

**UNIVERSIDAD NACIONAL  
“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE PECULADO DE  
SERVICIO EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL  
DE ABOGADO**

**BACH. JORGE LUIS VILLADEZA JARA**

**ASESOR:**

**DR. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO**

**HUARAZ –PERÚ**

**2019**



UNIVERSIDAD NACIONAL  
SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO  
"Una nueva Universidad para el Desarrollo"

REPOSITORIO  
INSTITUCIONAL  
UNASAM



Dirección del  
Instituto de  
Investigación

**FORMATO DE AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN DE TESIS Y TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN,  
PARA A OPTAR GRADOS ACADÉMICOS Y TÍTULOS PROFESIONALES EN EL  
REPOSITORIO INSTITUCIONAL DIGITAL - UNASAM**

Conforme al Reglamento del Repositorio Nacional de Trabajos de Investigación - RENATI  
Resolución del Consejo Directivo de SUNEDU N° 033-2016-SUNEDU/CD

**1. Datos del Autor:**

Apellidos y Nombres: Villadeza Jara Jorge Luis

Código de alumno: 082-1604-383

Teléfono: 935471696

Correo electrónico: [jvilladeza@hotmail.com](mailto:jvilladeza@hotmail.com)

DNI o Extranjería: 44478984

**2. Modalidad de trabajo de investigación:**

Trabajo de investigación

Trabajo académico

Trabajo de suficiencia profesional

Tesis

**3. Título profesional o grado académico:**

Bachiller

Título

Segunda especialidad

Licenciado

Magister

Doctor

**4. Título del trabajo de investigación:**

Tipificación del Delito de Peculado de Servicios

5. Facultad de: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

6. Escuela, Carrera o Programa: Derecho

**7. Asesor:**

Apellidos y Nombres: Luis Wilfredo Robles Trejo

Teléfono: 943631557

Correo electrónico: [lrobles@hotmail.com](mailto:lrobles@hotmail.com)

DNI o Extranjería: 31658643

A través de este medio autorizo a la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, publicar el trabajo de investigación en formato digital en el Repositorio Institucional Digital, Repositorio Nacional Digital de Acceso Libre (ALICIA) y el Registro Nacional de Trabajos de Investigación (RENATI).

Asimismo, por la presente dejo constancia que los documentos entregados a la UNASAM, versión impresa y digital, son las versiones finales del trabajo sustentado y aprobado por el jurado y son de autoría del suscrito en estricto respeto de la legislación en materia de propiedad intelectual.

Firma: 

D.N.I.:

FECHA:

## **AGRADECIMIENTOS**

A mis tíos, Antonio A. Jara Quiñones y Herlinda M. Obispo Delgado, por estar siempre presente en el transcurso de mi carrera universitaria.

A mis primos hermanos, por la confianza y el apoyo incondicional en el desarrollo personal y profesional.

## DEDICATORIA

*A mis padres, por ser el ejemplo a seguir y por brindarme el apoyo para concluir satisfactoriamente la carrera profesional de Derecho y Ciencias Políticas.*

*A mi hermana, por ser mi motivación en mi vida, y por brindarme los ánimos que me ayudaron a alcanzar la meta propuesta.*

## ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS .....	ii
DEDICATORIA .....	iii
ÍNDICE .....	iv
RESUMEN.....	vii
ABSTRACT .....	viii
INTRODUCCIÓN .....	1

## CAPÍTULO I

### EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1 Descripción del problema .....	3
1.2 Formulación del problema .....	5
1.2.1 Problema general.....	5
1.2.2 Problemas específicos .....	5
1.3 Importancia del problema .....	6
1.4 Justificación y viabilidad.....	6
1.4.1 Justificación teórica.....	6
1.4.2 Justificación práctica .....	7
1.4.3 Justificación social .....	8
1.4.4 Justificación legal.....	8
1.4.5 Justificación metodológica.....	8
1.4.6 Justificación técnica .....	9
1.4.7 Justificación viabilidad.....	9
1.5 Objetivos de la investigación .....	10
1.5.1 Objetivo general .....	10
1.5.2 Objetivos específicos .....	10
1.6 Formulación de hipótesis .....	10
1.6.1 Hipótesis general.....	10
1.6.2 Hipótesis específicas .....	11
1.7 Variables e indicadores .....	12
1.8 Metodología de la investigación .....	12
1.8.1 Tipo, nivel y diseño de investigación.....	12

1.8.2 Método de investigación .....	14
1.8.3 Plan de recolección de información .....	15
1.8.4 Instrumentos de recolección de información .....	16
1.8.5 Plan de procesamiento y análisis de la información .....	17
1.8.6 Técnicas de validación de las hipótesis.....	18

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes .....	20
2.1.1 Investigaciones internacionales.....	20
2.1.2 Investigaciones nacionales .....	20
2.2 Bases teóricas.....	21
2.2.1 Antecedentes del delito de peculado .....	21
2.2.2 Peculado como delito de infracción del deber .....	22
2.2.3 Bien jurídico protegido .....	24
2.2.4 Peculado .....	29
2.2.5 La relación funcional.....	34
2.2.6 Caudales y efectos.....	36
2.2.7 Percepción, administración y custodia .....	37
2.2.8 Sujetos activo y pasivo.....	38
2.2.9 El principio de legalidad en el ordenamiento jurídico penal.....	39
2.2.10 El principio de prohibición de la analogía en el derecho penal .....	40
2.2.11 La política criminal .....	41
2.2.12 Teoría del delito .....	42
2.2.13 Elementos del delito.....	43
2.3 Definición de términos.....	60
2.3.1 El derecho penal.....	60
2.3.2 La Administración pública.....	60
2.3.3 Peculado .....	61
2.3.4 Funcionario y servidor público .....	61
2.3.5 Servicio público .....	62

### CAPÍTULO III

#### RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

3.1 Discusión doctrinaria .....	63
3.1.1 Posiciones que apoyan la tipificación de delito de peculado de servicios ....	63
3.2 Resultados jurisprudenciales .....	69
3.2.1 Poder Judicial - Corte Suprema de Justicia de la República.....	69
3.2.2 Ministerio Público - Fiscalía de la Nación.....	76
3.3 Resultados normativos .....	78
3.3.1 La Constitución Política.....	78
3.3.2 Código Penal Peruano .....	79
3.3.3 Procedimiento administrativo sancionador .....	81
3.3.4 Derecho comparado .....	82

### CAPÍTULO IV

#### DISCUSIÓN Y VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS

4.1 Validación de la hipótesis general.....	88
4.1.1 Posturas o argumentos a favor .....	88
4.1.2 Posturas o argumentos en contra.....	93
4.2 Validación de las hipótesis específicas .....	96
4.2.1 Primera hipótesis específica.....	99
4.2.2 Segunda hipótesis específica.....	106
4.2.3 Tercera hipótesis específica .....	110
CONCLUSIONES .....	114
RECOMENDACIONES .....	116
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	117
ANEXOS	

## RESUMEN

El trabajo de investigación trata sobre la tipificación del delito de peculado de servicio en el Código Penal, tomando como referencia el tratamiento en la doctrina, la jurisprudencia y el derecho comparado y la estructura del delito de peculado. En primer lugar, se explica el contexto histórico, las modalidades existentes, los verbos rectores, y, específicamente, la definición de los bienes sobre los que recae la conducta que configura el delito de peculado, ya que está regulado en el actual Código Penal de 1991. Además, se define el principio legalidad, prohibición de la analogía en el derecho penal, regulado en el título preliminar. Aparte de ello, se trata el tema de la teoría del delito y las categorías de la tipicidad, antijurídica y culpabilidad. En segundo lugar, se realiza el análisis de la doctrina y jurisprudencia existentes sobre el tratamiento del delito de peculado en las modalidades de “apropiarse” y “utilizar”, pues en el ámbito nacional e internacional existen estudios sobre el delito de peculado de verbos rectores “apropiación” y “utilización”. En cambio, la finalidad fundamental del presente trabajo fue establecer la necesidad de incorporar un tipo penal de peculado, básicamente por el bien sobre el cual recae la conducta, es decir, el recurso humano que cumple una determinada finalidad dentro de la Administración pública. Para ello, se empleó la metodología de investigación exegética, dogmático-jurídica, no experimental, y, específicamente, jurídico-descriptiva; y el resultado es que existe la necesidad de tipificar el delito de peculado de servicio, debido a la existencia de hechos relacionados a la utilización de recursos humanos, para fines ajenos a la Administración pública.

**Palabras clave:** Administración pública; corrupción de funcionarios; principio de legalidad; peculado; servicios

## ABSTRACT

This research paper deals with the criminalization of the crime of serving in the criminal code, taking as a reference the treatment in doctrine, jurisprudence and comparative law and the structure of the crime of peculado. Firstly, it explains the historical context, the existing modalities, the guiding verbs and specifically the definition of the goods on which the conduct of the crime of women lies as it is regulated in the current criminal code of 1991. In addition, the principle of legality, prohibition of analogy in criminal law, governed by the preliminary title, is defined. Apart from this, it deals with the issue of crime theory and the categories of typicality, anti-legal and guilt. Secondly, the analysis of existing doctrine and jurisprudence on the treatment of crime of peculado is carried out in the "appropriate" and "use" modalities, since at the national and international level there are studies on the crime of guiding verbs "appropriation" and "use"; On the other hand, the fundamental purpose of this work is to establish the need to incorporate a criminal type of peculado, basically for the good on which the conduct falls, that is to say the human resource that serves a certain purpose within the public administration. Finally, as regards the methodology used in the treatment of the problem posed, it is the modality of investigation, exegetical, legal dogmatic, non-experimental and specifically descriptive legal; resulting in the need to criminalize the crime of serving, due to the existence of facts related to the use of human resources, for purposes outside the public administration.

**Keywords:** Public administration; officials' corruption; beginning of legality; speculation; services

## INTRODUCCIÓN

Entre los distintos actos de corrupción que se manifiestan dentro de la Administración pública en el país, son frecuentes los casos en los que los funcionarios o servidores usen recursos humanos designados para cumplir funciones dentro de la Administración pública para fines particulares, lo que indudablemente determina la necesidad de regulación y sanción; por ello, el tratamiento de este tema tiene incidencia práctica, al incluirlo como un tipo penal, y, por tanto, evitar la impunidad en la comisión de estos hechos delictivos.

