta clase de delitos se necesita tener, tal como lo exige el tipo penal, la condición de funcionario o servidor público, e incluso en ciertos delitos además de tal condición, se necesita tener una relación funcional especial con el objeto del delito al interior de la administración pública. Si en un caso concreto la persona que ha cometido un acto, por ejemplo, defraudatorio para el Estado, no tiene la condición de funcionario o servidor público, no podrá serle atribuido un delito contra la administración pública. De igual modo, si se exige la concurrencia de una relación funcional específica del sujeto público con el bien objeto del delito, no será posible atribuir a cualquier funcionario o servidor público, la comisión del delito de que se trate como, por ejemplo, el delito de colusión o peculado.

En tal sentido, podemos formularnos las siguientes preguntas:

- a) ¿qué sucede con los particulares que cometen el delito a pedido o sugerencia del sujeto público obligado?,
- b) ¿qué sucede con los particulares que participan junto a un sujeto obligado en la comisión de un delito en perjuicio del Estado?,
- c) ¿qué sucede con el particular que dolosamente determina al sujeto público obligado a cometer un delito contra la administración pública?,

d) ¿qué sucede con el particular que coopera o ayuda al sujeto público obligado en la comisión del delito en agravio del Estado?

e) ¿qué sucede con los funcionarios o servidores públicos que participan junto con un sujeto público obligado y además, tiene relación funcional en la comisión de un hecho punible en agravio del Estado?

La primera pregunta, si es que respondemos con la teoría del dominio del hecho, seguramente llegaremos al absurdo de afirmar que los particulares serían autores directos y los sujetos obligados autores mediatos o instigadores. Resulta absurda esta respuesta toda vez que los particulares al no tener la condición de funcionario o servidor público, y por tanto, al no tener el deber especial penal impuesto por la ley penal, de modo alguno pueden ser autores de un delito especial. Respecto de la segunda pregunta, si respondemos bajo los parámetros de la teoría del dominio del hecho, concluiríamos que los particulares serían coautores de los sujetos obligados. Sin embargo, tal respuesta no puede aceptarse debido a que los particulares al no tener la condición de funcionarios o servidores públicos, y por tanto, al no tener el deber especial penal impuesto por la ley penal, de modo alguno pueden ser coautores de un delito especial.

Asimismo, al responder la tercera pregunta utilizando la teoría del dominio del hecho, llegaríamos a decir que los particulares o extraños a la administración pública, sería autores mediatos o instigadores del delito cometido. No obstante, tal respuesta aparece como absurda, pues el particular al no tener la condición de funcionario o servidor público, y por tanto, al no tener el deber especial penal impuesto por la ley penal, no puede ser autor mediate. Al responder la pregunta cuarta, si utilizamos los parámetros de la teoría del dominio del hecho, concluiríamos que el particular que coopera o ayuda al funcionario o servidor público sería cómplice primario o secundario, según el apoyo que haya proporcionado al autor en la comisión del delito. Sin embargo, como luego se analiza, aquí se trata solamente de cómplices. No puede diferenciarse entre primario o secundario.

Finalmente, al responder la pregunta quinta con la teoría del dominio del hecho, los funcionarios o servidores públicos que participan junto con un sujeto público obligado serían coautores. Sin embargo, tal respuesta no es

correcta, pues los funcionarios o servidores públicos que no tienen el deber especial penal impuesto por la ley penal, de modo alguno pueden ser autores del delito especial y menos coautores.

En la jurisprudencia nacional, se viene aceptando en forma pacífica, que las interrogantes planteadas y otros aspectos dogmáticos de los delitos contra la administración pública son razonablemente respondidas por la teoría de infracción de deber formulada también por Roxin por vez primera en 1963, cuyos planteamientos pasamos a analizar.

### **2.2.2. La teoría de los delitos de infracción de deber**

En los delitos especiales como lo constituyen la mayor parte de los delitos contra la administración pública, se tiene como criterio para la determinación o delimitación de la autoría y participación, la teoría de los delitos de infracción de deber formulada desde la óptica de Claus Roxin (Roxin, 2007). Como ya se explicó, para diferenciar a la teoría del dominio del hecho con la teoría de infracción del deber, resulta necesario afirmar que según la teoría del dominio del hecho, es autor quien domina el evento que lleva a la realización del delito, en tanto que si bien el partícipe interviene e influye en la comisión del suceso criminal, carece del dominio del hecho. La contribución del partícipe no es determinante para la realización del delito. En cambio, en la teoría de los delitos de infracción de deber, el autor o figura central se concretiza en el criterio de la “infracción del deber”. Ejemplo de ellos son la mayoría de delitos que se tipifican en nuestro Código Penal con el título de “delitos contra la administración pública”, en los cuales autor es aquel sujeto que ha infringido un deber especial que, obviamente, no le alcanza a todas las personas. La figura central del evento delictivo en el que intervienen varias personas será quien lesione el deber especial previsto en el tipo penal y, de esa forma, contribuye al resultado por acción u omisión. “Aquí son irrelevantes el dominio del hecho o la medida de la contribución que se hace al resultado” (Roxin, 2007). Fundamenta la autoría en los delitos de infracción de deber un “deber especial de carácter penal” que no recae en todas las personas, sino en aquellos sujetos calificados que pueden cometer estos delitos. De modo que el fundamento no es el deber general que surge del tipo penal, cuya infracción provoca la sanción prevista en el tipo. En consecuencia, en los delitos contra la administración pública, los

sujetos públicos tienen deberes especiales como por ejemplo el deber de lealtad, de cautelar, proteger, e impulsar el correcto funcionamiento de la administración pública.

Se entiende por delitos de infracción de deber a aquellos en los cuales la figura central (autor) del evento criminal se encuentra vinculada por un deber especial de carácter penal (Pariona, 2012). Autor será quien infringe el deber especial penal, y partícipe quien interviene en el hecho sin poseer el deber especial.

Según los postulados de la teoría de los delitos de infracción de deber, el hombre de atrás intraneus es el autor (mediato), mientras que el hombre de adelante extraño es solo cómplice (por carecer de la cualificación típica). Una solución así se basa en que solamente la infracción del deber jurídico especial en que incurre el intraneus (el obligado) puede fundamentar la autoría (Caro, 2010). De ello, se concluye que el intraneus es autor mediato, puesto que lo que hace es realizar la acción típica “a través de otro”, infringiendo personalmente su deber especial. En cambio, aunque tenga el “dominio del hecho”, el extraneus es solo un cómplice; él no puede ser autor, porque no está vinculado al deber especial y, por lo tanto, no puede lesionarlo (Abanto, 2004). Sin duda, esta teoría contribuye decisivamente en la solución dogmática de la cuestión acerca de la delimitación de las formas de intervención en aquellos tipos penales que presuponen deberes especiales de carácter penal (San Martín, 2006). La aplicación de esta teoría resuelve razonablemente los vacíos a los que llegaban las teorías que se basaban en el dominio del hecho en el tratamiento de estos casos (Rojas, 2013).

Aquí no se sigue la teoría de los delitos de infracción de deber en la vertiente de Jakobs, pese a que como sostiene el profesor Caro John (Caro, 2010), la evolución de dicha categoría es impensable sin el tratamiento dogmático dado por este autor, quien, en el marco de un pensamiento funcional-normativista del sistema del Derecho Penal, en los últimos veinte años ha orientado su potencia dogmática a una fundamentación amplia de los delitos de infracción de deber. Según esta concepción normativa pura del Derecho penal, se enseña que la infracción del deber fundamenta el injusto, esto es, constituye la razón de la punición del comportamiento. Para esta forma de

explicar el Derecho penal, la razón de la imputación es la infracción del deber, la que trae consigo el contenido material del injusto, pues la lesión de una institución positiva fundamenta siempre la punibilidad del autor. En suma, en la infracción del deber radicaría el fundamento de la imputación jurídico-penal. La infracción del deber siempre fundamenta la punibilidad (Villavicencio, 2006). Según esta forma de explicar el Derecho penal, por ejemplo, se perfeccionará el delito de peculado previsto en el artículo 387º del Código Penal, si el sujeto público infringiendo su deber funcional de administrador se dispone a apropiarse de los bienes públicos sobre los cuales tiene relación funcional. Para esta teoría sería irrelevante penalmente si el sujeto público llega realmente a apropiarse del bien público. Situación que al menos en nuestra patria, no es de recibo, pues como veremos, la misma construcción de la fórmula legislativa del 387º exige la concurrencia de otros elementos objetivos para la consumación del delito de peculado. De modo que la sola infracción del deber no es suficiente para sancionar penalmente la conducta de peculado.

En tal línea del razonamiento, no se sigue esta postura, pues como lo sostiene Pariona Arana (Pariona, 2012), por la manera como están construidas las fórmulas legislativas de los tipos penales que recoge nuestro Código Penal en su parte especial, no es posible sostener al menos en el Perú, que la sola infracción del deber sea ya razón suficiente de la imputación jurídico-penal. Según las fórmulas legislativas de los delitos contra la administración pública por ejemplo, aparte de la infracción del deber se exige que el sujeto público realice una acción u omisión de peligro o lesión a un bien jurídico determinado para completar el injusto penal. De modo que la sola infracción de un deber especial no es suficiente, se necesita la concurrencia de otros elementos objetivos y subjetivos. La punibilidad de un delito no puede agotarse en la infracción de la norma o del deber especial, pues aquella requiere también un contenido material definido por la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por el tipo penal, tal como lo exige el artículo IV del Título Preliminar de nuestro Código Penal.

En otro extremo, no sigue también aquí la postura del funcionalismo normativista de Jakobs en la explicación de la autoría y participación de los delitos contra la administración pública, debido a que según esta concepción

si en un hecho concreto participa un extraneus, este responderá por un delito diferente al cometido por el intraneus. Por ejemplo, si en la sustracción de los caudales públicos participan el sujeto público encargado de su custodia junto a un particular, para esta concepción, el primero responderá por el delito de peculado por haber infringido su deber funcional, en cambio, el particular extraño responderá por el delito de hurto que viene a constituir un delito de dominio (Pariona, 2012). Un mismo hecho tendría doble calificación jurídica. En efecto, según esta concepción en el caso de los delitos especiales de infracción de un deber, el castigo de los partícipes adquiere características distintas y por tanto no sigue, en principio, la teoría de la unidad del título de imputación, sino por el contrario, sigue la teoría de la ruptura del título de imputación (Pariona, 2012). La razón del cambio de criterio radica en la circunstancia que la competencia institucional, sobre la que se fundamenta el delito de infracción de un deber, solamente puede atribuirse a los intranei al tipo. Los extranei no pueden asumir esta competencia y, por lo tanto, su responsabilidad penal no podrá determinarse con base en el delito de infracción de un deber. En consecuencia, el partícipe no podrá ser sancionado con el marco penal establecido para el delito de infracción de un deber (García, 2012).

Para graficar este aspecto, el profesor Caro John, luego de afirmar que en los delitos de infracción de deber puede participar un extraneus, pone los siguientes casos: “una de las partes que redacta la sentencia que luego el Juez la ejecuta, o el vendedor de colchones que, luego de entregar un centenar de ese producto a los pobladores de una zona afectada por algún desastre natural, incrementa la factura haciendo constar un incremento considerablemente superior al precio real, porque el alcalde corrupto así se lo ha solicitado. Tanto el vendedor de colchones, como la parte del proceso que redacta la sentencia, contribuyen de manera esencial a la comisión del delito; no obstante, por no poder infringir un deber de carácter institucional (no son funcionarios), sino el deber general de no lesionar neminem laede (pues, solo son personas), ellos solo podrán responder como autores o partícipes (la diferenciación será de acuerdo con la envergadura de la intervención), pero en un delito de dominio o de organización, para lo cual se precisa de una regulación típica diferenciada a fin de no incluir a los

extranei en el mismo grupo de responsabilidad por los delitos de infracción de deber cometidos por el Juez y el Alcalde (obligados especiales)” (Caro, 2010).

Esta forma de enfrentar el delito que lesiona o pone en peligro el bien jurídico general denominado correcto funcionamiento de la administración pública, no es de lo más adecuado y eficaz. Genera impunidad respecto de los que ayudan o auxilian a la comisión de un delito especial cometido por un funcionario público (García, 2012). Esto es más evidente en los delitos especiales propios donde no hay delito subyacente, como por ejemplo, en el prevaricato. Aquí si un particular ayuda a un juez a cometer el citado delito, su conducta quedaría sin sanción. Su conducta sería impune. Por tal razón, como ya hemos indicado, en el Perú ha sido superada luego que a inicios del siglo XXI, con el derrumbe de la cúpula política que gobernó el país desde 1990 hasta el 2000, se procesaron múltiples casos por la comisión de múltiples delitos contra la administración pública.

Jurisprudencialmente se ha impuesto en nuestra patria, la posición de considerar que por el principio procesal de unidad de la investigación y los principios sustantivos de la participación de unidad del título de imputación (García, 2012) y accesoriedad, los particulares o extraneus responden por la comisión del delito especial cometido por el sujeto público autor, pero como cómplices. Incluso, así se ha previsto como doctrina legal vinculante en el Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116. En efecto aquí entre otros aspectos se precisó que “los extraneus se regirán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor, pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá el término del plazo previsto para los autores”.

Nuestro Código Penal asume la tesis de la accesoriedad de la participación de lo cual se deriva que toda complicidad es dependiente de un hecho principal, careciendo por lo mismo de autonomía y estructura delictiva propia (tesis de la unidad de imputación) (Rojas, 2013). Aceptar que los actos de complicidad de los particulares asumen una tipicidad propia distinta a la de los actos de autoría del sujeto público (tesis de la ruptura de la imputación) implicaría hacer una doble tipificación sobre la base de un solo hecho y, por lo tanto, doble aplicación de leyes de naturaleza penal, lo cual supone plantear un concurso de tipos penales (especial y común) que satisfaga la

tesis de la complicidad como hecho principal paralelo a la autoría del sujeto cualificado, situación que, de aceptarse, dejaría en la impunidad muchos actos de participación.