De hecho, existen casos de relevancia actual y, que tuvieron incluso repercusión nacional, vinculados al objeto que es materia de análisis en la presente investigación. Uno de los casos es el del juez de la Corte Superior del Callao, quien disponía de los servicios de limpieza que dicha entidad había adquirido para limpiar su propio inmueble los fines de semana con personal de limpieza de la institución; otro de los casos es el de la organización criminal liderada por Cesar Joaquín Alvares Aguilar, en la que se utilizaba personal del Proyecto Especial Chinocas para ser asignados a “La Centralita”, con el fin de resguardar el inmueble donde operaba la referida organización criminal; también se reportó el caso de José Luis Gil Becerra, jefe de inteligencia del Ministerio del Interior, que presuntamente disponía de personal policial como chofer de su esposa.

Hechos como los señalados anteriormente son, actualmente, forzados para su tipificación e incorporación en el Código Penal, como el tipo penal de peculado de servicio, que muchas veces queda impune, porque no es un supuesto que esté expresamente contemplado en el Código Penal. Este aspecto debe ser superado, motivo por el cual la presente investigación encuentra su justificación.

En el presente trabajo se aborda el problema de investigación: ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que justifican la incorporación del delito de peculado de servicio en el Código Penal peruano? Tal como se indica, se ha buscado establecer los argumentos que viabilizan incorporar en nuestro ordenamiento jurídico penal un nuevo tipo penal, con la finalidad de eliminar un vacío legal.

Ya desde la formulación del proyecto de investigación, se advirtió que, en el contexto social actual, existen supuestos en los que el funcionario o servidor público dispone para sí o para otros los recursos humanos que el Estado adquiere para el cumplimiento de sus funciones. Esta es una conducta que no está reclusa en el catálogo de delitos de nuestro ordenamiento jurídico penal, por lo que se ha formulado la hipótesis de que sí corresponde su incorporación en el Código Penal como el “delito de peculado de servicio”, eliminando así este vacío normativo.

El tipo de investigación aplicado corresponde a la investigación dogmática jurídica y, por ello, se utilizó el método exegético y jurídico. Cabe indicar que, con la finalidad de ejecutar esta investigación, se ha hecho uso de los instrumentos Análisis de contenido y Fichas de estudio, ambos con la finalidad de recolectar y analizar la información preexistente sobre el problema de estudio.

La presente investigación se ha estructurado en cuatro capítulos. En el primer capítulo, se define el problema de investigación y se establecen los aspectos metodológicos que han servido para guiar la ejecución. En el segundo capítulo, por otro lado, se expone el marco teórico que ha servido de insumo doctrinario para la consecución de los fines. En el tercer capítulo, se desarrolla la discusión del problema; y, finalmente, en el cuarto capítulo, y como punto central y más importante del trabajo, se discuten los resultados y se validan las hipótesis.

## CAPÍTULO I

### EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

#### 1.1 Descripción del problema

En el contexto de un Estado democrático, social, independiente y soberano, la problemática de la corrupción es un fenómeno latente. Los acontecimientos actuales en el ámbito de la Administración pública en el Perú han puesto de relieve, y de manera dramática, que en la Administración pública existe una constante afectación al correcto funcionamiento de la Administración pública, el patrimonio estatal, el carácter público de la función, la ética en el ejercicio de funciones públicas, y han creado en la sociedad una idea de impunidad debido a que en la persecución de la comisión de hechos delictivos que afecta la Administración pública, existen hechos que no son sometidos a un proceso penal por la inexistencia de regulación.

En el desarrollo de la problemática planteada en el presente trabajo de investigación, es importante señalar los delitos de corrupción que forman parte de nuestro Código Penal, los que están conformados desde el artículo 382 del Código Penal al artículo 401:

Artículo 382. Concusión: El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años; inhabilitación según corresponda (...)

Artículo 401. Enriquecimiento ilícito: El funcionario o servidor público que ilícitamente incrementa su patrimonio, respecto de sus ingresos legítimos

durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal (...).

Los delitos contra la Administración pública tienen como bien jurídico protegido genérico, el correcto y transparente desarrollo de la Administración pública, entendida como toda actividad cumplida por los funcionarios y servidores públicos que ponen en funcionamiento el Estado. Por esta razón, el ámbito de la Administración pública merece un tratamiento adecuado a fin de que no se vulnere y transgreda la correcta administración de los recursos otorgados por el Estado, y que son exclusivamente para cumplir con la función que le son otorgadas a cada funcionario o servidor público.

Teniendo en cuenta que el derecho penal es de última ratio, podemos decir que tanto en los delitos comunes y los delitos de infracción del deber existen hechos y circunstancias que no constituyen hechos punibles, pues debido a que al momento de la comisión de un hecho que puede ser considerado delito tiene que estar específicamente tipificado en el Código Penal, de modo que al revisar y analizar los hechos tipificados en nuestro ordenamiento jurídico, sobre el delito de peculado, que es comprendido específicamente como el delito que sanciona al funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le están confiados por razón de su cargo.

En el actual Código Penal vigente podemos encontrar solo dos artículos que regulan el delito de peculado: el artículo 387, que se refiere al peculado doloso y

culposo, y artículo 388, que regula peculado de uso, de manera que al estudiar estos delitos podemos darnos cuenta de que existe una falta de regulación del delito de peculado por utilización de servicios de funcionarios o servidores públicos, puesto que permitiría reprimir la conducta del funcionario o servidor público que usa los recursos humanos para fines ajenos a la función o rol que cumple dentro de la Administración pública; es decir, la única finalidad del sujeto activo de la comisión de este hechos delictivo tendría como finalidad de utilizar los recursos humanos que están al servicio de la Administración pública para obtener un beneficio; por ello, en el presente trabajo se va a tratar el tema de la ausencia de regulación de esta figura penal, teniendo como estructura típica y desarrollo el derecho interno y el derecho comparado.

## **1.2 Formulación del problema**

Para efectos de la ejecución de la presente investigación, se consideró un problema general y tres problemas específicos.

### **1.2.1 Problema general**

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que justifican la incorporación del delito de peculado de servicio en el Código Penal peruano?

### **1.2.2 Problemas específicos**

1. ¿Por qué es necesario tipificar el delito de peculado de servicio en el Código Penal peruano?

2. ¿Cuáles son los elementos objetivos y subjetivos que se deben considerar en la tipificación del delito de peculado de servicio en el Código Penal?
3. ¿Cuál es el tratamiento del delito de peculado de servicio en el derecho comparado?

### **1.3 Importancia del problema**

La finalidad e importancia del problema planteado radica en que se van a establecer los fundamentos por los que es necesario tipificar el delito de peculado de servicios, ya que, actualmente, esta conducta no está tipificada en el Código Penal peruano. De manera que, si esta conducta estuviera contemplada como un tipo penal en el Código Penal, se podría posibilitar la persecución y sanción de las conductas en las que un funcionario o servidor público hace uso para sí o para otro de un determinado servicio, utilizando específicamente los recursos humanos que el Estado ha contratado para el cumplimiento de determinados fines propios de la Administración pública, hecho que, actualmente, no está reconocido en nuestro Código Penal.

### **1.4 Justificación y viabilidad**

#### **1.4.1 Justificación teórica**

La presente investigación busca aportar algunos argumentos en torno a la posibilidad de incorporar en nuestro ordenamiento jurídico penal, un nuevo tipo penal; con él se busca la sanción a funcionarios y servidores públicos que hagan uso indebido de los servicios prestados por personas al Estado para sí o para terceros, desviando, con ello, la finalidad de su contratación. En dicho contexto, la in-

investigación resulta importante debido a que no existen muchos estudios que hayan realizado propuesta similar.

#### **1.4.2 Justificación práctica**

La presente investigación posee justificación práctica en la medida en que se propone brindar un aporte destinado a mejorar la eficacia de la acción de justicia penal, buscando la sanción a funcionarios y servidores públicos que hagan uso indebido de los servicios prestados por personas al Estado para sí o para terceros, desviando, con ello, la finalidad de su contratación.

Al respecto, cabe indicar que es frecuente que los funcionarios o servidores usen recursos humanos para fines particulares, lo que determina la necesidad de regulación, debido a que en la Administración pública es frecuente que los funcionarios y servidores públicos usen los recursos humanos para fines particulares; por ello, el tratamiento de este tema tiene incidencia práctica al incluir como un tipo penal ya no existirá impunidad en la comisión de estos hechos delictivos.

Existen casos de relevancia actual y, que tuvo, incluso, repercusión nacional, vinculados al objeto que es materia de análisis en la presente investigación. Por ejemplo, el caso de un juez de la Corte Superior del Callao que disponía para los servicios de limpieza que dicha entidad había contratado, para limpiar su propio inmueble los fines de semana con personal de limpieza de la institución; también se conoce el caso en el que José Luis Gil Becerra, Jefe de Inteligencia del Ministerio del Interior, en el que presuntamente disponía de personal policial, como chofer de su esposa. Actos como estos, actualmente, son forzados para su tipificación en el tipo penal de peculado o, a veces, quedan impunes, porque no es un

supuesto que esté expresamente contemplado en el Código Penal. Este aspecto, debe ser superado, motivo por el cual la presente investigación encuentra su justificación.

### **1.4.3 Justificación social**

El tratamiento y regulación del delito de peculado de servicio permitirá reprimir los hechos cometidos por funcionarios y servidores públicos que utilicen los recursos humanos vinculados a la Administración pública Para fines privados, ya que estos hechos afectan a varios sectores de la población como son los Gobiernos locales, regionales y nacionales.

### **1.4.4 Justificación legal**

La presente investigación posee justificación legal sustentándose en las siguientes normas:

1. Constitución Política: Dada la regulación transversal que hace a todo el sistema jurídico.
2. Código Penal: Debido a que la propuesta de la presente investigación debe ir acorde a los principios que rigen al derecho penal.