Así, por ejemplo, en nuestra patria, en los inicios del sistema anticorrupción, se tuvo diversos procesos penales en los cuales, el sujeto público era procesado por peculado o colusión, en tanto que a los terceros (extraneus) que habían participado con ellos en la comisión del mismo delito especial y de infracción de deber funcional, se les seguía procesos penales diferentes como partícipes de los delitos de hurto o apropiación ilícita (Roxin, 2007), los mismos que al final eran absueltos debido al uso del argumento siguiente: es imposible que existan partícipes de hurto, apropiación ilícita o estafa sin la existencia de un autor de estos delitos, trayendo como lógica consecuencia que muchos casos pasaran a engrosar las cifras de la impunidad.

Sin embargo, la situación cambió drásticamente cuando nuestra Corte Suprema comenzó a emitir ejecutorias supremas sobre la base de los principios de la accesoriedad y la unidad del título de imputación de la complicidad (Roxin, 2007). En efecto, la ejecutoria suprema del 14 de enero de 2003 argumentó con toda propiedad que “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 enmarcado en el mismo nomen iuris delictivo; por lo que el argumento de que su conducta debe ser enmarcada en un delito común homologable, no solo es inconsistente, sino que implica la afectación al título de imputación y la inobservancia del principio de accesoriedad limitada, que rige en el ámbito penal y que se colige de la interpretación que se hace del artículo 26° del Código Penal” (Salazar, 2004). De igual modo, la ejecutoria suprema del 14 de noviembre de 2003, de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, precisó que “en cuanto a la calidad de cómplice del coprocesado Bedoya de Vivanco en el delito de peculado, debemos de manifestar que nuestro Código Penal recoge la tesis de la accesoriedad de la participación y la teoría del dominio del hecho para efectos de determinar la autoría, mientras que la complicidad es dependiente de un hecho principal, careciendo de autonomía y estructura delictiva propia

[...] por consiguiente la conducta desplegada por el procesado Bedoya de Vivanco, persona particular, se encuentra bajo la calidad de cómplice del delito de peculado”. En esta ejecutoria, nuestros jueces supremos innecesariamente hacen alusión a la teoría del dominio del hecho.

Luego tenemos el precedente jurisprudencial del 11 de octubre de 2004. Aquí, la ejecutoria suprema sostuvo: “Que, el Código Penal respecto a la participación, asume la tesis de la „accesoriedad de la participación”, es decir, que la participación es posible cuando concurre realmente un hecho cometido por un autor, pues la complicidad no goza de autonomía típica propia o estructura delictiva distinta a la cometida por el autor del hecho punible, de tal forma que la unidad del título imputativo será la que le corresponda al autor (unidad del título de imputación). Por ende, las personas „extraneus” que no tengan la calidad exigida por la ley para el autor material responden en calidad de cómplices de un hecho punible realizado por quien sí posee tal calificación. Esta calificación no se exige para el cómplice, pues ninguna de estas personas realiza materialmente la conducta descrita en el tipo... En estos casos, al que no está obligado de por sí únicamente se le puede hacer responder „en segundo término” y por tanto solo limitadamente”.

Finalmente, como ejemplo del cambio jurisprudencial que se produjo en la lucha contra los actos de corrupción, tenemos la ejecutoria suprema del 30 de diciembre de 2004 (San Martín, 2006). En efecto allí se expone que “aun siendo el tipo penal de enriquecimiento ilícito un delito especial –propio, en este caso– es absolutamente posible el concurso de terceros para su efectiva consumación, sin que tal condición implique la ruptura del título de imputación; que la intervención de terceros en delitos especiales, más allá incluso de la entidad de la contribución material concreta de cada uno de ellos, solo puede ser a título de partícipes en tanto no son funcionarios o servidores públicos, que es lo que el tipo exige para la autoría –el autor en este caso es quien infringe un deber específico o especial que el tipo penal asume–; accesoriedad que en todo caso no puede negar la consideración general que los partícipes –como todas las personas– tienen el deber de evitar la lesión del bien o interés jurídico-penal en cuestión; que es claro, entonces, que el cómplice no necesita tener la calificación jurídica que

determina la autoría del hecho punible, sencillamente porque no es un autor, sino un simple partícipe”.

Lo cierto es que la teoría de la unidad del título de imputación supera en muchos aspectos a la teoría de la ruptura de la imputación y llega a soluciones jurídicas más satisfactorias, y evita caer en la ficción de considerar conductas de complicidad o participación en delitos que en realidad no se han producido (Pariona, 2012).

Antes de concluir con este tema, es de precisar que de modo alguno se violenta el contenido del artículo 26° del CP (García, 2012) que establece que las circunstancias y cualidades que afecten las responsabilidades de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible, toda vez que resulta claro que la circunstancia especial que califica a los autores de los delitos contra la administración pública, cual es infringir un deber especial de carácter penal, de modo alguno modifica ni menos se traspassa a los extraneos que ayudan o auxilian en la comisión de un delito especial. Por ello, se afirma y se sostiene en la doctrina jurisprudencial peruana que en estos casos, la pena del partícipe siempre será menor a la del autor e incluso se sostiene que la dúplica de la prescripción de la acción penal prevista en la última parte del artículo 80° del Código Penal solo alcanza a los autores o intranei y no a los partícipes o extranei. Además, se debe tener claro que el artículo 26° del Código Penal no puede ser empleado para determinar el tipo penal de la parte especial aplicable al caso concreto, esto es, no puede utilizarse para asignar el título de imputación del agente. Es solo una regla general que asegura o busca un marco penal justo, para aquellos casos donde de la aplicación de los tipos de la parte especial y los dispositivos de la participación pudieren resultar penas desproporcionadas (Pariona, 2012).

Como es de advertirse en los delitos contra la administración pública, no todos son especiales. Existen también delitos comunes como, por ejemplo, el delito de tráfico de influencias. Es obvio que cuando se trata de delitos comunes la teoría del dominio del hecho debe ser utilizada para identificar o determinar quién es autor y quién es partícipe del delito.

Complicidad única. Para la teoría de infracción del deber, todo aquel que sin tener el deber especial penal participa en la comisión de un delito contra la

administración pública que comete un sujeto público con deber especial penal, será simplemente cómplice. Según la teoría de infracción del deber la complicidad es única.

La diferencia entre complicidad primaria o secundaria es hija de la teoría del dominio del hecho donde es importante determinar el aporte que ha brindado al autor el partícipe en la comisión del delito. De modo que en los delitos especiales no es de aplicación lo dispuesto en el artículo 25° del Código Penal que establece que al cómplice primario se le impone la misma pena que el autor, y al cómplice secundario se le disminuirá prudencialmente la pena. No debe obviarse que tal artículo tiene como fundamento la teoría del dominio del hecho.

La siguiente pregunta se impone: ¿cuál es la pena que se imponer en consecuencia al cómplice en los delitos de infracción del deber? El hecho que las reglas generales de la autoría y participación actualmente existentes en nuestro sistema penal, no resultan suficientes para fundamentar de manera general el castigo de un partícipe en un delito especial de infracción de un deber, de modo alguno podemos aceptar y consentir pacíficamente que se siga aplicando las reglas de la teoría del dominio del hecho para aplicar la sanción correspondiente al cómplice. Más bien debe propiciarse que el juez al momento de aplicar la pena al cómplice de un delito contra la administración pública, jamás debe imponer una pena igual o mayor a la impuesta al autor del delito. La pena para el cómplice será siempre menor a la del autor. El fundamento es que la conducta del autor al haber cometido el delito infringiendo un deber especial penal, es más reprochable que la conducta desarrollada por aquel que no infringió deber especial alguno. La conducta del autor merece mayor pena que la conducta del cómplice (Rueda, 2013).

En el Proyecto de Código Penal de 2009, cuya parte general está aprobada y publicada por el Congreso de la República, y donde ya se toma en cuenta la teoría de infracción del deber para establecer la autoría y participación en los delitos especiales, encontramos el artículo 26° donde se establece que: “si en el partícipe no concurren los especiales elementos personales que fundamenten, agraven, disminuyan o excluyan la punibilidad, se atenuará la pena para él conforme al artículo 45 del Código Penal”. Esto significa que si

en el cómplice no concurre el deber especial penal que sí concurre en el autor, el juez atenuará la pena para el cómplice conforme a los parámetros del artículo 45 del Código Penal. En conclusión, en los delitos especiales que lesionan o ponen en peligro el normal desenvolvimiento de la administración pública, al cómplice siempre se le impondrá menos pena que al autor.

Esta solución jurídica no es nada nueva, pues haciendo derecho comparado, encontramos que en el Derecho penal alemán se contempla una regla específica para estos casos, al establecer que la pena del partícipe en delitos fundamentados en elementos personales especiales debe atenuarse especialmente (García, 2012). La Sala Penal Transitoria de la Suprema Corte aún no tiene claro este aspecto, pues para resolver los casos concretos de delitos de infracción del deber todavía viene aplicando la teoría del dominio del hecho para identificar quién es autor y quién es cómplice. En efecto, en la ejecutoria suprema del 6 de mayo de 2013 (Rojas, 2013), argumentó que “su aporte o contribución como extraneus fue esencial, pues Raffo Arce fue el escogido por el Jefe del Estado para recibir el dinero con una finalidad concreta, para lo cual tenía funciones asignadas en la trama criminal de reelección presidencial, de ahí que corresponde calificar su intervención de insustituible y, por tanto, de complicidad primaria o cooperación necesaria”. Considero que si el Juez se decide por aplicar la teoría de infracción del deber debe hacerlo en toda su magnitud. No podemos seguir mezclando las teorías penales.

La dúplica de la prescripción ¿Al extraneus le alcanza la dúplica de la prescripción de la acción penal prevista en la última parte del artículo 80 del Código Penal? En la línea interpretativa que se viene exponiendo, resulta claro que el extraneus, al participar en la comisión de un delito contra la administración pública, sin lesionar o infringir un deber especial de carácter penal como sí lo hace el autor, no le alcanza la dúplica de la prescripción de la acción penal prevista en la última parte del artículo 80° del Código Penal que desarrolla el contenido del último párrafo del artículo 41 de la Constitución Política vigente. En efecto, la última parte del artículo 80° del CP, establece que en los casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, el plazo de prescripción de la acción penal se duplica.

Significa que solo a los autores de los delitos que lesionan el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este, les alcanza la dúplica de la acción penal. Esta posición, en la doctrina jurisprudencial de nuestra Corte Suprema, ha quedado establecida hasta en dos Acuerdos Plenarios. Así tenemos el Acuerdo Plenario N°01-20101-2010/CJ-116 del 16 de noviembre de 2010 (Problemas actuales de la prescripción), donde se estableció como doctrina legal vinculante lo siguiente: El ataque contra el patrimonio público es ejecutado por un sujeto público al que se le confió el patrimonio y se colocó al bien en una posición de especial vulnerabilidad por aquel. Esto implica un mayor desvalor de la acción, complementado con el desvalor del resultado derivado de la específica función de protección que tiene esas personas respecto del patrimonio del Estado, de la lesión que proviene de la acción desvalorada y de la mayor posibilidad que tiene para encubrir sus actividades ilícitas.

Se incrementa el plazo de la 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 Ministerio Público un mayor tiempo para que pueda perseguir el hecho punible y establecer una mayor dificultad para que el delito no quede impune. De modo que para que se produzca el incremento del plazo de la prescripción se requiere de lo siguiente:

- a) Exista una relación funcional entre el agente y el patrimonio del Estado.
- b) El vínculo del sujeto público y el patrimonio implica que aquel ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre el patrimonio del Estado, y
- c) Como fuente de atribución sirve una orden administrativa, y por tanto es posible que a través de una disposición verbal se pueda transferir o delegar el ejercicio de funciones de administración, percepción o custodia.

Los bienes sobre los cuales recae la acción pueden ser:

- a) Íntegramente del Estado.
- b) Bienes de sociedades de economía mixta.

c) 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 válido.

En tanto que en el Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116 del 6 de diciembre de 2011 (nuevos alcances de la prescripción), al exponer que resultaba necesario determinar si la prescripción varía en relación a su duración, según se trate propiamente del autor (intrañei) o, en su caso, del partícipe, inductor o cómplice (extraneus), o si hay que aplicar el mismo plazo a todos los responsables del hecho, con independencia del título que le corresponda por su actuación, se estableció como doctrina legal vinculante lo siguiente: El Código Penal al regular el término de prescripción de la acción penal en el artículo 80° CP, estipuló que se duplica el plazo de la prescripción para el funcionario o servidor público que en el ejercicio de sus funciones realice una conducta punible que atente contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por este. De modo que es evidente que la calidad de funcionario o servidor público del autor ha sido prevista como una condición especial de deberes que fundamenta la mayor extensión del término de la prescripción, por la distinta posición que estos ocupan en la sociedad y porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a la Administración Pública. En consecuencia, los que no detentan esas condiciones, no infringen el deber jurídico especial y, en ese sentido, no son merecedores de un mayor reproche penal en vinculación con la extensión del plazo de la prescripción. Desde esta perspectiva y al amparo de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, es necesario que exista una diferenciación entre el intrañei y extraneus derivada de la diferente condición y ausencia del deber jurídico especial. Los extraneus se regirán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor, pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá el término del plazo previsto para los autores.

No es admisible la coautoría

Otro aspecto no menos importante de la teoría de la infracción del deber es el hecho que no admite la coautoría definida en el artículo 24° de nuestro Código Penal como el hecho de cometer conjuntamente el hecho punible. Esto es, existe coautoría cuando dos o más personas cometen

conjuntamente un delito. Ocurre cuando dos o más personas con acuerdo de voluntades lesionan o ponen en peligro un bien jurídico protegido. La coautoría también es hija de la teoría del dominio del hecho (García, 2012) que explica la autoría y participación en los delitos comunes como se tiene ya expuesto. La coautoría se fundamenta en el principio de reparto funcional de roles, por el cual las distintas contribuciones deben considerarse como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada coautor, independientemente a la entidad material de su intervención (García, 2012). Por ejemplo, hay coautoría en un delito de robo cuando dos o más personas se ponen de acuerdo y se reparten roles específicos para lesionar el bien jurídico patrimonio de la víctima. Igual puede ocurrir en un homicidio, hay coautoría cuando dos o más personas se ponen de acuerdo en poner fin a la vida de la víctima y luego para conseguir su objetivo se reparten roles específicos. En suma, ello ocurre cuando los bienes jurídicos protegidos son derechos de las personas.

Sin embargo, ello no ocurre cuando los bienes jurídicos protegidos lo constituyen deberes impuestos por la ley penal a determinadas personas. Por ejemplo, el deber de lealtad, el deber de imparcialidad, el deber de no lesividad del patrimonio del Estado, etc., son deberes personalísimos que impone el Estado a aquellas personas que desempeñan un cargo público al interior de la administración pública. Son deberes personales que se conocen también como principios que sustentan la administración pública. No pueden dividirse ni compartirse (Salinas, 2013).

En tal sentido, si dos o más funcionarios de una institución pública se ponen de acuerdo para sustraerse el patrimonio de la institución sobre el cual tienen la relación funcional de administración, y así lo hacen, cada uno de aquellos funcionarios afectaría su deber personal de no lesividad del patrimonio público. Cada funcionario en forma personal lesionaría o infringiría el deber especial penal impuesto por el Estado. Cada funcionario será solo autor del delito de peculado. Es imposible sostener que dos o más funcionarios se ponen de acuerdo y luego se reparten roles para infringir un solo deber especial. No hay forma de sostener que el funcionario A lesiona una parte de un deber especial, el funcionario B otra parte del mismo deber, y el funcionario C la otra parte del mismo deber especial. Los deberes especiales

impuestos por la ley no pueden dividirse. En suma, la infracción del deber especial penal es único, materialmente la infracción de un principio no se hace en coautoría.

De modo que no es de recibo el criterio jurisprudencial ensayado en la ejecutoria suprema del 18 de octubre de 2010 (Caro, 2010) y vuelto a repetir en la ejecutoria suprema del 3 de noviembre de 2010, cuando se sostiene que “en los delitos especiales propios, como el de peculado, se admite la coautoría siempre que concurra: a) la presencia de un acuerdo común para lesionar los bienes del Estado; b) una división de funciones y c) un aporte eficaz de cada uno de los agentes delictivos públicos para extraer los caudales del Estado fuera de la esfera de la administración sin causa legítima para ello”. Aquí erróneamente la Sala Penal Permanente de la Suprema Corte utiliza los parámetros de la teoría del dominio del hecho que fundamenta la coautoría, para identificar la autoría y participación en un delito especial como lo es el peculado, el mismo que como ya se expresó se explica razonablemente con la teoría de infracción del deber. Es más, se señala que debe haber un acuerdo común para lesionar los bienes del Estado, cuando bien sabido es que el bien jurídico que se protege con el delito de peculado no son los bienes o el patrimonio del Estado, sino lo que se pretende proteger con el citado delito es el principio de no lesividad al patrimonio del Estado como incluso, así se ha precisado de modo adecuado como doctrina legal vinculante en el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116 (Caro, 2010).

No debe obviarse que en el delito de peculado, como se analiza más adelante, se afecta el patrimonio del Estado en forma indirecta, pero no como bien jurídico protegido, sino como objeto material del delito.

### 2.3. LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL DE PATRIMONIO PÚBLICO

El presente capítulo de la investigación tiene por objeto estudiar, desde la dogmática-penal, la modalidad típica de administración desleal de patrimonio público contenida en el artículo 387° CP. En efecto, luego de que se ha delimitado el contenido y alcance del delito tradicional de peculado por “apropiación”, corresponde determinar el ámbito de aplicación y contenido material de la modalidad típica especial de administración desleal de patrimonio público, la cual fue referida por nosotros en el capítulo precedente

cuando se conceptualizó el elemento objetivo de “utilización” contemplado en el tipo penal del Art. 387° CP.

En esta medida, en el presente capítulo en un primer momento se abordara lo referido al ámbito de aplicación de la modalidad de administración desleal de patrimonio público. En segundo lugar, se delimitará la conducta típica de esta modalidad a partir del análisis de las distintas teorías que se han formulado para la

“administración desleal”. Por último, se analizará cómo se consuma la modalidad delictiva.

### **2.3.1. Ámbito de aplicación de la administración desleal de patrimonio público**

Como se explicará con detenimiento infra, la modalidad delictiva de administración desleal de patrimonio público tiene aplicación allí donde el funcionario público que detenta facultades de disposición patrimonial (facultad de realizar negocios jurídicos con terceros) abusa de dichas facultades para dar una aplicación privada a los bienes públicos, generando un perjuicio patrimonial al Estado. Es decir, esta modalidad delictiva se aplica cuando se gestiona patrimonio público en interés privado.

En esta modalidad, lo que fundamenta la gravedad del hecho y justifica la intervención del Derecho Penal es i) el abuso de las facultades de disposición que detenta el funcionario en la administración de un bien público, ii) la generación de una apariencia de legalidad y regularidad de la operación frente a terceros y iii) en los supuestos en los que el funcionario detenta discrecionalidad administrativa, la mayor situación de vulnerabilidad del bien jurídico (Mayo, 2005). Aquí, el patrimonio público no es perturbado mediante la disminución de las posibilidades funcionales de la sustancia o valor bien objeto material del delito (como sucede con el “peculado tradicional por apropiación”), sino a través del abuso de las facultades de disposición que tiene concedidas el sujeto activo (Mayo, 2005). En esta modalidad de administración desleal de patrimonio público, el patrimonio del Estado se ve menoscabo cuando, mediante dicho abuso, se destina el bien público a una finalidad privada ajena al interés general.

En este sentido, la conjugación de los elementos típicos “utilización”, “administración” y “caudales” o “efectos” del Art. 387° CP permite el

surgimiento de esta modalidad delictiva especial, la cual no sanciona conductas apropiatorias en estricto de cosas públicas –peculado tradicional-, sino de gestión desleal de bienes públicos (disposición patrimonial abusiva). Sobre este punto, cabe precisar que, a diferencia del delito de peculado doloso tradicional, los bienes públicos sobre los que puede recaer la conducta típica de la administración desleal de patrimonio público, también, pueden ser i) bienes inmateriales, ii) bienes inmuebles o iii) bienes que han sido autorizados para disponerse discrecionalmente por el sujeto activo, dado que el hecho penalmente desvalorado ya no es la “apropiación” de una “cosa mueble”, sino el abuso de una facultad especial de disposición de bienes públicos.

En efecto, conforme lo ha reconocido Hernández Basualto, las limitaciones que detenta el delito de apropiación indebida para aplicarse en los supuestos en los que el objeto material lo constituyen estos tres tipos de bienes antes mencionados también son trasladables al delito de peculado tradicional (malversación de caudales públicos) (Hernández, 2005). Así, el ámbito de aplicación del tradicional delito de “peculado por apropiación” no podría abarcar los supuestos en los que el objeto material lo constituyen cualquiera de estos tres tipos de bienes mencionados, pues, al igual que la apropiación indebida, el verbo rector “apropiación” no lo permitiría.

En esta medida, a continuación se estudiarán las características y elementos de esta modalidad especial a fin de delimitar su ámbito de lo prohibido y notar las semejanzas y diferencias que guarda con el delito de peculado doloso tradicional contenido en el mismo precepto penal.

### **2.3.1.1 Sobre el sujeto activo**

La modalidad especial de administración desleal de patrimonio público es, como sucede también con el delito de peculado doloso tradicional, un delito especial que exige que el sujeto activo tenga una vinculación funcional especial con el caudal público objeto material del delito. El sujeto activo debe ser un funcionario que tenga en “administración” el objeto material del delito, por ende, no puede ser sujeto activo de esta modalidad el funcionario que sólo “percibe” o “custodia” el bien público.

El funcionario público sujeto activo del delito no es cualquier funcionario por el solo hecho de serlo, sino que debe ser uno que tenga por razón de su

cargo la disponibilidad sobre el bien público. Como se dijo en el capítulo anterior, el funcionario público debe tener una competencia normativa especial sobre el bien público, la cual puede surgir a partir de una norma (legal o reglamentaria), disposición (acto administrativo) u orden de la autoridad competente. Por ende, no puede ser sujeto activo del delito, el funcionario público que de manera ocasional tiene inmediatez con el bien público.

### **2.3.1.2 Sobre el objeto material del delito**

Objeto material de la modalidad de administración desleal de patrimonio público pueden ser tanto “caudales” como “efectos” públicos. En relación a la adjetivación de los bienes como “públicos”, como se explicó en el capítulo anterior, un bien es público cuando, -en sentido amplio- “pertenece” a la administración pública; es decir, cuando el bien está destinado o adscrito al patrimonio de la administración pública (no necesariamente de su propiedad) y, por ende, al cumplimiento de finalidades públicas. Los bienes “pertenecen” a la administración pública desde que son percibidos por el funcionario en representación de aquella (teoría del derecho expectante) para cumplir finalidades públicas.

Ahora bien, es de notar que las clases de bienes públicos sobre los que puede recaer la modalidad especial de administración desleal de patrimonio público son diversas. Estos bienes pueden ser “cosas muebles”, como también bienes inmateriales, bienes “inmuebles” y los bienes autorizados para disponerse discrecionalmente por el sujeto activo. Dependiendo del caso, entonces, el objeto material del delito podrá constituir un “caudal” o “efecto” público en los términos del Art. 387° CP. Sobre el entendimiento de estos dos elementos típicos, nos remitimos a lo señalado en el capítulo precedente.

Lo particular del objeto material de la acción de esta modalidad de administración desleal de patrimonio público y que lo distingue del objeto material de la acción del peculado doloso tradicional es que también puede estar constituido por bienes que no pueden –por su propia naturaleza- ser objeto de “apropiación” en estricto, como aquellos que no detentan las características de corporeidad, aprehensibilidad y posibilidad de traslado, o aquellos sobre los que el sujeto activo tiene amplio poder de disposición

discrecional. Al sancionar esta modalidad delictiva, específicamente, conductas de abuso de facultades de disposición patrimonial -distintas a las “apropiaciones”- no existe obstáculo para que el objeto material de la acción de esta modalidad sean i) bienes incorpóreos (no aprehensibles), ii) bienes “inmuebles” (no trasladables físicamente) (Hernández, 2005) o iii) bienes autorizados para disponerse discrecionalmente.

Precisamente, a continuación analizaremos detenidamente estos tres tipos de bienes (objeto material de la acción) sobre los que puede recaer la conducta típica de la administración desleal de patrimonio público.

#### a) Los bienes inmateriales

La modalidad de administración desleal de patrimonio público contenida en el Art. 387º CP puede tener como objeto material de la acción a bienes que no tienen un sustrato material tangible y no son apreciables por los sentidos humanos, esto es, bienes incorpóreos o inmateriales como, por ejemplo, los “derechos de crédito” o los derechos de propiedad intelectual o industrial, integrantes de un “activo patrimonial”.

Conforme lo ha reconocido la doctrina, los “activos patrimoniales” son cualquier elemento patrimonial que integra el “haber” contable de una persona natural o jurídica (dinero, bienes, créditos a su favor, acciones, etc.) (Mayo, 2005). Dentro del concepto de “activo patrimonial” se incluyen cualquier derecho que sea susceptible de tener un valor medible en dinero, como, por ejemplo, un derecho de crédito (Quintero, Gonzalo & Morales, Fermín., 2007).

En efecto, es de especial relevancia para la presente investigación el análisis de los “derechos de crédito” como objeto material del delito. El “derecho de crédito” es aquel que otorga al acreedor el derecho a que el deudor cumpla con una obligación, cuyo objeto es la realización de una prestación de “dar”, “hacer” o “no hacer”.

Los supuestos en los que un funcionario público administra un “derecho de crédito” integrante del patrimonio público es muy diverso; no obstante, en la presente investigación creemos pertinente analizar los siguientes ejemplos de “derechos de crédito” que son objeto material de la acción de la modalidad delictiva de administración desleal de patrimonio público: i) derechos de

crédito surgidos a partir de la entrega en propiedad de un objeto como bien fungible y ii) el dinero “electrónico”, “bancario” o “giral”.

a.1) Los derechos de crédito surgidos a partir de la entrega en propiedad de un objeto como bien fungible

Los bienes fungibles son aquellos que pueden ser sustituidos por otros a propósito del cumplimiento de una obligación. Estos bienes son iguales en su valor, peso o medida; son equivalentes unos con otros y por eso pueden ser reemplazados a la hora del pago (Avendaño, 2010). El bien fungible por excelencia es el dinero, dado que los billetes o monedas pueden ser sustituidos a la hora del cumplimiento de una obligación por otros del mismo valor económico.