### **1.4.5 Justificación metodológica**

En esta investigación se aplicó la metodología de investigación jurídica en cuanto al tipo y diseño de investigación, dogmática jurídica, debido a que se analizó la legislación y la doctrina sobre el problema planteado para luego establecer una conclusión.

#### **1.4.6 Justificación técnica**

En esta investigación era necesario contar con soporte técnico e informático; para ello, se utilizó una computadora personal, impresora, escáner y el *software* Office 2016 y Adobe Reader 2015.

#### **1.4.7 Justificación viabilidad**

La investigación resulta viable, sobre todo, en la medida en que la conducta consistente en la disposición particular de los servicios adquiridos por el Estado, realizada por funcionarios o servidores públicos, está contemplada específicamente como una infracción administrativa sujeta a proceso y sanción administrativa funcional, a cargo de la Contraloría General de la República. Este aspecto, sin duda, otorga una vía de análisis válida para su incorporación, también, en el ámbito penal.

1. Bibliográfica: Se tuvo acceso a fuentes de información bibliográficas, hemerográficas, documentos audiovisuales y virtuales necesarias.
2. Económica: Se obtuvo los recursos económicos para poder financiar los gastos que generó la investigación, los mismos fueron autofinanciados, por cuanto se pudo ejecutar el proyecto de investigación.
3. Temporal: Durante la semana se trabajó un promedio de 3 horas diarias, lo cual suma a 15 horas semanales, 84 horas al mes; ello garantizó la realización del trabajo en el tiempo planificado.

4. Social: La presente investigación contó con la guía de asesores especializados en el tema de investigación, desde el problema planteado, hasta la metodología a fin de ejecutar el proyecto elaborado.

## **1.5 Objetivos de la investigación**

Se planteó un objetivo general y tres objetivos específicos.

### **1.5.1 Objetivo general**

Determinar los fundamentos jurídicos que justifican la incorporación del delito de peculado de servicio en el Código Penal peruano.

### **1.5.2 Objetivos específicos**

1. Establecer los argumentos por los que es necesario tipificar el delito de peculado de servicio en el Código Penal peruano.
2. Identificar cuáles son los elementos objetivos y subjetivos que se deben considerar en la tipificación del delito de peculado de servicio en el Código Penal.
3. Identificar cuál es el tratamiento del delito de peculado de servicio en el derecho comparado.

## **1.6 Formulación de hipótesis**

### **1.6.1 Hipótesis general**

El principal fundamento radica en el hecho de que existen supuestos en los que el funcionario o servidor público dispone para sí o para otro los recursos hu-

manos que el Estado adquiere para el cumplimiento de sus funciones, y dado que esta conducta, como tal, no está completa en el tipo penal de peculado, por lo que, corresponde su incorporación en el Código Penal como el “delito de peculado de servicios”, eliminando este vacío normativo.

### **1.6.2 Hipótesis específicas**

1. El fundamento que justifica la incorporación de un tipo penal específico para el peculado de servicios dentro el ordenamiento jurídico penal peruano se constituye en el hecho de que no existe un tipo penal que permita reprimir la conducta del funcionario o servidor que utiliza los recursos humanos para fines privados, el cual genera impunidad.
2. Los elementos objetivos para la tipificación del nuevo delito de peculado de servicios corresponderían a los que hoy forman parte del delito de peculado doloso; debido a que este último corresponde a la conducta general. En ese sentido, estos elementos serán el sujeto activo, un funcionario o servidor público, teniendo como verbo rector a la utilización, y como elemento subjetivo al dolo.
3. En el derecho comparado es posible identificar legislaciones que regulan de forma específica el delito de peculado de servicios. Con ello, se permitirá realizar una valoración específica del tratamiento del peculado de servicio en el Perú, reconociendo que la ausencia de este tipo penal constituye un vacío legal y un evidente riesgo de impunidad.

## **1.7 Variables e indicadores**

### **Variable independiente:**

Existencia e inexistencia de supuestos vacíos en el delito de Peculado

**Indicadores:** El derecho penal peruano

### **Variable dependiente:**

El tratamiento de la doctrina y la jurisprudencia del delito de peculado

**Indicadores:** La jurisprudencia y doctrina

## **1.8 Metodología de la investigación**

### **1.8.1 Tipo, nivel y diseño de investigación**

#### ***1.8.1.1 Tipo de investigación***

La presente investigación corresponde a una investigación dogmática jurídica que tiene por finalidad proponer, ampliar y profundizar conocimientos sobre el problema de investigación planteado, sobre la incorporación como un tipo penal el delito de peculado de servicio.

De otra parte, en el presente trabajo se busca analizar la norma vigente de peculado en el Código Penal, para luego proponer cambios y reformas normativas. Según Charaja, la investigación propositiva busca alcanzar alternativas de solución frente a determinados problemas de la realidad. Esta investigación se caracteriza porque se investiga primero una determinada realidad problemática, en términos de crítica y evaluación para proponer un modelo de solución basado en algún fundamento teórico-científico y jurídico, que generalmente es una teoría

debidamente planteada con prestigio y vigencia. Este modelo de solución puede ser un proyecto de ley.

También el nivel de investigación es el descriptivo, porque se explican los fundamentos de la incorporación del tipo penal de peculado de servicio. Sanchez (2018) afirma que la investigaciones de tipo descriptivo “tienen por objeto central la medición precisa de una o más variables dependientes, en una población definida o en una muestra de población” (p. 23).

#### ***1.8.1.2 Tipo de diseño***

La investigación social considera distintos criterios. Sanchez (2018) afirma que la investigación experimental “se apoyan en la observación de fenómenos provocados o manipulados en laboratorios o ambientes artificiales” (p. 25).

El presente trabajo tiene carácter jurídico-social, denominado no experimental. Hernandez, Fernandez, y Baptista (2010) establecen que la investigación no experimental también se conoce como investigación ex post-facto (los hechos y variables ya ocurrieron), y observa variables y relaciones entre estas en su contexto natural. En este trabajo, lo que se hizo es analizar los hechos jurídicos que se dan en la realidad y que actualmente no tiene regulación con el peculado de uso de recursos humanos.

#### ***1.8.1.3 Diseño general***

En el presente trabajo de investigación, se empleó el diseño de tipo transversal. Hernández, et al. (2010) señalan que este tipo de diseño se utiliza cuando la finalidad de la investigación es recolectar datos de la problemática, que nece-

sariamente está relacionada con el tema a investigar. Su propósito es describir variables y analizar su incidencia e interrelación en el momento dado.

#### ***1.8.1.4 Diseño específico***

Se empleó el diseño descriptivo-explicativo, toda vez que tiene como finalidad describir y tratar los hechos que se presentan en la realidad, pero que, en nuestra normativa, específicamente en nuestro Código Penal vigente no se encuentran regulados como tipo penal; es decir, el diseño descriptivo tiene como propósitos la medición de las variables en una determinada población.

#### **1.8.2 Método de investigación**

En el ámbito del derecho existen diferentes métodos y técnicas de investigación; por ello, se emplearon los siguientes:

*Método jurídico.* Al respecto, Sánchez (2018) señala que consiste en “un proceso lógico que permite vincular las dimensiones jurídicas y está encaminado a la adquisición, sistematización y trasmisión de conocimientos jurídicos como a la solución de problemas en el ámbito del derecho. Se trata de una forma de acceso al estudio de la realidad jurídica” (p. 179).

*Método exegético.* Sánchez (2018) refiere que regularmente nos apoyamos en este método para determinar que pueden existir reglas que no se correspondan con la realidad socioeconómica, pues es cierto que en ocasiones se dictan leyes temporales, pensadas para situaciones de carácter delimitado. En este caso, por ejemplo, de los decretos-leyes, que rigen mientras la situación de la necesidad lo exija y, como se conoce, todo sistema de derecho, a través de sus instrumentos, debe brindar

seguridad y estabilidad (certeza jurídica); por lo tanto, es necesario investigar las causas que obstaculizan el cumplimiento de este importante principio del derecho. (p. 191)

*Método dogmático.* De acuerdo con Sánchez (2018), este método debe ser interpretado en función del sistema que lo integra. Se considera que no se halla formado por una o varias normas desconectadas entre sí, sino que estas integran un sistema normativo cerrado, unitario y autosuficiente que se establece entre distintas normas, relaciones esenciales que le confieren su coherencia interna. (p. 186)

### **1.8.3 Plan de recolección de información**

#### ***1.8.3.1 Delimitación de la población***

Para la ejecución de la investigación, se estableció como población la legislación nacional e internacional. Robles (2014) señala que “la población es el conjunto de todos los elementos que estamos estudiando acerca de los cuales intentamos sacar conclusiones” (p. 49). Para esta investigación se delimitó en:

*Universo físico:* Constituida por el ámbito nacional e internacional.

*Universo social:* La población estuvo referida a la doctrina sobre el delito de peculado y la jurisprudencia penal, acuerdo plenarios y sentencias.

*Universo temporal:* Corresponde el periodo 2019.

De otra parte, se estableció la muestra para la realización de la investigación. Robles (2014) establece que “se llama muestra a una parte de la población a estudiar que sirve para representarla. Es decir, las muestras que se utilizaron en esta investigación son la doctrina y la jurisprudencia.

*Tipo:* No probabilística.

*Técnica muestral:* Intencional.

*Marco muestral:* Dogmática jurídica.

*Unidad de análisis:* Documental (doctrina, norma y jurisprudencia).

#### **1.8.4 Instrumentos de recolección de información**

Según la postura de Lara (como se citó en Sánchez (2018), “la técnica es un procedimiento para hacer las cosas, para ejecutar diversas acciones y en el caso de la investigación, es el conjunto de reglas que implican el uso, identificación y clasificación de las fuentes en una investigación científica” (p. 177).

Para Sanchez (2018), el instrumento es “el recurso producido o elegido por el investigador en función a determinada técnica, para su uso en la recolección de información” (p. 177).