En efecto, a menudo la propia Administración o un tercero entrega dinero a un funcionario público para que este realice cierta prestación de naturaleza pública (caso de la asignación de viáticos o del cajero que cobra una cantidad de dinero en nombre de la Administración por ejemplo). En estos casos, a la Administración poco le importa que el valor dinerario que utilice el funcionario en su labor funcional sea concretamente el otorgado u otro del mismo valor. De la misma forma, le es irrelevante que se devuelva el mismo dinero entregado (o parte de él) y no utilizado en la comisión de servicios u otro distinto del mismo valor dinerario. Ello en razón de que el bien otorgado tiene naturaleza fungible (Avendaño, 2010).

Al respecto, debe notarse que de una interpretación conjunta de los artículos 1648° y 1654° del Código Civil peruano (C.C en adelante), se desprende que toda entrega de dinero -como bien fungible -transmite necesariamente su propiedad al que lo recibe (Chanjan, 2014). Cuando un bien fungible es entregado a otra persona se transfiere con este acto, necesariamente, la propiedad sobre el mismo, por lo que, el funcionario que recibe en su esfera privada de dominio un bien público fungible de la Administración adquiere la propiedad del mismo, esto es, el bien deja de formar parte del patrimonio de la administración pública y se incorpora el patrimonio personal del funcionario.

Además de ello, como sostiene De la Mata, cuando se entrega dinero (como bien fungible) a un mandante, comitente o representante, éste adquiere la propiedad del mismo, puesto que quien entrega el dinero pierde la posibilidad

de reivindicarla, dado que existe dificultad para su identificación al producirse una mezcla y confusión con el patrimonio personal del que lo recibe (De La Mata, 2012).

Cabe notar que cuando los bienes fungibles se incorporan al patrimonio personal del funcionario nace automáticamente en el patrimonio de la Administración un “derecho de crédito” que constituye un “activo” en su patrimonio.

Es decir, como contrapartida a la entrega en propiedad del bien, se origina un incremento en el “haber” de la administración pública. Este “activo patrimonial” o “derecho de crédito” se satisfará cuando el funcionario cumpla con entregar a la Administración cierta suma de dinero o bien, o cumpla con la prestaciones establecidas (Hernández, 2005). En definitiva, se genera una relación funcionario-Administración que exige al funcionario realizar ciertas prestaciones valorables económicamente para satisfacer el derecho de crédito constitutivo de un “activo” perteneciente a la Administración.

Por tanto, objeto material de la acción de la modalidad de administración desleal de patrimonio público no es el bien fungible entregado -pues él ya perdió la calidad de “público”-, sino el “derecho de crédito” o “activo patrimonial” (como bien inmaterial) adscrito al patrimonio de la administración pública. En este caso, también estamos ante un “caudal” público, toda vez que, como sostuvimos anteriormente, el concepto amplio de “caudal” incluye en general a cualquier “bien”, lo cual permite incluir, de manera genérica, a los “activos patrimoniales”.

#### a.2) El dinero giral en operaciones bancarias

Otro supuesto destacable de bienes inmateriales que constituyen objeto material de la modalidad de administración desleal de patrimonio público es el referido al “dinero bancario” (también denominado “dinero giral”) (Hernández, 2005). Por “dinero bancario” se entiende el valor dinerario o monetario que es creado por los bancos a través del sistema de “cuenta corriente” (Araneda, 2012). Este tipo de “dinero” es utilizado en las operaciones bancarias como las “transferencias bancarias de crédito”, “depósitos bancarios”, “retiros bancarios”, etc.

Para que puedan darse estas operaciones bancarias que utilizan “dinero giral”, en principio, debe existir un contrato de cuenta corriente entre una

entidad bancaria y otra persona. El contrato de cuenta corriente o ahorro es un contrato de gestión de negocios, que impone a la entidad bancaria (gestor) diversas obligaciones. La gestión consiste en desempeñar en beneficio del cliente un “servicio de caja”, el cual abarca los pagos y los cobros que el banco ha de realizar por cuenta y en interés de su cliente. Los pagos se anotaran en su “debe”, los cobros en su “haber”, de tal manera que la sucesión de unos y otros se traducirá gráficamente en la forma contable de una cuenta corriente o de ahorro.

Es decir, la persona que tiene en su patrimonio “dinero bancario”, no es propietaria de dinero líquido alguno, sino que tiene un “derecho de crédito” a su favor respecto de la entidad bancaria. Dicho “derecho de crédito” -de naturaleza incorporal- constituye un “activo” inserto en el patrimonio del cliente del banco, de tal manera que cada vez que ella solicite al banco la entrega de cierta cantidad de dinero en efectivo, éste tendrá la obligación de hacerlo.

Por tanto, cuando alguien tiene en su patrimonio “dinero bancario”, en puridad lo que tiene es una acreencia o derecho de crédito que constituye un “activo” incorporal en su patrimonio. En esta medida, cuando un funcionario administra deslealmente fondos o dinero bancario de la administración pública, en puridad, administra deslealmente un “derecho de crédito”, el cual obliga a la entidad bancaria respectiva a –entre otras cosas- entregar ciertas sumas de dinero líquido (retiro de dinero en ventanilla p. ej.) o “activos” (mediante transferencias bancarias de crédito (San Martín, 2006) p. ej.) a los representantes de la Administración cuando estos así se lo requieran a aquella entidad bancaria. Este “derecho de crédito”, como se dijo, constituye un elemento adscrito al “activo” del patrimonio público.

#### b) Bienes “inmuebles”

Cuando se tuvo oportunidad de explicar las características del bien público objeto material del delito de peculado doloso tradicional, se señaló que la cosa debía ser pasible de traslado o desplazamiento de un lugar a otro para ser pasible de “apropiación”. En esta medida, quedaban fuera del ámbito del delito de “peculado por apropiación” los bienes “inmuebles” que no podían ser movilizados de un lugar a otro. No obstante, en la modalidad delictiva de “administración desleal de patrimonio público” un tercer tipo de bienes

pasibles de ser objeto material de delito son los “bienes inmuebles”, puesto que, como sostiene Sánchez-Vera, si bien ellos no pueden ser pasibles de “apropiación”, sí pueden ser sujetos de “disposición abusiva” contraria a los deberes que el principal impuso a su administrador (Mayo, 2005).

En efecto, como se explicará con detenimiento más adelante, la conducta típica de esta modalidad delictiva viene representada por una disposición abusiva de elementos patrimoniales; es decir, la conducta típica supone la realización de negocios jurídicos con terceros que sacan del ámbito de disponibilidad o restringen el uso de bienes públicos. En esta medida, no existe obstáculo dogmático para apreciar una administración desleal de patrimonio público que recaiga sobre “bienes inmuebles” pertenecientes al patrimonio de la Administración, en tanto este tipo de bienes pueden ser pasibles de enajenaciones, alquileres, gravámenes, etc.

Así, por ejemplo, se configuraría esta modalidad delictiva cuando el funcionario, que tiene la facultad y el deber de enajenar cierto terreno del Estado a una determinada persona, dona el mismo a otro sujeto que es su familiar o permite que éste habite allí, usufructuando indebidamente el terreno.

#### c) Bienes autorizados para disponerse discrecionalmente

Por último, también pueden ser objeto material de la acción de la modalidad de administración desleal de patrimonio público los bienes públicos (cualesquiera sean estos) que están autorizados para disponerse con amplia discreción por parte del funcionario encargado. Estos bienes pueden ser corporales, incorporales, “muebles” o “inmuebles”, puesto que lo que fundamenta que ellos no puedan ser pasibles de “apropiación” y sí de “disposición patrimonial abusiva” es la facultad de disposición con amplio margen de discreción que recae sobre ellos.

Como se abundará más adelante, cuando se aborde lo referente a la conducta típica de esta modalidad delictiva, estos bienes no pueden ser pasibles de “apropiación”, pues el funcionario ya está autorizado para comportarse como pseudo-propietario (primer elemento o aspecto de la conducta de “apropiación”).

Como sostiene Morales García, el funcionario no podría “apropiarse” de aquel bien que la administración pública le ha “legitimado” para disponer

comportándose como si fuera dueño (con amplios márgenes de discreción en su disposición)<sup>337</sup>.

En estos casos lo que sucede es que el funcionario perjudica al patrimonio del

Estado a través del abuso doloso de su facultad de disposición discrecional sobre bienes públicos.

### **2.3.1.3 Sobre la “administración” del bien público**

En la modalidad delictiva de “administración desleal de patrimonio público” se exige necesariamente que el bien público objeto material de la acción esté confiado al sujeto activo para su “administración”.

Como se señaló en el capítulo anterior respecto del delito de peculado doloso tradicional, la “administración” debe ser entendida en un sentido amplio, es decir, no sólo como un poder de disposición dominical (enajenación p. ej.), sino más genéricamente como “poder de gestión” que incluye el mero uso funcional del patrimonio. No obstante, esta modalidad delictiva exclusivamente puede presentarse cuando el sujeto activo detenta poder de “disposición patrimonial” sobre el bien público, esto es, cuando el funcionario está facultado para realizar negocios jurídicos que extraen de una esfera de dominio bienes (transferencia de propiedad), los someten a gravámenes de garantía (v. gr. hipotecas) o a otros derecho reales limitadores del uso y/o disfrute (v.gr. usufructo o servidumbre), o los someten a derechos obligacionales o de crédito (v. gr. arrendamiento, donación, contratos atípicos, etc.) (Quintero, Gonzalo & Morales, Fermín., 2007).

En este sentido, el elemento típico “administración”, debe ser entendido, para esta modalidad, de manera más restringida que en el caso del peculado doloso tradicional, pues supone una administración patrimonial de mayor intensidad. Aquí, el sujeto activo sólo puede ser aquel “administrador” que detenta legitimidad para “disponer” de patrimonio público. Ello en razón de que, como se explicara luego, el desvalor de acción de esta modalidad se ubica en el abuso de la facultad de disposición patrimonial que quebranta los deberes de disposición leal de bienes públicos (recordemos que el mero uso de bienes públicos, desde nuestro punto de vista, es penalmente irrelevante). En la modalidad de administración desleal de patrimonio público, el sujeto activo puede tener en “administración” el bien público de dos maneras: i) sin

discrecionalidad en la determinación del destino específico del bien público ni la forma en la que este bien será dispuesto, y ii) con discrecionalidad en la determinación del destino específico del bien público y/o la forma en la que este bien será dispuesto. Conforme se explicará detenidamente infra dependiendo del tipo de “administración” del funcionario, se configurará la submodalidad de “administración desleal común” o la submodalidad de “administración desleal arbitraria”, las cuales merecen distinto grado de reproche penal.

En esta medida, esta modalidad delictiva se aplica tanto cuando el funcionario está facultado para disponer del bien de determinada manera y para determinados asuntos sin amplia discrecionalidad administrativa, como cuando el funcionario está facultado para comportarse como pseudo-propietario en virtud de la amplia discrecionalidad administrativa que tiene para disponer del patrimonio público. Como se explicará más adelante, según estemos ante alguno de los dos supuestos de “administración” mencionados, se evidenciará alguna de las dos sub-modalidades que presenta la administración desleal de patrimonio público.

### **2.3.2 Sobre el bien jurídico específico protegido**

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

Al respecto cabe mencionar que la doctrina penal española ha reconocido que en el delito de administración desleal de patrimonio ajeno español (inserto en el precepto penal del delito de apropiación indebida del Art. 252º del Código Penal español) se protege de manera general el “patrimonio” (Silva, 2006). Se sostiene que lo decisivo en este delito no es la “apropiación” de un objeto que afecte las facultades dominicales que emanan de la propiedad, sino el “perjuicio patrimonial” que sufre el sujeto pasivo mediante

la administración desleal (disposición patrimonial abusiva) (Bacigalupo, 2012). Este patrimonio puede verse afectado mediante el menoscabo de un derecho de crédito (activo) o cualquier otro derecho (real o personal) que sea parte integrante de él. Sobre este punto el Prof. Rojas Aguirre, refiriéndose a la administración desleal del Derecho Penal alemán, sostiene lo siguiente: “(...) debe considerarse que el ataque propio de la administración desleal se dirige contra objetos patrimoniales, sobre los cuales se ha conferido al autor competencia de decisión. Éstos representan el objeto de la acción en la administración desleal. De esta manera es posible concluir, que el fin del tipo de administración desleal es la protección del patrimonio contra aquella modalidad de ataque, que se dirige contra sus objetos y que consiste en una conducta que infringe el deber de lealtad [el énfasis es nuestro].” (Rojas L. E., 2012)

En esta medida, la administración desleal de patrimonio público contenida en el Art. 387° CP protege al patrimonio público frente a conductas desleales de administración que la perjudican. La diferencia que se presenta, en este punto, con el peculado doloso tradicional es que no se protege al patrimonio público frente a conductas “apropiatorias” que disminuyen o privan la funcionalidad (sustancia y/o valor) de la cosa, sino que se pretende evitar perjuicios patrimoniales en agravio de la administración pública a través del abuso de facultades de disposición de bienes públicos (Mayo, 2005). En esta medida, la modalidad de administración desleal de patrimonio público contenida en el Art. 387° CP constituye un ataque diferente contra el patrimonio público (Mayo, 2005).

En efecto, conforme lo sostiene Silva Castaño refiriéndose al delito de administración desleal de patrimonio público previsto en el artículo 433° del Código

Penal español (CP español en adelante), el objeto de protección en este delito es el patrimonio público, en la medida que se busca una administración leal de los fondos públicos por parte de los funcionarios (Silva, 2006). Según esta autora, esta modalidad especial de malversación de caudales públicos supondría un injusto más grave que la administración desleal de patrimonio privado (contenida en el artículo 252° CP español) en razón de la cualidad especial del sujeto activo (funcionario público) y la naturaleza pública del

objeto material de la acción (Silva, 2006). En la misma línea, López Barja de Quiroga sostiene que no existiría obstáculo dogmático alguno que pudiera impedir que la administración desleal no solo menoscabe el patrimonio privado, sino también al patrimonio público (Salinas, 2013).

Conforme se explicará detenidamente más adelante, en esta modalidad delictiva el bien jurídico “patrimonio público” se ve menoscabado o perturbado (desvalor de resultado) cuando el sujeto activo dispone abusivamente de un bien público, dándole una finalidad privada ajena a los intereses públicos. En virtud de un entendimiento funcional del bien jurídico, se perjudica patrimonialmente a la administración pública cuando se destina el patrimonio público a una finalidad privada opuesta al interés general.

### **2.3.3. Delimitación de la conducta típica en la administración desleal de patrimonio público**

La conducta típica de la modalidad delictiva de administración desleal de patrimonio público prevista en el Art. 387º CP implica un quebrantamiento de deberes funcionales de naturaleza administrativa que exigen al funcionario público disponer del patrimonio del Estado lealmente a fin de que éste pueda cumplir con sus objetivos prestacionales sociales. No obstante, el quebrantamiento de estos deberes no colma el desvalor de acción del injusto penal de esta modalidad delictiva, puesto que, se requiere, además, que dicha infracción suponga un riesgo penalmente relevante para menoscabar el bien jurídico protegido; es decir, además debe evaluarse la afectación a los intereses patrimoniales legítimos de la Administración.

Como se mencionó supra, el Derecho Penal, en tanto ultima ratio, debe sancionar conductas que tengan un plus de gravedad respecto de las infracciones administrativas. Por ejemplo, no cabe duda de que el usar por una hora un auto del Estado para fines personales constituye –en términos coloquiales- una gestión indebida del patrimonio público; sin embargo, como ya se explicó, si esta conducta no supone una “apropiación” no es penalmente relevante para el delito de peculado doloso tradicional. Del mismo modo, esta conducta tampoco es sancionada por la modalidad de “administración desleal de patrimonio público”, pues, como se explicará, esta modalidad delictiva supone la realización de una “disposición patrimonial” abusando de una facultad especial de disposición.

En esta medida, la “administración desleal de patrimonio público” deberá hacer referencia a una conducta que, además de infringir una norma administrativa, tenga sus propias características que la dotan de relevancia penal.

Es decir, se tendrá que dotar de contenido penal propio al elemento típico “utilizar” como verbo rector de esta modalidad delictiva. Conforme se explicará con detenimiento a continuación, a nuestro juicio, el núcleo del injusto de esta modalidad delictiva y, por ende, el contenido del elemento “utilizar” del tipo penal se relaciona con la “disposición abusiva” de patrimonio público.

## **2.4. Definición de términos básicos**

### **a) Delito de peculado**

La apropiación indebida u otras formas de desviación por un funcionario público, en beneficio propio o de terceros u otras entidades, de bienes, fondos o títulos públicos o privados o cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado al funcionario en virtud de su cargo.

El servidor público que autorice, solicite o realice actos para el uso o apropiación para sí o para su cónyuge, parientes consanguíneos, parientes civiles o para terceros con los que tenga relaciones profesionales, laborales o de negocios, o para socios o sociedades de las que el servidor público o las personas antes referidas formen parte, de recursos públicos, sean materiales, humanos o financieros, sin fundamento jurídico o en contraposición a las normas aplicables (USAID, 2018).

### **b) Patrimonio público**

El Patrimonio Público es un concepto de derecho público, de amplio espectro, que supera en su contenido al de Patrimonio Estatal. La definición en cuanto a la unidad o la pluralidad de uno y otro, y su titularidad contribuyen a facilitar su contenido particular y el ejercicio de las facultades y de las acciones que las autoridades públicas deben practicar para preservar su integridad. El concepto atañe a la ciencia de la administración pública y es fundamental en el campo del derecho público administrativo. De una parte constituye objeto de gestión y por la otra objeto de preservación para evitar atentados contra el mismo, remediar situaciones creadas, o intervenir

judicialmente para su restauración o recomposición (Carrillo Ballesteros, 2018).

#### **c) Peculado por apropiación**

Cuando el funcionario o servidor público 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. Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepasa diez unidades impositivas tributarias. Cuando los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social, estos últimos, se consideran como agravantes.

#### **d) Peculado por utilización**

Cuando el funcionario o servidor público, usa o permite que otro use, para fines ajenos al servicio, vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública o que se hallan bajo su guarda.

#### **e) Perjuicio patrimonial**

También conocidos como daño material o económico. Es aquella lesión que sufre una persona en su patrimonio, siendo este un conjunto de bienes, derechos y obligaciones de contenido económico, pertenecientes a aquella y considerados como una universalidad jurídica. Son perjuicios que por su misma naturaleza económica, son objeto de cuantificación y valoración generalmente representada en dinero, por la misma idoneidad que éste ostenta para recuperar un interés que se ha perdido como resultado de un daño.

#### **f) Pericia valorativa**

La pericia valorativa no puede ser realizada por cualquier persona que carezca de especiales conocimientos en una actividad humana, aun cuando sencilla, de relevancia técnica, menos puede ser sustituida por la declaración que uno de los testigos proporcione respecto al valor de los bienes en el mercado. pericia valorativa para estimar a cabalidad los daños ocasionados a los bienes de los agraviados, contraviniendo lo dispuesto por el artículo ciento setenta y dos del Código Adjetivo invocado, por lo que deberá disponerse la actuación de un nuevo juicio a efectos de designarse un perito judicial oficial con especialidad en ingeniería mecánica a fin de que esté el

valor del daño ocasionado al patrimonio de los agraviados; siendo de recibo la casación interpuesta por los procesados.

#### **g) Pericia contable**

La pericia contable es la labor de investigación desarrollada por un contador público en un proceso judicial, contando con la información del expediente judicial, los libros y registros de contabilidad y la información de las partes y de terceros y realizando la aplicación de métodos y procedimientos que le permiten esclarecer los hechos puestos a su consideración. Una vez realizada la pericia contable se entrega un documento donde se estipula todo el peritaje contable donde el perito presenta el resultado de su trabajo, el cual va a contener una estructura aprobada de la información del expediente judicial, libros contables y el informe contable judicial.

#### **h) Perjuicio al Estado**

Para la configuración del delito de peculado no se requiere la constatación de un desmedro o perjuicio patrimonial efectivo de los caudales o efectos públicos. Lo anterior se corresponde además con lo señalado en la Convención Interamericana y la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción que rechazan dicha exigencia.

El valor de lo apropiado o utilizado es previsto como una agravante cuando sobrepase las 10 unidades impositivas tributarias. De la misma manera, si es que los caudales o efectos estaban destinados a fines asistenciales (“campañas de ayuda o auxilio destinadas a cubrir urgencias o necesidades de la población (...), ya sea mediante la asignación de recursos que hace el Estado o con las donaciones de organismos nacionales e internacionales” o a programas de apoyo social (“líneas o campañas de orientación estatal de carácter ya más permanente y con asignaciones presupuestarias para paliar los contrastes socio-económicos en las poblaciones necesitadas”). (Rojas Vargas, 2016).

#### **i) Consumación**

La consumación del delito de peculado por apropiación se da con la incorporación del patrimonio público al patrimonio personal, siendo de naturaleza instantánea. El delito de peculado se configurará incluso cuando se haya restituido el bien materia de apropiación. Por otro lado, en la modalidad de utilización, la consumación se presentará con el uso privado

del caudal o efecto. Cuando el destinatario de los caudales o efectos es otra persona, el delito se consuma cuando se hace entrega de los bienes públicos, “momento en que ellos salen de la esfera de dominio estatal” (Tribunal Constitucional del Perú, 2004).

En el caso del delito de peculado culposo, este se consumará con la sustracción del bien por parte de un tercero. Si, por el contrario, el sujeto activo es quien genera la situación que da lugar a la sustracción de los bienes por parte del tercero, el primero responderá por la comisión del delito de peculado doloso (Rojas Vargas, 2016).

**CAPÍTULO III**  
**PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS**

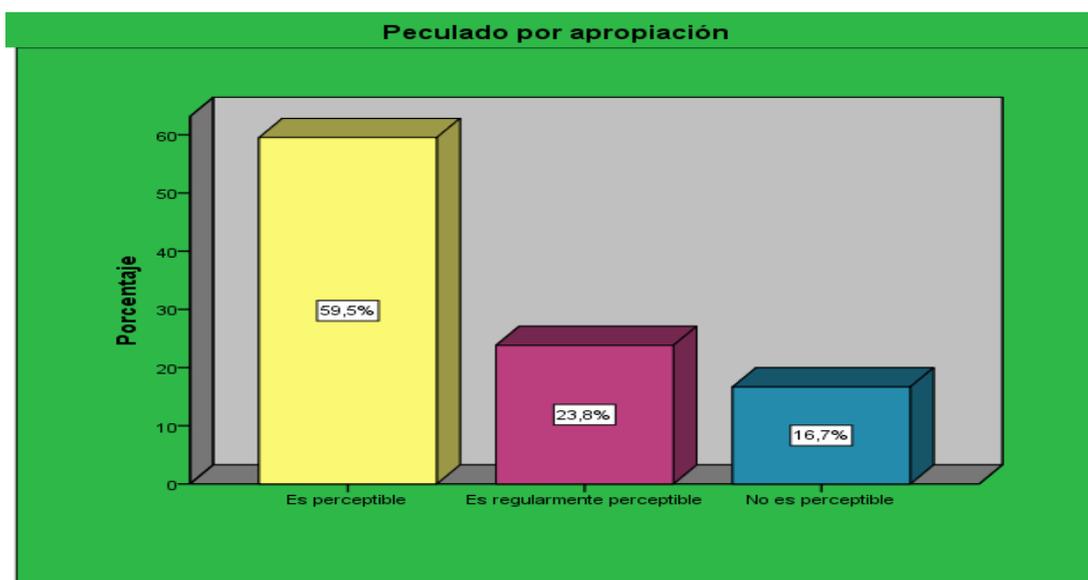
### 3.1 Análisis de tablas y gráficos

TABLA N° 1

RESULTADOS DE LA DIMENSIÓN PECULADO POR APROPIACIÓN					
		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
álido	Es perceptible	25	59,5	59,5	59,5
	Es regularmente perceptible	10	23,8	23,8	83,3
	No es perceptible	7	16,7	16,7	100,0
	Total	42	100,0	100,0	

Fuente: Cuestionario sobre el delito de peculado

GRÁFICO N° 1



Fuente: Fuente: Cuestionario sobre el delito de peculado

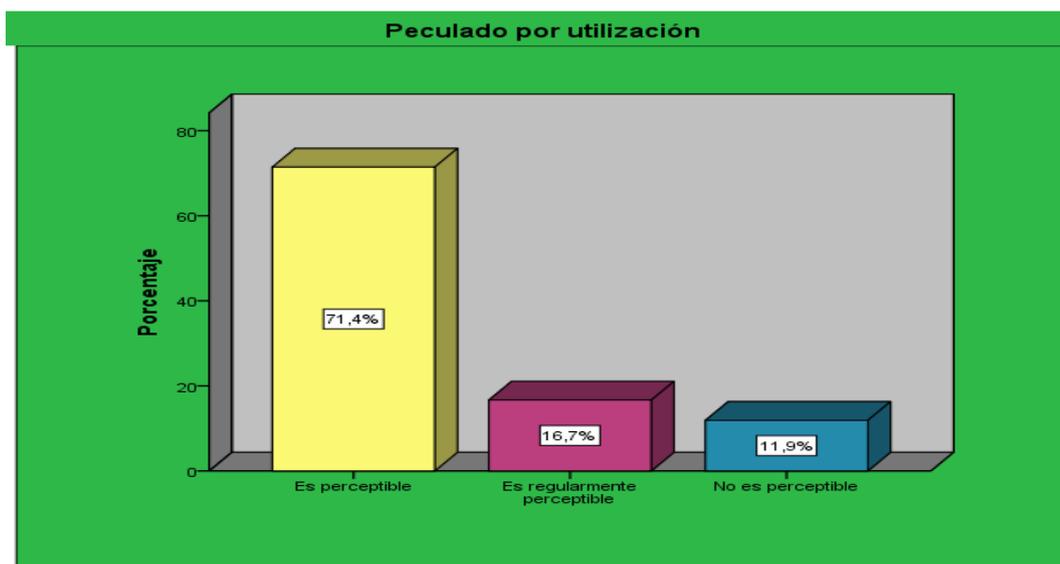
Al observar el contenido en la tabla N° 1 y gráfico N° 1; los resultados del cuestionario aplicado a una muestra representativa de 42 abogados especialistas en Derecho Penal, del Distrito Judicial de Ica; respecto a la variable delito de peculado, en la dimensión peculado por apropiación: 25, que representa al 59,5% manifiestan que es perceptible; mientras que 10, que representa al 23,8%, afirman que es parcialmente perceptible y 7, que representa al 16,7% manifiestan que no es perceptible; todo ello nos lleva a concluir que la mayoría de la muestra representativa afirman que es perceptible el peculado por apropiación, en la jurisdicción del Distrito Judicial de Ica, es decir que, el funcionario o servidor público se apropia de los caudales o efectos públicos cuya percepción, administración o custodia le son confiados por razón de su cargo.