Teniendo en cuenta las definiciones de técnica e instrumento, se empleó las siguientes técnicas e instrumentos para la recolección de datos e información para la investigación:

1. *Análisis de contenido.* Para Hernandez, *et al.* (2010), “es una técnica para estudiar cualquier tipo de comunicación de una manera “objetiva” y sistemática, que cuantifica los mensajes o contenidos en categorías y subcategorías y los somete a análisis estadístico” (p. 260). Por ello, esta técnica ayudó al análisis de las teorías, doctrinas, leyes, etc., en función de los objetivos de investigación para demostrar la verdad de las hipótesis planteadas. En el presente estudio, con esta técnica se investigó el delito de peculado, el derecho comparado y el principio de legalidad, profundizando los

fundamentos dogmáticos-penales que propugnan, dentro de lo que implica la creación de tipos penales y los criterios que en ellas se fundamentan.

2. *Fichas de estudio.* Esta técnica se utilizó para el registro de las ideas centrales de las teorías propuestas en las fuentes bibliográficas y hemerográficas. Los instrumentos de esta técnica son las fichas textuales, fichas de resumen y las fichas bibliográficas.
3. *Documentales.* Se analizó los distintos textos bibliográficos existentes sobre el tema para recopilar información.
4. *Electrónicos.* Se utilizó para recabar información de los distintos sitios web sobre los temas del problema planteado.

En conclusión, en la investigación se recogió información a través de fichas textuales y recojo de comentarios de las personas especializadas en el estudio del tema de delitos contra la Administración pública. Asimismo, en el estudio de la norma penal y procesal constitucional se realizó a través del método dogmático, y hermenéutico.

### **1.8.5 Plan de procesamiento y análisis de la información**

Para el procesamiento y análisis de la información se procedió conforme se detalla a continuación:

Para el tratamiento de los datos se realizó el análisis confirmatorio para verificar las hipótesis formuladas y llegar a conclusiones, mediante la recopilación bibliográfica. Se recolectó bibliografía nacional y extranjera, entre libros, revistas, manuales y publicaciones procedentes del ingreso a la biblioteca de la Universidad Santiago Antúnez de Mayolo, así como de su adquisición por el investigador

en librerías. Se revisó páginas web por Internet, material que se registró en las respectivas fichas.

También se empleó la técnica del análisis cualitativo, sobre la cual Robles (2014) señala:

la investigación jurídica dogmática no admite valoraciones cuantitativas; el análisis de datos debe concretarse a la descomposición de la información en sus partes o elementos, tratando de encontrar la repetición de lo idéntico y las relaciones de causalidad, a fin de describir y explicar las características esenciales del hecho o fenómeno. Esto es lo que se denomina como análisis cualitativo (p. 55).

Por lo que, en esta investigación se buscó analizar la doctrina y la jurisprudencia existentes sobre el delito de peculado a fin de fundamentar la incorporación del peculado de servicio al Código Penal.

El estudio de la normatividad se realizó a través de los métodos exegético y hermenéutico.

### **1.8.6 Técnicas de validación de las hipótesis**

Para la validación de las hipótesis, tratándose de un estudio teórico, se empleó la argumentación jurídica. Para Toulmin (como se citó en Romero, 2017) “la argumentación jurídica es la actividad unitaria de plantear pretensiones respaldadas con razones, a fin de ponerlas en cuestión” (p. 69). Y para Robert Alexy (como se citó en Romero, 2017), la argumentación jurídica consiste en

una actividad lingüística generada mediante un discurso que busca la corrección de los enunciados normativos. De esta manera, se trata de un dis-

curso práctico; en otras palabras, el discurso jurídico no es más que un caso especial de discurso práctico general (p. 70).

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

#### **2.1 Antecedentes**

##### **2.1.1 Investigaciones internacionales**

Como parte de los antecedentes existentes sobre investigaciones vinculadas al tema de la investigación realizadas fuera de territorio nacional, se pueden señalar las siguientes.

La tesis *Análisis jurisprudencial del tipo penal de Peculado*, elaborada por Alejandra Valdivieso Franco, José Gabriel Serrano, Verónica Botero Irragori y Camilo Andrés León, para obtener el título de abogado ante la Facultad de Derecho de la Universidad Javeriana de Bogotá, Colombia, 2004.

##### **2.1.2 Investigaciones nacionales**

Como parte de los antecedentes existentes sobre investigaciones vinculadas al tema de la presente investigación, se pueden señalar las siguientes.

Rodríguez (2015), en su artículo “Peculado de uso de mano de obra de funcionarios públicos”, realiza un análisis sobre el peculado de mano de obra sustentado en el reconocimiento subjetivo, que se da mediante de la resolución de la Sala Permanente en la Extradición Activa 26-2015 (Caso Belaunde Lossio) , en el que la Suprema Justicia declaro procedente la solicitud de extradición activa 26-2015, solicitud que fue formulada a las autoridades de Bolivia respecto de Martin Belaunde Lossio, en el proceso penal que se le sigue por la supuesta comisión de los delitos de peculado y asociación ilícita para delinquir. En ese contexto, la Corte Suprema analizó la imputación en contra de Martin Belaunde Lossio referida al

aprovechamiento de los recursos humanos, atribuyéndole haber contribuido en calidad de cómplice secundario a la apropiación y uso de recursos y bienes públicos por parte de funcionarios públicos del Gobierno Regional de Áncash.

Asimismo, en relación al problema investigado, existe la tesis *La imputación en el delito peculado*, pero con enfoque y criterio distintos, elaborada por Alexander Díaz-Bustamante, para obtener el grado de magíster en Derecho Penal y Procesal Penal ante la Facultad de derecho de la Universidad de Piura.

De otra parte, la tesis titulada *La administración desleal del patrimonio público como modalidad delictiva especial del Delito de Peculado Doloso*, con un enfoque y criterio distintos, elaborada por el tesista Rafael Hernando Chanjan, para obtener el grado de abogado ante la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

## **2.2 Bases teóricas**

Dada la naturaleza del problema de investigación, se ha considerado, necesario hacer referencia, dentro de las bases teóricas útiles para la investigación, al delito de peculado, la teoría del delito, la política criminal y del bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración pública.

### **2.2.1 Antecedentes del delito de peculado**

En nuestro ordenamiento penal vigente el delito de peculado se encuentra tipificado en el Título XVIII y Capítulo II, Delitos cometidos por Funcionarios Público, estableciendo en ello la definición material de la comisión del hecho ilícito que constituye el delito de peculado doloso, culposo y de uso.

El origen del delito de peculado se da en el derecho romano, entendido como sinónimo de riqueza, al ganado. De acuerdo con Manggiore (citado por Cáceres, 2012), “la palabra *peculado* deriva del latín *pecus*, y *latus* entendidos como sinónimo de *ganado* y *hurto*, respectivamente. Ello en razón como señalaba Carmignani de que el “ganado” era considerado como riqueza en el Estado romano” (p. 17).

Esta situación permite apreciar, parafraseando a Cáceres (2012), que el delito de peculado es uno de los de mayores incidencias y tiene tratamiento en el sistema de justicia, específicamente en los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos, regulado bajo los verbos rectores de “*apropiar*” y “*utilizar*” de los efectos y caudales que forman parte de la Administración pública (p. 17).

### **2.2.2 Peculado como delito de infracción del deber**

Los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos, regulados en nuestro ordenamiento jurídico penal, se rigen por la teoría de infracción del deber; por ello, Abanto (como se citó en Cáceres, 2012) señala que “las exigencias personales para ser sujeto activo hacen que el delito de peculado se configure como delito de infracción del deber, y más específicamente como un delito *especial impropio*” (p. 24). Aquellos delitos de función solo pueden ser cometidos por aquellas personas que incumplen un deber específico establecido en una norma.

En efecto, según Cáceres (2012), los delitos especiales se dividen en *propios e impropios*:

El primero de ellos se caracteriza, porque indica, por sí mismo la calidad determinante del injusto penal, cuya ausencia excluirá su imputación penal, así

por ejemplo, sucede con el delito de “prevaricato” (previsto en el artículo 418 del Código Penal) en el sentido de que de no recaer en el sujeto activo una capacidad especial se excluirá su imputación. De lo contrario implicaría una violación del principio de legalidad; por su parte, el delito especial impropio guarda una relación de dependencia entre un delito común y su agravante por su calidad especial, esta forma de delito especial se caracteriza únicamente con tal agravante, de otro modo el agente delictivo no será nunca responsable de un delito especial (impropio) sino de un delito común (p. 24).

Cáceres (2012) da un ejemplo que grafica la infracción del deber impropio, como es el caso del delito de peculado, al manifestar que se encuentra en una relación de dependencia con la teoría del dominio del hecho ya que es necesario para su configuración que exista la relación funcional de funcionario o servidor público, sin la cual solo estaríamos hablando de hurto o apropiación ilícita.

Por lo tanto, tenemos que la teoría introducida en el derecho penal por Claus Roxin permite atribuir la autoría o participación de un hecho delictivo a una persona. Asimismo, Cáceres (2012) define la infracción del deber como

la infracción de una norma extrapenal, que más allá de la norma penal, sirve para configurar el injusto de peculado. Aquella norma extrapenal, en el delito de peculado vendría a ser el régimen administrativo, a través del cual se establecen los campos de acción y función del funcionario público y la calidad que este ostenta; tal caracterización es importante porque en base a ellos se fundamenta su deber especial, de lo contrario cualquier persona, sin necesidad de una resolución administrativa, podría obtener calidad, o en su ca-

so no habría la necesidad de tal figura penal; por tales circunstancias es que este delito no puede ser configurado por cualquier persona, sino solo por aquel que disponga el deber especial, basado en la norma extrapenal, exigida bajo una interpretación teleológica por este tipo penal. Sin embargo, esta exigencia no es absoluta, sino que solo se presenta como marco de referencia orientador de imputación penal. En otras palabras, únicamente la calidad de funcionario público no bastará para establecer una responsabilidad penal de su autor por peculado, pues aquel deberá tener, además, los bienes públicos puestos a su disposición por mandato legal. (p. 25).

Por esta razón podemos señalar que, en cumplimiento absoluto al principio de legalidad, se debe de tener en cuenta que, a la hora de hacer el juicio de subsunción de un hecho, debe existir una norma extrapenal.

### **2.2.3 Bien jurídico protegido**

En los delitos contra la Administración pública lo que se busca es proteger el correcto desarrollo de la Administración pública. De acuerdo con Roxin (como se citó en Cáceres, 2012),

se entiende por bien jurídico, todas aquellas circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema, debiendo tomar como punto de partida los principios fundamentales establecidos en la Constitución a través de los cuales se marca los límites del poder punitivo del Estado. (p. 29)

Por su parte, Abanto (2014) indica lo siguiente:

La creación del concepto de “bien jurídico” (o por lo menos, el haber sentado las bases para ello) se atribuye al alemán Johann Michael Franz Birnbaum, quien, durante la primera mitad del siglo XIX, quería oponerse así a la concepción individualista de la “lesión de derechos” de Paul Johann Anselm Feuerbach y, al mismo tiempo, ofrecer un concepto natural del delito, o sea uno que fuera independiente del mero concepto positivo. En contra de la concepción de Feuerbach que identificaba el objeto de protección con los intereses estrictamente privados de la víctima, Birnbaum quería resaltar aquello que sería realmente “lesionado” por el delincuente y que iría más allá de la lesión a la víctima concreta, o sea (sobre todo) el interés de toda la colectividad. (p. 13)

En concordancia con abanto, el bien jurídico se entiende como el objeto de protección del derecho penal, el cual va permitir reprimir conductas que son consideradas reprochables, cuando trasgredan o lesionen las mismas.

Al respecto, Bustos (2005) señala:

El bien jurídico también ha sido teorizado desde diferentes direcciones. Así, desde el punto de vista de la naturaleza del bien jurídico se puede distinguir entre una dirección trascendental y otra inmanente. Dentro de la dirección trascendental, se puede a su vez diferenciar entre el punto de vista iusnaturalista y el político criminal. El iusnaturalismo, con el cual nace el concepto del bien jurídico (...), señala que el Estado con el delito protegía determinados objetos que surgían de la naturaleza de las cosas, como la vida, el honor, la salud, etc.

El de política criminal, sustentado por Von Liszt, señala que los bienes jurídicos surgen de la vida social y que por tanto al derecho solo cabe reconocer estos intereses que aparecen para el individuo en su actividad social. En otras palabras, para ambas direcciones trascendentes los bienes jurídicos surgen más allá del derecho; la tarea de este es sola reconocerlos. El criterio de la inmanencia de los bienes jurídicos, que fue sustentado por Binding, plantea que ellos son inmanentes a la norma, esto es que cada norma tiene que determinar totalmente su bien jurídico. En el fondo el bien jurídico queda reducido a un simple problema interpretativo, al criterio teleológico de lo que quiso el legislador. (p. 78)

Sobre el criterio planteado por Birnbaum, Hurtado (2005) indica:

Al introducir la idea de bien jurídico, por un lado, estimó que constituía un contrasentido afirmar que los derechos pueden ser dañados o puestos en peligro y, por otro, señaló que mediante la idea de la violación de los derechos subjetivos no se comprendía la represión de ciertos comportamientos que atacaban intereses sociales importantes, considerados como bienes jurídicos colectivos (por ejemplo, la moralidad pública o el sentido religioso). De esta manera, el rigor del criterio establecido conforme a las ideas de la Ilustración fue disminuido para justificar la ampliación de la intervención penal para reprimir delitos como el incesto (buenas costumbres) o el perjurio (falta de respeto Dios) (p. 15).

En el Acuerdo Plenario N.º 4-2005, en el fundamento 6, se establece:

“El bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedor de protección jurídico penal: (a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración pública, y (b) evitar el abuso de

poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad”

En el mismo sentido, Cáceres (2012) manifiesta:

El bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico penal: se busca garantizar el buen uso del patrimonio público, es decir, su no lesividad, como producto de intereses particulares. Tal vulneración de los marcos permitidos resalta de manera evidente un abuso de poder quebrantando, los roles a los que debe estar siempre abocado el funcionario público, como la lealtad y probidad. (p. 30)

Además, Cáceres (2012) establece que

para determinar el bien jurídico protegido hay que tener claro este punto desde dos perspectivas, *una mediata y la otra inmediata*. Entenderemos como bien jurídico mediato el normal funcionamiento de la Administración pública. Pero de manera específica lo que se busca proteger es el patrimonio del Estado. Al respecto creemos que debería graduarse el delito de peculado en razón de su cuantía, como se hizo con la última modificación de este tipo penal (Ley N.º 29758), aunque únicamente se establece como agravante, debiendo señalarse que es el punto de partida para otras modificaciones incluir estas características, cumpliendo con ellos los objetivos políticos criminales de minimización del derecho penal (p. 31).

Por ello, concordando con los autores anteriormente citados, se puede decir que el bien jurídico es el objeto de protección (valor) de la norma como son la vida, la integridad, la dignidad y otros; sin embargo, en el delito de peculado con acuerdo con lo señalado por Roberto Cáceres, garantizar el buen uso del patrimo-

nio público, es decir, su no lesividad, como producto de intereses particulares. Tal vulneración de los marcos permitidos resalta de manera evidente un abuso de poder quebrantando, los roles a los que debe estar siempre abocado el funcionario público, como la lealtad y probidad.

### ***2.2.3.1 Definición de bien jurídico***

Para Bustos y Hormazabal (1997), el “bien jurídico designa el objeto protegido por el sistema penal. Son bienes jurídicos, por ejemplo, la libertad, la vida, la salud individual, el patrimonio y el medio ambiente” (p. 57). Por su parte, Welzel (1956) sostiene que el bien jurídico es, todo estado social deseado que el derecho quiere asegurar contra lesiones (p. 6).

Bustos (2005) concluye que “los bienes jurídicos, considerados materialmente, son relaciones sociales concretas que surgen como síntesis normativa de los procesos interactivos de discusión y confrontación que tiene lugar dentro de una sociedad democrática. Son dinámicos pues están en permanente discusión y revisión” (p. 539).

### ***2.2.3.2 Funciones del bien jurídico***

Respecto de las funciones principales de los bienes jurídicos protegidos por la norma penal, Bustos y Hormazabal (1997) sostienen:

Cabe reconocer diferentes funciones. Desde luego, está la función político-criminal de límite al poder de definición del Estado. Este solo puede dictar normas penales en función de la protección de bienes jurídicos, no de sentimientos o valores éticos o morales. Dentro de la función político-criminal

también cabe reconocer, como consecuencia de su carácter dinámico, una función crítica del sistema penal en el sentido de tenerlo sometido a una permanente revisión. Producto de esta función crítica son los procesos de incriminación que se producen como consecuencia de la aparición de nuevos bienes jurídicos y los de desincriminación de conductas que en relación a lo protegido no aparecen como merecedoras de protección. (p. 61)

De manera que, concordando con Bustos y Hormazabal, el bien jurídico busca proteger los principales valores que la política criminal considera necesario; por ello, se señala que el sistema penal esté permanentemente sometido a una revisión, debido a la aparición de nuevos bienes jurídicos que deben ser protegidos.

#### **2.2.4 Peculado**

Es uno de los tipos penales que se encuentra regulado en el Código Penal vigente. Para Salinas (2014) el delito de peculado es definido

como el hecho punible que se configura cuando el funcionario o servidor público en su beneficio personal o para beneficio de otro, se apropia o utiliza, en cualquier forma, caudales o efectos públicos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón del cargo que desempeña al interior de la Administración pública (p. 310).

El peculado tiene como antecedentes la regulación de los códigos penales de 1863 y 1924:

En el Artículo 346 del Código Penal de 1924, se lee:

“El funcionario o servidor público que se apropiare o utilizare en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administra-

ción o custodia le estuviere confiada por razón de su cargo, será reprimido con penitenciaría no mayor de veinte años e inhabilitación conforme, a los incisos 1 y 3 del artículo 27 por doble tiempo de condena.

La pena será de multa de diez a ciento ochenta días de renta si el delincuente, por negligencia excusable, hubiere dado ocasión a que se efectuó por otra persona la sustracción de caudales o efectos”.

El artículo 196 del Código Penal de 1863 refiere: “El empleado que sustrae o consiente que otro sustraiga los bienes, caudales u otros valores públicos confiados a su administración o custodia, será castigado con inhabilitación absoluta en tercer grado y reclusión en primero, si la sustracción fuese menor de quinientos pesos aumentándose un término por cada quinientos más hasta el quinto grado; por ello, el delito de peculado lo comete aquel funcionario o servidor público que tiene el vínculo funcional de administrar o custodiar a razón del cargo que desempeña dentro de la Administración pública y que abusando del cargo se apropia o utiliza los caudales o efectos que tienen como finalidad el desempeño de la Administración pública”.

#### ***2.2.4.1 Modalidades del delito de peculado doloso***

El delito de peculado tiene dos modalidades de comisión del hecho delictivo las cuales son mediante los verbos rectores de “apropiarse” y “utilizar”:

##### ***2.2.4.1.1 Peculado por apropiación***

La modalidad de apropiación, para Salinas (2014), se configura cuando

el agente se apodera, adueña, atribuye, queda, apropia o hace suyos los caudales o efectos del Estado que le han sido confiados en razón del cargo que desempeña al interior de la Administración pública para percibirlos, estudiarlos o administrarlos. El agente obra con *animus rem sibi habendi* el beneficiario con el apoderamiento puede ser el autor del hecho que siempre será funcionario o servidor público en su caso, un tercero que, como veremos, puede ser tanto un funcionario y servidor público con una persona ajena a la Administración. (p. 311)

Por su lado, Abanto (como se citó en Salinas, 2014) señala:

La conducta del funcionario peculador se constituye en una apropiación *sui generis*. Él no sustrae los bienes, ellos ya están en su poder de disposición en función del cargo que desempeña. El sujeto simplemente no administra los bienes aplicándolos a la función pública para el que están destinados, sino dispone de ellos como si formaran parte de su propio exclusivo patrimonio. (p. 311)

En esta situación se permite entender, parafraseando a Cáceres (2012) que la configuración del delito de peculado se da cuando el funcionario o servidor público que tiene un vínculo con la Administración pública, es decir está vinculado por una norma extrapenal que obliga al agente custodiar los efectos o caudales, y este se apropia de ello y los desplaza al ámbito privado para beneficiarse económicamente. (p. 33)

De otra parte, Cáceres (2012) se refiere a las distintas formas en la que se puede intervenir en la comisión del hecho del tipo penal de peculado en su modalidad de apropiación:

Esta variada gama de posibilidades de intervención en el delito es destacada en el propio tipo penal cuando “el funcionario público y servidor público se apropia en cualquier forma” (Cáceres, 2012, p. 35); con ello se deja sin efecto el dominio del hecho que puede tener el funcionario público, respaldando de forma contraria su deber especial de protección sobre la administración o custodia de los caudales o efectos puestos a su disposición.