TABLA N° 2

RESULTADOS DE LA DIMENSIÓN PECULADO POR UTILIZACIÓN					
		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
álido	Es perceptible	30	71,4	71,4	71,4
	Es regularmente perceptible	7	16,7	16,7	88,1
	No es perceptible	5	11,9	11,9	100,0
	Total	42	100,0	100,0	

Fuente: Fuente: Cuestionario sobre el delito de peculado

GRÁFICO N° 2



Fuente: Fuente: Cuestionario sobre el delito de peculado

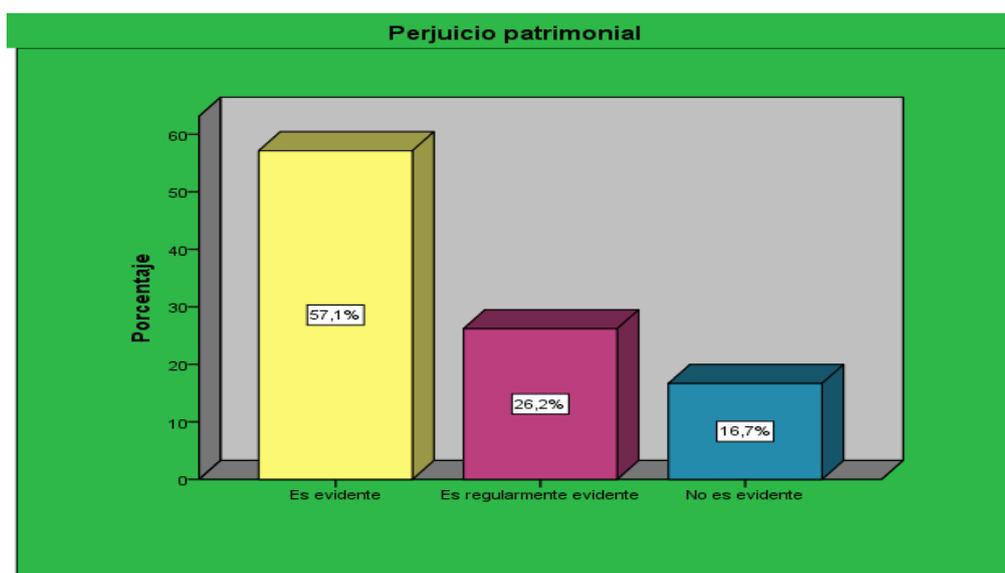
Al observar el contenido en la tabla N° 2 y gráfico N° 2; los resultados del cuestionario aplicado a una muestra representativa de 42 abogados especialistas en Derecho Penal, del Distrito Judicial de Ica; respecto a la variable delito de peculado, en la dimensión peculado por utilización: 30, que representa al 71,4% manifiestan que es perceptible; mientras que 7, que representa al 16,7%, afirman que es parcialmente perceptible y 5, que representa al 11,9% manifiestan que no es perceptible; todo ello nos lleva a concluir que la mayoría de la muestra representativa afirman que es perceptible el peculado por apropiación, en la jurisdicción del Distrito Judicial de Ica, es decir que, funcionario o servidor público utiliza los caudales o efectos públicos cuya percepción, administración o custodia le son confiados por razón de su cargo.

TABLA N° 3

RESULTADOS DE LA DIMENSIÓN PERJUICIO PATRIMONIAL					
		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
válido	Es evidente	24	57,1	57,1	57,1
	Es regularmente evidente	11	26,2	26,2	83,3
	No es evidente	7	16,7	16,7	100,0
	Total	42	100,0	100,0	

Fuente: Cuestionario sobre patrimonio público

GRÁFICO N° 3



Fuente: Cuestionario sobre patrimonio público

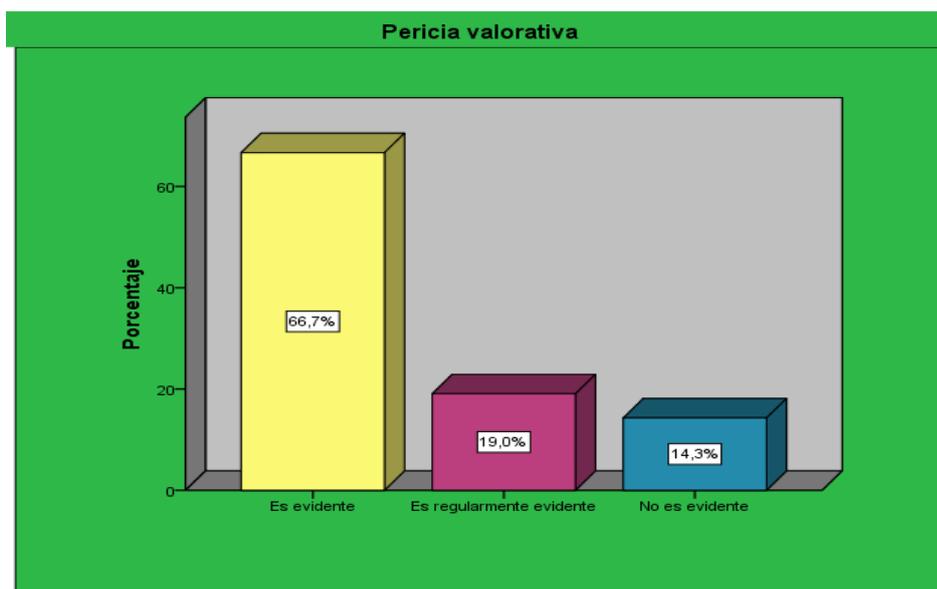
Al observar el contenido en la tabla N° 3 y gráfico N° 3; los resultados del cuestionario aplicado a una muestra representativa de 42 abogados especialistas en Derecho Penal, del Distrito Judicial de Ica; respecto a la variable patrimonio público, en la dimensión perjuicio patrimonial: 24, que representa al 57,1% manifiestan que es evidente; mientras que 11, que representa al 26,2%, afirman que es regularmente evidente y 7, que representa al 16,7% manifiestan que no es evidente; todo ello nos lleva a concluir que la mayoría de la muestra representativa afirman que es perceptible el perjuicio patrimonial, en la jurisdicción del Distrito Judicial de Ica, es decir que, funcionario o servidor público que comete peculado, consecuentemente causa perjuicio patrimonial, lo que afecta considerablemente a la sociedad en su conjunto.

TABLA N° 4

RESULTADOS DE LA DIMENSIÓN PERICIA VALORATIVA					
		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
álido	Es evidente	28	66,7	66,7	66,7
	Es regularmente evidente	8	19,0	19,0	85,7
	No es evidente	6	14,3	14,3	100,0
	Total	42	100,0	100,0	

Fuente: Cuestionario sobre patrimonio público

GRÁFICO N° 4



Fuente: Cuestionario sobre patrimonio público

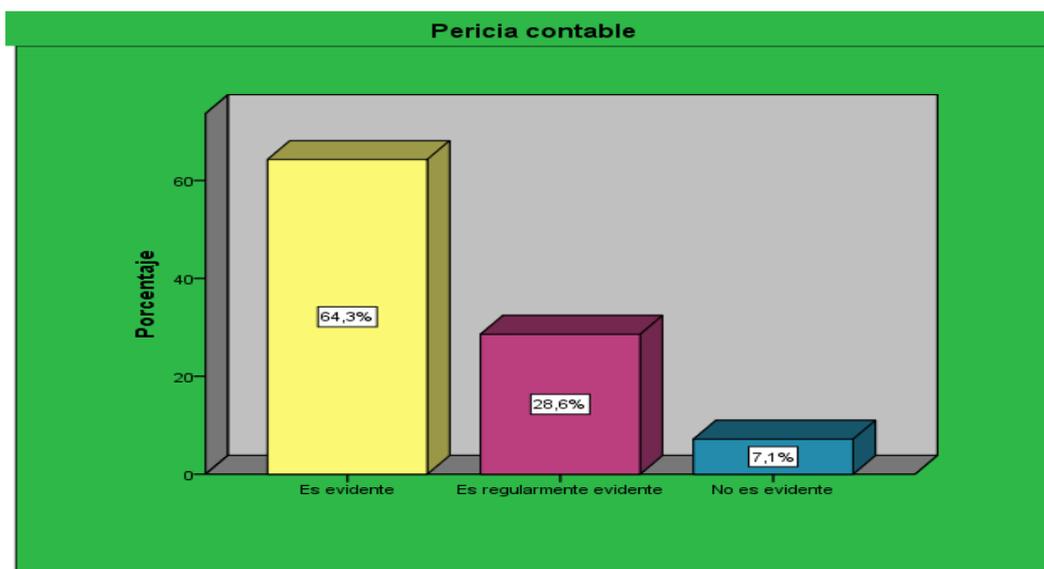
Al observar el contenido en la tabla N° 4 y gráfico N° 4; los resultados del cuestionario aplicado a una muestra representativa de 42 abogados especialistas en Derecho Penal, del Distrito Judicial de Ica; respecto a la variable patrimonio público, en la dimensión pericia valorativa: 28, que representa al 66,7% manifiestan que es evidente; mientras que 8, que representa al 19,0%, afirman que es regularmente evidente y 6, que representa al 14,3% manifiestan que no es evidente; todo ello nos lleva a concluir que la mayoría de la muestra representativa afirman que es perceptible el perjuicio patrimonial, en la jurisdicción del Distrito Judicial de Ica, es decir que, funcionario o servidor público que comete peculado, consecuentemente causa un desmedro considerable en lo referente a pericia valorativa, lo que afecta considerablemente a la sociedad en su conjunto.

TABLA N° 5

RESULTADOS DE LA DIMENSIÓN PERICIA CONTABLE					
		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
válido	Es evidente	27	64,3	64,3	64,3
	Es regularmente evidente	12	28,6	28,6	92,9
	No es evidente	3	7,1	7,1	100,0
	Total	42	100,0	100,0	

Fuente: Cuestionario sobre patrimonio público

GRÁFICO N° 5



Fuente: Cuestionario sobre patrimonio público

Al observar el contenido en la tabla N° 5 y gráfico N° 5; los resultados del cuestionario aplicado a una muestra representativa de 42 abogados especialistas en Derecho Penal, del Distrito Judicial de Ica; respecto a la variable patrimonio público, en la dimensión pericia contable: 27, que representa al 64,3% manifiestan que es evidente; mientras que 12, que representa al 28,6%, afirman que es regularmente evidente y 3, que representa al 7,1% manifiestan que no es evidente; todo ello nos lleva a concluir que la mayoría de la muestra representativa afirman que es perceptible el perjuicio patrimonial, en la jurisdicción del Distrito Judicial de Ica, es decir que, funcionario o servidor público que comete peculado, consecuentemente causa un desmedro considerable en lo referente a pericia contable, que se refleja en sumas de dinero considerable, lo que afecta considerablemente a la sociedad en su conjunto.

### Prueba de Hipótesis.

Después del análisis de los resultados obtenidos de cada variable y sus dimensiones correspondientes a través de los cuestionarios y del programa SPSS 25, se obtuvo los siguientes datos como coeficientes:

#### Respecto a la hipótesis general:

$H_i$  Existe una relación significativa entre el delito de peculado y el patrimonio público en la Región de Ica - 2018.

$H_0$  No existe una relación significativa entre el delito de peculado y el patrimonio público en la Región de Ica - 2018.

#### Toma de decisión

Se puede apreciar en la tabla N° 6 que, al correlacionar los resultados totales de las variables: delito de peculado y el patrimonio público, se obtiene un valor de Rho de Spearman =0,976; lo que indica que existe una correlación positiva alta; en consecuencia, se rechaza la hipótesis nula y se acepta la hipótesis de investigación. Tal como se evidencia en el siguiente cuadro de correlación, a través del software SPSS 22:

TABLA N° 6

CORRELACIÓN DE LA HIPÓTESIS GENERAL				
			DELITO DE PECULADO	PATRIMONIO PÚBLICO
Rho de Spearman	DELITO DE PECULADO	Coeficiente de correlación	1,000	,976**
		Sig. (bilateral)	.	,000
		N	42	42
	PATRIMONIO PÚBLICO	Coeficiente de correlación	,976**	1,000
		Sig. (bilateral)	,000	.
		N	42	42

\*\* . La correlación es significativa en el nivel 0,01 (2 colas).

## Respecto a las hipótesis específicas:

### Primera hipótesis específica

$H_i$  Existe una relación significativa entre el delito de peculado y el perjuicio patrimonial en la Región de Ica – 2018.

$H_0$  No existe una relación significativa entre el delito de peculado y el perjuicio patrimonial en la Región de Ica - 2018.

### Toma de decisión

Se puede apreciar en la tabla N° 7 que, al correlacionar los resultados totales de la variable delito de peculado y la dimensión perjuicio patrimonial, de la variable patrimonio público, se obtiene un valor de Rho de Spearman =0,961; lo que indica que existe una correlación positiva alta; en consecuencia, se rechaza la hipótesis nula y se acepta la hipótesis de investigación. Tal como se evidencia en el siguiente cuadro de correlación, a través del software SPSS 22.

TABLA N° 7

CORRELACIÓN DE LA PRIMERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA				
			DELITO DE PECULADO	PERJUICIO PATRIMONIAL
Rho de Spearman	DELITO DE PECULADO	Coefficiente de correlación	1,000	,961**
		Sig. (bilateral)	.	,000
		N	42	42
	PERJUICIO PATRIMONIAL	Coefficiente de correlación	,961**	1,000
		Sig. (bilateral)	,000	.
		N	42	42

\*\* . La correlación es significativa en el nivel 0,01 (2 colas).

### Segunda hipótesis específica:

$H_i$  Existe una relación significativa entre el delito de peculado y la pericia valorativa en la Región de Ica - 2018.

$H_0$  No existe una relación significativa entre el delito de peculado y la pericia valorativa en la Región de Ica - 2018.

### Toma de decisión

Se puede apreciar en la tabla N° 8 que, al correlacionar los resultados totales de la variable delito de peculado y la dimensión pericia valorativa, de la variable patrimonio público, se obtiene un valor de Rho de Spearman =0,928; lo que indica que existe una correlación positiva alta; en consecuencia, se rechaza la hipótesis nula y se acepta la hipótesis de investigación. Tal como se evidencia en el siguiente cuadro de correlación, a través del software SPSS 22.