Asimismo, Cáceres (2012) señala que los beneficiarios por la comisión del delito de peculado tienen como base el artículo 387 del Código Penal:

Puede ser cualquiera las personas beneficiadas por dicha apropiación, en principio podría ser el propio funcionario público, su familia, amigos, etc. El legislador no ha dado importancia a esta característica, toda vez que carece de importancia quién sea el beneficiado (claro está con excepción de la propia entidad pública), aun así, que lo previsto en el tipo penal: “*para sí o para otro*”. Al respecto, si el funcionario se apropia de los caudales o efectos puesta bajo su administración para beneficiar al Estado, no cabría imputación alguna por este delito, toda vez que, se encontraría al amparo del riesgo permitido por cumplimiento de su función, como parámetro normal de actuación funcional. (p. 36)

Por lo tanto, la modalidad de peculado de apropiación se configura cuando el funcionario o servidor público se apropia de los caudales o efectos de la Administración pública y los desplaza al ámbito privado, De manera que, se causa un perjuicio patrimonial al ámbito público.

#### **2.2.4.1.2 Peculado por utilización**

De acuerdo con Cáceres (2012), la segunda modalidad del peculado consiste en

la utilización de los caudales o efectos por el funcionario público (...). Ella se caracteriza porque el agente delictivo actúa sin *animus domini*, es decir, no actúa como dueño, ni ánimo de apropiación, sino únicamente con ánimo de favorecerse del bien por el uso momentáneo. El peculado por utilización sanciona la conducta del funcionario público destinada al aprovechamiento del uso de los caudales o efectos públicos, sin tener para ello propósito de apoderamiento. (p. 42)

Según la postura de Abanto (como se citó en Cáceres, 2012), se define al verbo rector “utilizar” como: (...) “destinar” temporalmente los bienes que tiene como destino el cumplimiento de alguna función pública, a determinados trabajos de carácter privado (p. 43).

En tanto se puede encontrar en el Acuerdo Plenario N.º 04-2005/CJ-116, de fecha 30 de septiembre del 2005: “Utilizar se refiere al aprovechamiento de las bondades que permite el bien (caudal o efecto) sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero”.

De otra parte, Rojas (como se citó en Cáceres, 2012) sostiene:

La modalidad de peculado por utilización se configura cuando la gente usa, emplea aprovecha, disfruta o se beneficia de los caudales o efectos públicos, sin propósito de apoderarse del bien (...), no con el ánimo o propósito de quedarse o adueñarse, sino simplemente de servirse del bien público con el propio beneficio o en beneficio de terceros. (p. 312)

De manera que, en esta segunda modalidad de peculado, los tratadistas citados coinciden en establecer que la utilización de caudales y efectos pertenecientes a la Administración pública tienen la finalidad de “utilizar” por un determinado tiempo o en cumplimiento de un fin sin el ánimo de apoderamiento.

### **2.2.5 La relación funcional**

Para Cáceres (2012), la relación funcional está establecida en el artículo 387: “Del tipo penal se desprende como exigencia la *relación funcional* que debe existir entre el funcionario público y los caudales o efectos; esto se desprende de la descripción típica “*por razón de su cargo*” (p. 44).

Teniendo en cuenta la unificación de criterios en las resoluciones judiciales se tiene el Acuerdo Plenario N.º 04-2005/CJ-116 de fecha 30 de septiembre del 2005 (fundamento 6), en el que se precisa la existencia de la relación funcional en la configuración del delito de peculado:

“Para la existencia del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la Administración pública”.

Asimismo, en Acuerdo Plenario N.º 04-2005/CJ-116 de fecha 30 de septiembre del 2005 (fundamento 7), se señala la importancia para la configuración del delito de peculado el elemento de

“Existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos”.

Según Cáceres (2012), para la imputación del delito de peculado es fundamental la relación funcional por lo que señala que:

En base a ello no se podrá imputar por delito de peculado a un funcionario público por tener la sola calidad especial, sino solo aquel que, además de funcionario público, guarde una relación funcional con los caudales o efectos, puestos a administración o guarda.

Existe una relación directa entre la actuación del funcionario público “por razón de su cargo” con el ámbito extrapenal, pues es ahí donde se encuentra su origen. Tal característica en el agente delictivo otorga las bases mínimas para poder imputar penalmente. Este criterio otorga competencia al funcionario público, debiendo responder si se dice de dicha competencia produce un perjuicio al patrimonio del Estado, como consecuencia de la apropiación o utilización de los caudales o efectos. (p. 44)

### 2.2.6 Caudales y efectos

Son los dos elementos sobre los que recae el hecho de apropiación o utilización del delito de peculado. En palabras de Cáceres (2012):

El legislador, al establecer los elementos configuradores del delito de peculado, no definió el objeto material del delito de peculado, sobre el cual se ejercerán las conductas de apropiación o utilización (salvo en el peculado de uso), por parte del funcionario público, como bienes o patrimonio público, sino los denominó caudales y efectos (p. 45).

A consideración de la definición del objeto sobre las que se configura el delito de peculado, el Acuerdo Plenario N.º 04-2005/CJ-116, de fecha 30 de septiembre del 2005 (fundamento 7), señala: “e). Caudales y efectos. Los primeros, son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos, son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables”.

Por su parte, Rojas (como se citó en Cáceres, 2012) señala:

Se entiende por caudales a una acepción amplia a todos los bienes en general de contenido económico, incluido el dinero y los valores de crédito negociables, como los cheques y bonos, de exigencia actual o futura. En una acepción estricta, lo son solo los bienes fiscalizados y aprehensibles con valor económico propio (mercancía, vehículos, insumos, etc.) y el dinero. (p. 326)

En palabras de Cáceres (2012),

los caudales y efectos deben pertenecer o estar bajo la Administración pública destinados a fines propios del Estado, en consecuencia, los bienes per-

tenecientes a un organismo internacional, por ejemplo, no constituyen bienes del Estado, por lo tanto, no comete peculado, sino otro delito común el funcionario que se apropia en razón de estar administrándolos. (p. 328)

### **2.2.7 Percepción, administración y custodia**

Como se puede interpretar del tipo penal del artículo 387, Peculado, es necesario que exista la vinculación funcional del funcionario o servidor públicos con los efectos o caudales del Estado, debido al cargo que desempeña el agente.

Según Rojas (como se citó en Salinas, 2014), “percibir” significa la acción de captar o decepcionar caudales o efectos de procedencia diversa, pero siempre lícita (del tesoro, de particulares, de fuentes extranjeras, donaciones, etc.) y que ingresan o pasan integrar el patrimonio del Estado. Perciben los caudales tanto aquellos a quienes el Estado asigna bienes en razón de sus cargos, como los que recaudan, del ámbito externo a la Administración pública, contribuciones, rentas o impuestos que ingresan a los fondos públicos. (p. 328)

De otra parte, Abanto (como se citó en Salinas, 2014) señala que “*administrar* significa la facultad de disponer de los bienes públicos para aplicarlos a las finalidades legalmente determinadas” (p. 329).

Sin embargo, Salinas (2014) refiere que “no implica que el sujeto debe de tener siempre la posición directa en los bienes que administra, pero si resulta necesario que tenga dominio sobre ellos debiendo disponer de ellos en razón de ser el responsable de la unidad administrativa o titular del pliego. (p. 329)

Asimismo, Abanto (como se citó en Cáceres, 2012) establece:

El otro título que genera la posesión del bien público es el acto jurídico denominado por legisladores en el tipo penal: custodiar, el que se traduce en actos de protección, conservación y vigilancia de los caudales o efectos públicos por parte del funcionario o servidor público. (p. 330)

En el Acuerdo Plenario N.º 04-2005/CJ-116 de fecha 30 de septiembre del 2005 (fundamento 7), se definen los criterios de percepción, administración y custodia:

*La percepción* no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita.

*La administración* implica las funciones activas de manejo y conducción.

*La custodia* importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.

## **2.2.8 Sujetos activo y pasivo**

### **2.2.8.1 Sujeto activo**

Parafraseando a Salinas (2014), podemos señalar que los delitos cometidos contra la Administración pública tienen el carácter de especial, debido a que para la configuración es necesario que el agente tenga la condición de funcionario o servidor público, es decir que se rige bajo la teoría de la infracción del deber; asimismo se exige que exista una relación funcional con los efectos o caudales que forman parte del Estado.

Para Abanto (como se citó en Salinas (2014) el sujeto activo es “el funcionario debe tener los bienes en función de lo dispuesto por la ley, reglamentos,

directivas, u órdenes de autoridad competente en razón del cargo que desempeña. No basta que el funcionario disponga de los bienes públicos que coyuntural u ocasionalmente le encomendaron” (p. 341).

#### **2.2.8.2 Sujeto pasivo**

Según Cáceres (2012), “la relación con el sujeto activo siempre va dirigida a la institución estatal y nunca a una particular, aunque esta última también se vea fácticamente perjudicada” (p. 61).