TABLA N° 8

CORRELACIÓN DE LA SEGUNDA HIPÓTESIS ESPECÍFICA					
			DELITO DE PECULADO	PERICIA VALORATIVA	
Rho de Spearman	DELITO DE PECULADO	Coeficiente de correlación	1,000	,928**	
		Sig. (bilateral)	.	,000	
		N	42	42	
	PERICIA VALORATIVA	Coeficiente de correlación	,928**	1,000	
		Sig. (bilateral)	,000	.	
		N	42	42	
**. La correlación es significativa en el nivel 0,01 (2 colas).					

### Tercera hipótesis específica:

$H_i$  Existe una relación significativa entre el delito de peculado y la pericia contable en la Región de Ica - 2018.

$H_0$  No existe una relación significativa entre el delito de peculado y la pericia contable en la Región de Ica - 2018.

### Toma de decisión

Se puede apreciar en la tabla N° 8 que, al correlacionar los resultados totales de la variable delito de peculado y la dimensión pericia contable, de la variable patrimonio público, se obtiene un valor de Rho de Spearman =0,935; lo que indica que existe una correlación positiva alta; en consecuencia, se rechaza la hipótesis nula y se acepta la hipótesis de investigación. Tal como se evidencia en el siguiente cuadro de correlación, a través del software SPSS 22:

TABLA N° 9

CORRELACIÓN DE LA TERCERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA					
			DELITO DE PECULADO	PERICIA CONTABLE	
Rho de Spearman	DELITO DE PECULADO	Coefficiente de correlación	1,000	,935**	
		Sig. (bilateral)	.	,000	
		N	42	42	
	PERICIA CONTABLE	Coefficiente de correlación	,935**	1,000	
		Sig. (bilateral)	,000	.	
		N	42	42	

\*\* La correlación es significativa en el nivel 0,01 (2 colas).

### **3.2. Discusión de Resultados:**

(Blanco, 2010), desarrolló un estudio investigativo titulado: El delito de enriquecimiento ilícito desde la perspectiva europea. Estudio cualitativo que consideró el análisis exhaustivo de 20 casos emblemáticos sucedidos en la ciudad de Lisboa, Portugal, relacionados al delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios. La técnica utilizada en el recojo de información fue el análisis documental, mientras que el instrumento que viabilizó el recojo de información fue la ficha de análisis documental. En relación a las conclusiones, estas fueron registradas de la siguiente manera: No es legítimo un delito de enriquecimiento ilícito cuyo injusto radique en la protección de los bienes jurídicos menoscabados por las conductas delictivas que incrementan el patrimonio del funcionario público y que recurra a una inversión de la carga de la prueba. Ahora bien, tal y como se ha dicho, la introducción del delito de enriquecimiento ilícito en los países europeos no necesariamente va a ser considerado como una vulneración del principio de presunción de inocencia de acuerdo con la doctrina del Código Penal. Los resultados de la presente investigación, corroboran lo afirmado por el autor, en lo referente al delito de enriquecimiento ilícito, como una forma de defraudación al estado, cuyo injusto radica, justamente en la protección de los bienes jurídicos vulnerados.

(Chanjan, 2014) en su tesis titulada: La Administración Desleal de Patrimonio Público como Modalidad Delictiva Especial del Delito de Peculado Doloso, tesis para optar por el título de Abogado, por la Pontificia Universidad Católica del Perú, arriba a las siguientes conclusiones: a) El buen funcionamiento de la “administración pública” –entendida como función pública- es un interés o valor constitucionalmente protegido que se desprende del artículo 39° de la Constitución y que tiene como finalidad garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas en condiciones de igualdad. En un Estado social y constitucional de Derecho, a través de la “administración pública” se pone a disposición de la sociedad los respectivos servicios públicos (tutela de derechos a través de los Tribunales de Justicia, defensa del Estado, educación, telecomunicaciones etc.); es decir, a través de ella se da cumplimiento efectivo del interés general; b) El Derecho Penal, en tanto mecanismo limitado de protección de bienes jurídicos a través de la prevención de delitos, constituye un instrumento de suma utilidad para garantizar el correcto funcionamiento de la administración pública. El bien jurídico-

penal de naturaleza colectiva-institucional que se protege a través de los delitos funcionariales es el “correcto funcionamiento de la administración pública”; es decir, no se protege a los órganos administrativos como tales, sino a la función pública que supone vías procedimentales de actuación administrativa (instituciones) para que los ciudadanos puedan resolver sus conflictos sociales o efectivizar sus intereses. En nuestra opinión, la teoría más acertada es la teoría del correcto funcionamiento o funcionalidad de la administración pública, puesto que se toma en consideración primordialmente la relación existente entre administración estatal y ciudadano, antes que la mera relación funcionario-Estado. Los resultados de la presente investigación, confirman la tesis del autor, en lo referente a que la administración pública al ser el bien tutelado por el estado, que mediante ésta se debe la obligación de garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales de todas las persona, que se ven representadas por la administración pública, por consiguiente es importante resaltar el correcto funcionamiento de la administración pública, teniendo en cuenta la relación entre la administración pública y el ciudadano, la misma que debe ser bidireccional.

## **CONCLUSIONES:**

### **PRIMERA:**

Se determinó que existe una relación significativa entre el delito de peculado y el patrimonio público en la Región de Ica - 2018, tal como se corrobora a través del estadígrafo de correlación Rho de Spearman, cuyo valor es de 0,976; lo que quiere decir que existe una correlación positiva alta, por ende, se rechaza la hipótesis nula y se acepta la hipótesis de investigación.

### **SEGUNDA:**

Se determinó que existe una relación significativa entre el delito de peculado y el perjuicio patrimonial en la Región de Ica - 2018, tal como se confirma a través del estadígrafo de correlación Rho de Spearman, cuyo valor es de 0,961; lo que quiere decir que existe una correlación positiva alta, por ende, se rechaza la hipótesis nula y se acepta la hipótesis de investigación.

### **TERCERA:**

Se determinó que existe una relación significativa entre el delito de peculado y la pericia valorativa en la Región de Ica - 2018, tal como se confirma a través del estadígrafo de correlación Rho de Spearman, cuyo valor es de 0,928; lo que quiere decir que existe una correlación positiva alta, por ende, se rechaza la hipótesis nula y se acepta la hipótesis de investigación.

### **CUARTA:**

Se determinó que existe una relación significativa entre el delito de peculado y la pericia contable en la Región de Ica -2018, tal como se confirma a través del estadígrafo de correlación Rho de Spearman, cuyo valor es de 0,935; lo que quiere decir que existe una correlación positiva alta, por ende, se rechaza la hipótesis nula y se acepta la hipótesis de investigación.

### **3.4. RECOMENDACIONES:**

#### **PRIMERA:**

Al Congreso de la República, canalizar la aprobación del Anteproyecto de Ley referido a la modificación de la norma sobre el delito de peculado y el patrimonio público.

#### **SEGUNDA:**

A los administradores de justicia: Ministerio Público y Poder Judicial, desarrollar sendas agendas sobre el análisis del desarrollo de los procesos referidos al delito de peculado y el patrimonio público.

#### **TERCERA.**

Al Poder Judicial, promover la capacitación para los jueces, quienes son los encargados de resolver los casos y establecer alternativas de solución en lo referente al delito de peculado.

#### **CUARTA:**

A la Corte Superior de Justicia de Ica, establecer un programa de capacitación permanente para los administradores de justicia, del ámbito judicial de su jurisdicción, en lo referente al delito de peculado.

### **3.5. FUENTES DE LA INFORMACIÓN:**

- Abanto, M. (2004). Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano. Lima: Palestra.
- Araneda, H. (2012). Economía política. Colección manuales jurídicos: Economía política. . Santiago de Chile: Colección manuales jurídicos.
- Avendaño, F. (2010). Comentarios a los artículos 885° y 886° del Código Civil. En: El código civil comentado por los 100 mejores especialistas. Gaceta Jurídica, 36-46.
- Bacigalupo, E. (2012). La problemática de la administración desleal en el Derecho Penal español. Op. cit. p. 389. Madrid: Nárcea.
- Caro, J. (2010). Delito de infracción de deber: fundamento y significado”, en Normativismo e imputación jurídico penal: dogmática penal 5, . Lima: Ara Editores.
- Chanjan, R. (2014). La Administración Desleal de Patrimonio Público como Modalidad Delictiva Especial del Delito de Peculado Doloso. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- De La Mata, N. (2012). Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. El dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida. PPU:. Barcelona.
- Ejecutoria suprema , Exp. N° 1199-99-Cañete. (Corte Suprema de la República 6 de mayo de 1999).
- García, P. (2012). Responsabilidad penal del partícipe Extraneus, en los delitos especiales cometidos por funcionario públicos”, en Nuevo Proceso Penal y Delitos contra la administración pública. Lima: Jurista Editores.
- Hernández, H. (2005). La administración desleal en el derecho penal chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 239.
- Mayo, B. (2005). Derecho Penal y Tutela de bienes jurídicos colectivos. Revista Peruana de Ciencias Penales. N° 17, 288-377.
- Pariona, R. (2012). Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Quintero, Gonzalo & Morales, Fermín. (2007). De la apropiación indebida. En: Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal . Aranzadi: Navarra, 684-697.
- Rojas, F. (2013). Delitos contra la administración pública. Lima: Palestra.
- Rojas, L. E. (2012). El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán. Revista Penal. N° 23, 140.
- Roxin, C. (2007). La teoría del delito en la discusión actual. Lima: Grijley.
- Rueda, Á. (2013). Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la administración pública”, en Delitos contra la administración pública. Lima: Idemsa.
- Salazar, N. (2004). Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal. Lima: Jurista Editores.
- Salinas, R. (2013). El delito de peculado en la legislación, jurisprudencia y doctrina peruana, en Delitos contra la administración pública . Lima : Idemsa.
- San Martín, C. (2006). Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema. Lima: Palestra.
- Schunemann, B. (2006). Cuestiones básicas del derecho penal en los umbrales del tercer milenio. Lima: Idemsa.
- Silva, M. L. (2006). El delito de apropiación indebida y la administración desleal de patrimonio ajeno. Op. cit. pp. 71 y 72,. Madrid: Narcea.
- Villavicencio, F. (2006). Derecho Penal, parte general. Lima: Grijley.

# **ANEXOS**

**ANEXO Nº 1**  
UNIVERSIDAD ALAS PERUANAS  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

**MATRIZ DE CONSISTENCIA**

**Tema:** “EL DELITO DE PECULADO Y EL PATRIMONIO PÚBLICO EN LA REGIÓN DE ICA - 2018”.

**AUTOR:**

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPOTESIS	VARIABLES Y DIMENSIONES	DISEÑO METODOLÓGICO
<p><b>Problema general:</b> ¿Qué relación existe entre el delito de peculado y el patrimonio público en la Región de Ica - 2018?</p> <p><b>Problemas específicos:</b></p> <p><b>a)</b> ¿Qué relación existe entre el delito de peculado y el perjuicio patrimonial en la Región de Ica - 2018?</p> <p><b>b)</b> ¿Qué relación existe entre el delito de peculado y la pericia valorativa en la Región de Ica - 2018?</p> <p><b>c)</b> ¿Qué relación existe entre el delito de peculado y la pericia contable en la Región de Ica - 2018?</p>	<p><b>Objetivo general:</b> Determinar la relación que existe el delito de peculado y el patrimonio público en la Región de Ica - 2018.</p> <p><b>Objetivos específicos:</b></p> <p><b>a)</b> Determinar la relación que existe entre el delito de peculado y el perjuicio patrimonial en la Región de Ica - 2018.</p> <p><b>b)</b> Determinar la relación que existe el delito de peculado y la pericia valorativa en la Región de Ica - 2018.</p> <p><b>c)</b> Determinar la relación que existe entre el delito de peculado y la pericia contable en la Región de Ica - 2018.</p>	<p><b>Hipótesis general:</b> Existe una relación significativa entre el delito de peculado y el patrimonio público en la Región de Ica - 2018.</p> <p><b>Hipótesis Específicas:</b></p> <p><b>a)</b> Existe una relación significativa entre el delito de peculado y el perjuicio patrimonial en la Región de Ica - 2018.</p> <p><b>b)</b> Existe una relación significativa entre el delito de peculado y la pericia valorativa en la Región de Ica - 2018.</p> <p><b>c)</b> Existe una relación significativa entre el delito de peculado y la pericia contable en la Región de Ica -2018.</p>	<p><b>Variable 1:</b> Delito de peculado</p> <p><b>Dimensiones:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Peculado por apropiación.</li> <li>✓ Peculado por utilización.</li> </ul> <p><b>Variable 2:</b> Patrimonio público</p> <p><b>DIMENSIONES:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Perjuicio patrimonial</li> <li>✓ Pericia valorativa</li> <li>✓ Pericia contable</li> </ul>	<p><b>1. Diseño de la investigación:</b> No experimental – Transversal - Correlacional</p> <p><b>2. Tipo y Nivel de la Investigación:</b> <b>Tipo:</b> Básica <b>Nivel:</b> Correlacional.</p> <p><b>3. Enfoque de la investigación:</b> Cuantitativa.</p> <p><b>4. Método de la Investigación:</b> Deductivo - La observación</p> <p><b>5. Población y Muestra:</b> <b>Población:</b> Abogados especialistas en Derecho Penal, del Distrito Judicial de Ica. <b>Muestra:</b> 42 abogados especialistas en Derecho Penal, del Distrito Judicial de Ica.</p> <p><b>6. Técnicas e Instrumentos de recolección de datos:</b> <b>Técnicas:</b> La Encuesta <b>Instrumento:</b> cuestionario</p>

**ANEXO Nº 2**
**CUESTIONARIO SOBRE EL DELITO DE PECULADO**

Estimado abogado: se le agradece su gentil participación en la presente investigación, para obtener información sobre el delito de peculado.