En la Ejecutoria Suprema Exp. N.º 1885-92-B-Áncash, de fecha 15 de marzo del 1994, citada por Salinas (2014) se señala que

Solo es el Estado quien viene a constituir el representante o titular de la Administración pública en sus diversas manifestaciones: “no puede considerarse como sujeto pasivo del delito de peculado a los particulares, pues este ilícito solo puede ser cometido por funcionarios o servidores públicos en perjuicio del Estado o entidad dependiente de este. (p. 348)

#### **2.2.9 El principio de legalidad en el ordenamiento jurídico penal**

Reconocido en el artículo II de título preliminar del Código Penal, en el que se prescribe que “nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentre establecida en ella”; por ello, entendido como la garantía de la existencia previa de una norma para que una conducta sea considerada delito. En la concepción de Reategui (2014), el principio de legalidad es fundamental:

Para garantizar las libertades frente al poder público, y evitar que los ciudadanos quedaran a merced de los juzgadores, para que todos y cada uno pudieran calcular las consecuencias de sus actos y saber cuándo se exponen a un castigo y cuándo no, se logró, como una conquista histórica del mundo moderno, la consagración del principio de legalidad y de las consecuencias que de ella se derivan”. (p. 216)

Desde la perspectiva de Castillo (como se citó en Reategui, 2014), el principio de legalidad

representa la más valiosa garantía de los derechos y libertades del ciudadano y en el que se sintetizan los demás principios informadores del derecho penal, como el principio de intervención mínima, el principio de proporcionalidad, al principio de humanidad de las penas, entre otras. Cualquier cambio que afecte el derecho penal empieza por la modificación de la ley penal, pues esta es la única puerta de ingreso. (p. 217)

#### **2.2.10 El principio de prohibición de la analogía en el derecho penal**

El artículo 3 del Título preliminar establece que “no es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde”.

Rodríguez (2012), por su parte, interpreta la prohibición de la analogía conforme lo prescrito en el artículo 3 del Título preliminar del Código Penal en el siguiente sentido:

Solo mediante leyes se puede crear delitos y penas, por lo que ante la existencia de probables vacíos o deficiencia de una ley penal no puede aplicarse una norma a un caso similar o parecido.

Sin embargo, la discusión en la ciencia penal moderna radica en el hecho de que sí debe aceptarse en forma absoluta la prohibición de la analogía, teniendo en cuenta la existencia de la analogía *in bonam partem* (favorable) e *in malam partem* (perjudicial al reo). Una parte de la doctrina se inclina a la negación total de su aplicación en el derecho penal aun cuando atenúan el tipo penal o eximan de responsabilidad; mientras que un segundo planteamiento considera que el carácter absoluto debe ser flexible, pues se debe tener en cuenta los efectos que producen admitiéndose por ende la posibilidad de aplicarse la analogía *in bonam partem*.

Compartimos este criterio por cuanto solo se debe proscribir la analogía que perjudica al reo, por ejemplo cuando se extiende los parámetros de la legalidad o incriminación en sentido más amplio que el descrito, como sancionar la prostitución en sí, porque el proxenetismo y rufianismo son del tipo delictivo, lo que significa que la analogía que favorece o que beneficia al reo sí se puede aplicar (p. 197).

### **2.2.11 La política criminal**

Para Reategui (2014), la política criminal es entendida como el conjunto de decisiones y estrategias que el Estado proyecta para reaccionar frente al fenómeno criminal y así preservar los bienes jurídicos, agotando las vías de control social informal y formal jurídicos extrapenales, de ahí

que se diga con suma insistencia que la mejor política criminal es una buena política social (educación, sanidad, empleo, etc.) (p. 67).

También Reategui (2014) refiere que el derecho penal de emergencia es una expresión de una política criminal de tipo coyuntural para hacer frente a la criminalidad; en otras palabras, se trata de la utilización de un derecho penal para solucionar inmediatamente el problema, por ejemplo, de la delincuencia patrimonial, sexual, de violencia familiar, libertad personal, etc. En realidad, la “emergencia” viene dada por el estado de urgencia de la población de querer solucionar los problemas que suscita la delincuencia; el estado de emergencia delictual hace que no se propongan desde el marco político-criminal estudios y análisis serios y consistentes que englobe aspectos sociológicos, económicos, psicológicos, criminológicos, etc., y muchas veces lesionan garantías y derechos fundamentales de las personas (p. 80).

### **2.2.12 Teoría del delito**

Es un mecanismo jurídico que permite subsumir una conducta a un tipo penal que debe estar positivizado. Según Peña y Almanza (como se citó en Muñoz, 2013), “la teoría del delito es un sistema de hipótesis que exponen, a partir de una determinada tendencia dogmática, cuáles son los elementos que hacen posible o no la aplicación de una consecuencia jurídico penal a una acción humana” (p. 19). Asimismo, en palabras de Rodríguez (2012), la teoría del delito, “en primer lugar, es un medio técnico jurídico para establecer a quién se debe imputar ciertos hechos y quién debe responder por ellos personalmente” (p. 255).

De manera que la teoría del delito la podemos entender como un sistema de hipótesis o medio técnico jurídico que permite establecer si una conducta es considerada delito; es decir que se realiza en juicio de subsunción de una conducta teniendo como referencia las categorías del delito, como son la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad.

### **2.2.13 Elementos del delito**

A consideración de Rodríguez (2012), la concepción actual de los elementos del delito está

en torno a la teoría finalista, por cuanto nuestra normatividad de 1991 asume casi toda su extensión dicha doctrina, con lo referente al concepto de delito, conforme así se desprende la última parte del artículo 7 del título preliminar cuando se establece la proscripción de todo tipo de responsabilidad objetiva o resultadista y se asume la responsabilidad subjetiva o responsabilidad final, acorde del ejercicio de la actividad del sujeto (dolo) o infracción del deber de cuidado y producción de un resultado lesivo (culpa); asimismo, al plasmarse en el artículo 13 de nuestro Código Penal que son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas previstas en la ley; a lo que debemos añadir las causas de justificación e inimputabilidad y exculpación descrita en el artículo 20 del acotado, de lo cual podemos asumir que el delito viene hacer una acción, típica, antijurídica y culpable o responsable (p. 269)

### **2.2.13.1 Acción**

#### **2.2.13.1.1 Concepto de acción**

La primera forma de la comisión de un hecho delictivo es mediante una acción, para lo cual Rodríguez (2012) señala que la manifestación de la conducta de una acción tiene

la función de establecer el mínimo de los elementos que determinan la relevancia de un comportamiento humano para el derecho penal. Dicho con otras palabras, la caracterización de un comportamiento como acción o como no acción determina, si el comportamiento es o no relevante para el derecho penal. En este sentido, el concepto de acción se debe referir a comportamientos de los que eventualmente se pueda predicar la culpabilidad del autor (sí concurren los elementos que la fundamentan. (p. 270)

Asimismo, Rodríguez (2012) concluye que la acción es todo comportamiento humano exterior evitable, es decir, un comportamiento que el autor hubiera podido evitar si hubiera tenido un motivo para hacerlo. Ejemplo: el autor que dispara sobre una víctima y le produce la muerte hubiera podido evitar esa acción si hubiera querido, el que como consecuencia de una fuerza irresistible (por ejemplo, una avalancha de personas) que lo empuja contra otra persona le causa lesiones, no hubiera podido evitar lesionar a otro. En el primer caso, existe una acción, en el segundo, no solo una conducta evitable puede ser expresiva del sentido social que interesa al derecho penal. (p. 273)

### **2.2.13.1.2 La ausencia de acción**

La ausencia de acción se da mediante la fuerza física irresistible, acto reflejo y estado de inconciencia. Rodríguez (2012) refiere:

Solo son de relevancia penal las conductas humanas que se exteriorizan, con una finalidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado, sobre el cual exista voluntad personal, por lo que, determinados resultados que no guardan causalidad o nexo causal con el daño o peligro de modo alguno implicara un comportamiento o modo de conducta exteriorizado, es decir que estamos ante la existencia de una ausencia de acción por falta de voluntariedad y otras por falta de manifestación externa, lo que implica que no se puede sancionar por un hecho inexistente, pues la conducta humana debe ser anterior a la lesión puesta en peligro del bien jurídico tutelado, pues no basta entonces la determinación del resultado, sino que inicialmente se debe determinar un comportamiento externo entre las causas que originan la llamada ausencia de acción tenemos las siguientes:

#### **(a) Fuerza física irresistible**

Se produce cuando ante un estímulo externo contra el agente provoca a su cuerpo movimiento involuntario no reflejo y no dirigido. Se entiende entonces que el estímulo externo puede ser de cualquier índole humano, animal o producto de la naturaleza, por ejemplo, una persona se tropieza y cae sobre otra a quien lesiona, entonces el acto es a título de fuerza física irresistible, la cual a su vez resulta incompatible con la acción pues la gente actúa sin voluntad en el hecho.

### **(b) Movimiento o actos reflejos**

Al igual que la fuerza física irresistible, los movimientos acto reflejo constituyen supuesto de ausencia de acción, en los que por ende se da la ausencia de voluntad; se ha de entender entonces que los movimientos reflejos implican la existencia de una reacción ante un estímulo, por ejemplo se puede considerar los ataques convulsivos, o epilépticos, calambres, las reacciones que puede originar las corrientes eléctricas; entiéndase además que con dichos actos se causa un resultado dañoso o lesivo a bien jurídico tutelado por el derecho penal.

### **(c) Estado de inconciencia**

La doctrina penal reconoce además de los supuestos antes descritos como causales de ausencia de acción, por cuanto de por medio se da la existencia de un factor externo que anula la voluntad y genera que no se puede originar una conducta humana compartimos el criterio dado por Castillo Alva, cuando refiere que el estado de inconciencia solo podrá alejarse en los delitos de omisión (especialmente impropia), más no así en los delitos de acción, pues por causa de sueño, hipnosis narcóticos o embriaguez letárgica no se controla una fuente de peligro por falta de voluntad consciente, lo que termina produciendo un resultado típico desvalorado por el derecho, debiéndose entender además que el no hacer se omite por un factor externo y no querido que rebasa los límites del acto voluntario, del sujeto lo que genera que en todo caso el desvalor del resultado resulta irrelevante, pues no existe existirá un comportamiento o una acción final y voluntaria, por cuanto a

nuestro entender las acciones (hacer) en estado de inconsciencia puede generar un estado grave de alteración de conciencia. Entre los estados de inconsciencia tenemos la hipnosis y el sonambulismo, la embriaguez, entre otros. (p. 280)

### **2.2.13.1.3 La omisión**

La segunda modalidad de la comisión de un hecho delictivo es mediante la omisión esta sea propia o impropia. Rodríguez (2012) la omisión se define como:

(...) un no hacer una acción que el sujeto está en situación de poder realizar, al protagonista de una omisión, se le castiga por haber dejado de actuar estando obligado y pudiendo hacerlo.