El cuestionario es anónimo, por favor responda con sinceridad. Lea usted con atención y conteste marcando con una "X" en un solo recuadro.

**Instrucciones:**

En las siguientes proposiciones marque con una "X" en el valor del casillero que según usted corresponde.

		1	2
		SI	NO
Nº	Dimensiones	1	2
<b>Peculado por apropiación</b>			
01	¿Tiene conocimiento" sobre la "labor del Estado" en el "control de los bienes" "destinados" a "los servidores" y "funcionarios públicos" que "laboran dentro de su institución?		
02	¿Dentro de la institución donde labora, existen servidores y/o funcionarios públicos encargados exclusivamente al "control de" "los bienes del Estado"?		
03	¿En la Institución donde labora, se controlan rigurosamente "los bienes" del Estado destinado a los "servidores" y "funcionarios públicos"?		
04	¿Tiene conocimiento de las "penas" establecidas en la "Legislación Penal", por el "delito" de "Peculado", "cometidos" por "los servidores" y "funcionarios públicos"?		
05	En la Institución donde labora ¿existen manuales sobre el "uso correcto" de los "bienes del Estado" destinado a los "servidores" y "funcionarios públicos"?		
06	¿Conoce casos de peculado por apropiación que se dieron en la Provincia de Ica?		
07	¿Existen casos de peculado por apropiación en la Provincia de Ica?		
08	¿Los funcionarios públicos que cometieron el delito de peculado por apropiación son condenados a pena privativa efectiva en la Provincia de Ica?		
09	¿Los delitos de peculado por apropiación constituyen grandes pérdidas al fisco en la Provincia de Ica?		
<b>Peculado por utilización</b>			
10	¿Tiene conocimiento "sobre" "el delito" de "Peculado de Uso" "dentro" de "la Legislación Peruana?"		
11	¿Tiene conocimiento de las "modificadorias" "del delito" de "Peculado de Uso" dentro de la "Legislación Peruana"?		
12	¿Tienes "conocimiento" "de lo que es" un "servidor público" y un "funcionario público"?		
13	¿Conoce casos de peculado por utilización que se dieron en la Provincia de Ica?		
14	¿Los funcionarios públicos que cometieron el delito por utilización son condenados a pena privativa efectiva en la Provincia de Ica?		
15	¿Los delitos de peculado por utilización constituyen grandes pérdidas al fisco en la Provincia de Ica?		
16	¿Los funcionarios públicos que utilizan los bienes del estado, para fines personales, cometen el delito de peculado por utilización?		
17	¿Las penas en delitos de peculado por utilización son muy leves ¿		
18	¿Se debe incrementar las penas en delitos de peculado por utilización?		

¡Muchas gracias por su colaboración!

**CUESTIONARIO SOBRE PATRIMONIO PÚBLICO**

Estimado abogado: se le agradece su gentil participación en la presente investigación, para obtener información sobre patrimonio público.

El cuestionario es anónimo, por favor responda con sinceridad. Lea usted con atención y conteste marcando con una "X" en un solo recuadro.

**Instrucciones:**

En las siguientes proposiciones marque con una "X" en el valor del casillero que según usted corresponde.

		1	2
		SI	NO
Nº	Dimensiones	1	2
		<b>Perjuicio patrimonial</b>	
01	¿La mala administración de los bienes públicos genera perjuicio patrimonial, en la provincia de Ica?		
02	¿Se dejan de hacer muchas obras a causa de la mala administración de los bienes públicos en la provincia de Ica?		
03	¿El perjuicio patrimonial, en la provincia de Ica en gran medida es producido por los funcionarios públicos?		
04	En la provincia de Ica se observa que el perjuicio patrimonial producido por los funcionarios públicos es evidente		
05	En la provincia de Ica existen muchos casos emblemáticos que ocasionaron un perjuicio patrimonial producido por los funcionarios públicos		
06	El perjuicio patrimonial producido por los funcionarios públicos, en su mayoría no tiene una sanción ejemplar.		
<b>Pericia valorativa</b>			
07	Resultan muy significativos los montos del desfaldo del patrimonio público a través de la pericia valorativa		
08	La pericia valorativa manifiesta un claro desfaldo de las arcas del estado en la provincia de Ica		
09	¿La administración de justicia realiza una adecuada pericia valorativa, en los casos de peculado en la provincia de Ica?		
10	¿En la provincia de Ica existen un número suficiente de peritos valorativos en los casos de peculado?		
11	¿En la provincia de Ica existen un número suficiente de peritos valorativos en los casos de peculado?		
12	¿En la provincia de Ica en los casos de peculado, a través de la pericia valorativa; las penas son efectivas en su mayoría?		
<b>Pericia contable</b>			
13	¿Resultan muy significativos los montos del desfaldo del patrimonio público a través de la pericia contable?		
14	La pericia contable manifiesta un claro desfaldo de las arcas del estado en la provincia de Ica		
15	La pericia contable evidencia un claro desfaldo de las arcas del estado en la provincia de Ica		
16	¿La administración de justicia realiza una adecuada pericia contable, en los casos de peculado en la provincia de Ica?		
17	¿En la provincia de Ica existen un número suficiente de peritos contables en los casos de peculado?		
18	¿En la provincia de Ica en los casos de peculado, a través de la pericia contable; las penas son efectivas en su mayoría?		

¡Muchas gracias por su colaboración!

## ANEXO N° 3 – Validación de instrumentos



### FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

#### INFORME DE OPINIÓN DE EXPERTOS DE INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIONES CUALITATIVA

##### I. DATOS GENERALES:

- 1.1 Apellidos y nombres del informante: Dr. BARRIOS VALER, EDWIN
- 1.2 Institución donde labora: UNIVERSIDAD ALAS PERUANAS
- 1.3 Autor del instrumento: Br. DIEGO ALONSO GARAY MONTAÑEZ
- 1.4 Título de la Investigación: EL DELITO DE PECULADO Y EL PATRIMONIO PÚBLICO EN LA REGIÓN DE ICA - 2018.

##### II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

INDICADORES	CRITERIOS	DEFICIENTE				BAJA				REGULAR				BUENA				MUY BUENA			
		8	9	11	16	20	25	31	36	41	46	51	56	61	66	71	76	81	86	91	96
1. CLARIDAD	Está formulado con lenguaje apropiado.																			X	
2. OBJETIVIDAD	Está expresado en conductas observables.																			X	
3. ACTUALIDAD	Adecuado al avance de la investigación.																			X	
4. ORGANIZACIÓN	Existe un constructo lógico en los ítems.																	X			
5. SUFICIENCIA	Valora las dimensiones en cantidad y calidad																			X	
6. INTENCIONALIDAD	Adecuado para cumplir con los objetivos trazados.																				X
7. CONSISTENCIA	Utiliza suficientes referencias bibliográficas.																			X	
8. COHERENCIA	Entre hipótesis, dimensiones e indicadores.																			X	
9. METODOLOGÍA	Cumple con los lineamientos metodológicos.																			X	
10. PERTINENCIA	Es asertivo y racional para la Ciencia																			X	

III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD: El instrumento es aplicable

IV. PROMEDIO DE VALORACIÓN: 90%

LUGAR Y FECHA: Arequipa, de 2021.

.....  
FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

DSE: 11700026. Teléfono: 98144486.

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA  
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

**INFORME DE OPINIÓN DE EXPERTOS DE INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIONES CUALITATIVA**

**I. DATOS GENERALES:**

1.5 Apellidos y nombres del informante: Mg. MIRANDA MIRANDA, PABLO FELIPE

1.6 Institución donde labora: UNIVERSIDAD ALAS PERUANAS

1.7 Autor del instrumento: Br. DIEGO ALONSO GARAY MONTAÑEZ

1.8 Título de la Investigación: EL DELITO DE PECULADO Y EL PATRIMONIO PÚBLICO EN LA REGIÓN DE ICA - 2018.

**II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN**

INDICADORES	CRITERIOS	DEFICIENTE				BAJA				REGULAR				BUENA				MUY BUENA			
		01	02	03	04	05	06	07	08	09	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20
		5	10	15	20	25	30	35	40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. CLARIDAD	Está formulado con lenguaje apropiado.																			X	
2. OBJETIVIDAD	Está apropiado en conductas observables.																			X	
3. ACTUALIDAD	Adecuado al avance de la investigación.																			X	
4. ORGANIZACIÓN	Existe un contenido lógico en los ítems.																	X			
5. SUFICIENCIA	Valora las dimensiones en cantidad y calidad																			X	
6. INTENCIONALIDAD	Adecuado para cumplir con los objetivos trazados.																				X
7. CONSISTENCIA	Utiliza suficientes referencias bibliográficas.																			X	
8. COHERENCIA	Entre hipótesis dimensiones e indicadores.																			X	
9. METODOLOGÍA	Cumple con los lineamientos metodológicos.																			X	
10. PERTINENCIA	Es asertivo y funcional para la Ciencia																			X	

III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD: El instrumento es aplicable

IV. PROMEDIO DE VALORACIÓN: 90%

LUGAR Y FECHA: Nazca de 2021.

  
 .....

FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

DR. DIEGO ALONSO GARAY MONTAÑEZ

## **ANEXO Nº 4 – Anteproyecto de Ley**

SUMILLA: Art. 2 inc.5, 6y7, Art.200 inc.3  
DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE  
1993 – ESTABLECE EL DERECHO A LA  
INFORMACIÓN (HABEAS DATA).

### **ANTEPROYECTO DE LEY NRO: 1**

Diego Alonso Garay Montañez, Bachiller en Derecho de la Universidad Alas Peruanas, en estricto cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 107 de la Constitución Política del Perú presento el siguiente proyecto de Ley:

#### **I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

La libertad de información puede definirse como el derecho a tener acceso a la información que está en manos de entidades públicas. Es parte integrante del derecho fundamental a la libertad de expresión, reconocido por la Resolución 59 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada en 1946, así como por el Artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que dispone que el derecho fundamental a la libertad de expresión incluye el derecho de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

La libertad de información también ha sido consagrada como corolario de la libertad de expresión en otros instrumentos internacionales importantes, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos de 1969.

El hábeas data procede en defensa de los derechos constitucionales reconocidos por los incisos 5 y 6 del artículo 2 de la Constitución. En consecuencia, toda persona puede acudir a dicho proceso para acceder a información que obre en poder de cualquier entidad pública, ya se trate de la que generen, produzcan, procesen o posean, incluida la que obra en expedientes terminados o en trámite, estudios, dictámenes, opiniones, datos estadísticos, informes técnicos y cualquier otro documento que la administración pública tenga en su poder, cualquiera que sea la forma de expresión, ya sea gráfica, sonora, visual, electromagnética o que obre en cualquier otro tipo de soporte material. Conocer, actualizar, incluir y suprimir

o rectificar la información o datos referidos a su persona que se encuentren almacenados o registrados en forma manual, mecánica o informática, en archivos, bancos de datos o registros de entidades públicas o de instituciones privadas que brinden servicio o acceso a terceros. Asimismo, a hacer suprimir o impedir que se suministren datos o informaciones de carácter sensible o privado que afecten derechos constitucionales.

## **Artículo 2 - Derechos fundamentales de la persona**

### **Toda persona tiene derecho:**

5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.

7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias.

### **Art.200.-Acciones de Garantía Constitucional**

#### **Son garantías constitucionales:**

3. La Acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2, incisos 5, 6 y 7 de la Constitución.

## **II. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA QUE SE PROPONE SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL**

La presente iniciativa legislativa sugiere la modificación del artículo 2 inc., 5, 6, 7 de la constitución política del Perú y subsiguientes.

### **III. ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO DE LA FUTURA NORMA LEGAL**

A consecuencia de lo mencionado, se analiza las posibilidades en base, el costo, y el beneficio, ergo, conviene analizar los costos de transacción, Tiene por objeto una revisión parcial de una Constitución y la sustitución de una o varias de sus normas que no modifiquen la estructura y principios fundamentales del texto constitución, asimismo, confiar la información personal y privada a otras personas presupone asumir un riesgo, porque la misma puede ser manipulada, desnaturalizada, y puesta en manos de terceros para suplir sus intereses perniciosos, por ello la solución sería incrementar el costo de transacción para el

usuario y la empresa, es decir que el mismo usuario de la información compense por medio de soportes magnéticos, o tarjetas, mínimo derecho, que permita ingresar a una sala personal, equipado con un medio electrónico que estará obligatoriamente puesta en todas las entidades públicas y privadas.

El arquetipo planteado, mesuradamente atiende superlativamente a un beneficio a la sociedad, maximizando un benéfico espiritual invaluable, el derecho a tener controlado totalmente tus datos personales, de manera que, los terceros queden limitados, a conocer imagen y vida privada de la persona,

#### **IV. FORMULA LEGAL**

Teniendo como premisa la pluralidad de garantías jurídico protegido, las mismas que son de interés del Estado, recordando que uno de los bienes jurídicos corresponde a la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad como el fin supremo de la sociedad y el Estado; tipificado en el artículo 1 de la Constitución Política del Perú, sintetizar que el derecho a la información debe ser recurrente y personalismo, sólo a la persona, no a terceros, por lo demás objetar, que el artículo 2 inc. 5, 6,7, de nuestra carta Magna actual, carece de aplicación axiológica, es por ello que existe la tecnología para que en lo pertinente lo podamos explotar, de manera más eficaz y eficiente, para sí lograr el bienestar y el bien común para todos.