Existen dos clases de omisión:

#### (a) Omisión propia o pura

Esta omisión es en sentido estricto y opera cuando se ha incumplido una norma imperativa precisada en el ordenamiento jurídico penal (Código Penal). Un ejemplo típico de esto lo encontramos en lo dispuesto por el artículo 126 entre otros del Código Penal o norma sustantiva, pudiendo además ser distinguido por cuanto estos tipos penales llevan el verbo rector en la técnica jurídica *el que OMITE*.

#### (b) Omisión impropia o comisión por omisión

Se trata de una conducta de no hacer a aquello a lo que se estaba obligado a hacer y se da por ejemplo en el caso que la madre que deja morir a su hijo recién nacido, o el de la enfermera que intencionalmente no suministra los medicamentos al paciente quién muere por tal hecho.

Al respecto hace necesario precisar que esta conducta exige *la posición de garante*, lo que permite que el resultado acaecido pueda imputarse a una omisión y en ella radica la esencia de la omisión impropia. Existe la posición de garante, cuando el sujeto tiene una función específica de protección del bien jurídico afectado o una función personal de control de una fuente de peligro es decir se requiere que el sujeto esté encargado de la protección o custodia del bien jurídico lesionado o amenazado. (p. 281)

### **2.2.13.2 La tipicidad**

#### **2.2.13.2.1 Tipo y tipicidad**

Según Peña y Almanza (2010), “el tipo es una figura que crea el legislador para hacer una valoración de determinada conducta delictiva. En sencillas palabras, podemos decir que es una descripción abstracta de la conducta prohibida. Es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de las conductas humanas penalmente relevantes (p. 123).

Bacigalupo (como se citó en Rodríguez, 2012) refiere que es posible distinguir, ente dos conceptos de tipo:

*Tipo garantía:* Contiene todos los presupuestos que condicionan la aplicación de la pena y responde al principio de legalidad.

*Tipo sistemático:* Es el tipo en sentido estricto, el que describe la acción prohibida por la norma. El tipo sistemático coincide con el tipo de error; los elementos objetivos de este tipo son lo que, en su caso deben haber conocido el autor para que pueda afirmarse que obró con dolo; el error sobre uno de esos elementos excluye el dolo y consecuentemente la tipicidad (del delito doloso). (p. 292)

Por su parte, Beling (como se citó en Rodríguez, 2012) menciona:

“Considero al tipo como la mera descripción objetiva de una conducta determinada, totalmente extraña a todo juicio de valor jurídico (antijuricidad y culpabilidad) todo elemento subjetivo, al que recurre el legislador para realizar tal descripción” (p. 292).

La tipicidad, para Peña y Almanza (2010), consiste en la adecuación del acto humano voluntario ejecutado por el sujeto a la figura descrita por la ley penal como delito. Es la adecuación, el encaje, la subsunción del acto humano voluntario al tipo penal. Si se adecua es indicio de que es delito. Si la adecuación no es completa no hay delito. La adecuación debe ser jurídica, no debe ser una adecuación social. (p. 132).

Asimismo, Peña y Almanza (2010) definen la tipicidad penal como la criminalización de una norma de cultura realizada por el legislador y establecida en una ley penal. La tipicidad la aplica el juez, la tipificación la realiza el legislador, la calificación de un comportamiento como delito la hace el fiscal. (p. 133)

En concordancia con Peña y Almanza, la definición de tipo y tipificación se entiende como la descripción de la conducta humana, que está descrita en la normativa penal, y la tipificación es la acción propia del fiscal, para adecuar una conducta a un tipo penal que previamente debe estar en el Código Penal.

#### ***2.2.13.2.2 Elementos del tipo***

Jescheck (como se citó en Rodríguez, 2012) señala: “En la elaboración de los tipos legales, el legislador emplea elementos descriptivos y normativos, que

sirven para individualizar tanto circunstancias externas (objetivas) como aquellas pertenecientes al mundo interno de las personas (subjetivas)” (p. 298).

Mezger (como se citó en Rodríguez, 2012) manifiesta que los elementos descriptivos son conceptos tomados del lenguaje común que se refieren a “determinados estados y procesos corporales y anímicos” y que han de ser “comprobados caso por caso por el juez cognoscitivamente, por ejemplo “matar” en el homicidio (artículo 106) para ponerla en circulación (artículo 354) en el delito de circulación de manera falsa.

Elementos normativos se refieren por el contrario a aquellos datos que no pueden ser generalmente representados e imaginados sin presuponer lógicamente una norma. Según Mezger se trata de presupuestos del injusto típico que solo pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación del hecho. (p. 299)

Rodríguez (2012) concluye señalando que debemos de tener en cuenta que la doctrina nacional por ejemplo ha efectuado el deslinde en torno a los elementos objetivos y subjetivos, en el sentido que el primero se orienta al contenido e identificación de los sujetos (activos y pasivos), la determinación de los elementos constitutivos; es decir, establecer los verbos rectores, los elementos descriptivos y normativos, sin entrar a valorar la intencionalidad o la infracción del deber del cuidado que se entiende entonces forman parte del llamado tipo subjetivo, que únicamente estará vinculado al dolo culpa y excepcionalmente a la preterintencionalidad. (p. 304)

### **2.2.13.3 El dolo**

Es el elemento subjetivo del tipo penal, que según Rodríguez (2012) define como

el conocimiento y la voluntad de la realización de un tipo, es decir que el dolo contiene un elemento cognitivo entendido como el conocimiento que debe tener el agente de estar realizando todos los elementos del tipo objetivo; así como un elemento volitivo pues con esto se constata la voluntad de ejecutar el acto lesivo del bien jurídico. (p. 311)

#### **Clases de dolo**

##### **(a) Dolo directo o de primer grado**

Para Peña y Almanza (2010) el dolo directo se produce cuando un sujeto se representa en su conciencia el hecho típico, es decir, el hecho constitutivo de delito. En el dolo directo el autor tiene el total control mental de querer y saber cuál es la conducta típica que se plantea realizar y la comete, independientemente de que aquella acción dé sus resultados esperados. (p. 165)

El dolo directo, según Rodríguez (2012), “consiste en la intención del autor, dado que el persigue la realización del delito y quiere el resultado, por ejemplo, el homicidio calificado o asesinato, hurto, robo, peculado, concusión” (p. 311).

En relación a la definición de dolo directo, coincido en parte con lo señalado por los autores Peña y Almanza, cuando señalan que el sujeto que comete el hecho con el dolo directo, tiene la intención de causar un daño, con los elementos subjetivos de conocimiento y voluntad, es decir el agente quiere el resultado.

### **(b) Dolo indirecto de segundo grado**

Rodríguez (2012) señala que en el dolo indirecto “el autor no persigue la realización de un delito, pero sabe y advierte como seguro o caso seguro, que su comportamiento dará lugar al delito. Por ejemplo, colocar una bomba en una empresa tratando de matar gerente” (p. 311).

Asimismo, Peña y Almanza (2010) definen el dolo indirecto como “aquel que se materializa cuando el sujeto se representa el hecho delictivo, pero no como un fin, sino como un hecho o efecto inevitable o necesario para actuar o desarrollar la conducta típica” (p. 165).

### **(c) Dolo eventual**

Peña y Almanza, 2010) señalan que el dolo eventual “es aquel que se produce cuando el sujeto se representa el hecho como posible, lejano, pero que podría llegar a ocurrir; no obstante, actúa aceptando dicha posibilidad” (p. 165).

Rodríguez (2012) señala que el dolo eventual es

llamada también dolo condicionado, cuando el autor representa el resultado como posible y probable (eventual) no obstante prosigue. Es decir que el resultado es no deseado o no requerido, pero existía su posibilidad, por ejemplo, al entrar a una casa a hurtar en horas de la noche y sale el dueño y al proseguir su conducta mata al dueño. (p. 312)

En cuanto al dolo eventual, los autores anteriormente citados, coinciden en definir, como aquella acción humana, en la cual el agente se representa un peligro y a pesar de ello continúa con la realización de la acción que posteriormente genera un resultado.

#### **2.2.13.4 La culpa**

Para Peña y Almanza (2010) la culpa es entendida como:

“El tipo culposo individualiza una conducta (al igual que el doloso). La conducta no se concibe sin voluntad, y la voluntad no se concibe sin finalidad; la conducta que individualiza el tipo culposo tendrá una finalidad, al igual que la que individualiza el tipo doloso. Pero el tipo culposo no individualiza la conducta por la finalidad sino porque en la forma en que se obtiene esa finalidad se viola un deber de cuidado.

La culpa puede darse de las siguientes formas:

*Imprudencia:* Afrontar un riesgo de manera innecesaria pudiendo evitarse.

*Negligencia:* Implica una falta de actividad que produce daño (no hacer).

*Impericia:* Se presenta en aquellas actividades que para su desarrollo exigen conocimientos técnicos especiales.

*Inobservancia de reglamentos:* Implica dos cosas: que conociendo las normas estas sean vulneradas implicando “imprudencia”; o se desconozcan los reglamentos debiendo conocerse por obligación, implicando ello “negligencia”. (p. 167)

#### **2.2.13.5 La antijuridicidad**

El concepto de antijuridicidad, según Hurtado (1987), consiste en el juicio objetivo y general que se formula en base a su carácter contrario al orden jurídico. No es posible admitir, por esto, una noción específica de antijuridicidad para cada dominio del derecho. Asimismo, Bacigalupo (como se citó en Villegas, 2017) refiere:

La teoría de la antijuricidad tiene por objeto establecer bajo qué condiciones y en qué casos la realización de un tipo penal (en forma dolosa o no; activa u emisiva) no es contraria al derecho, es decir, el hecho no merece una desaprobación del orden jurídico. Es, por lo tanto, una teoría de las autorizaciones para la realización de un comportamiento típico. Decir que un comportamiento está justificado equivale a firmar que el autor de la acción típica dispuso de un permiso del orden jurídico para obrar como obró.

#### ***2.2.13.5.1 Clases de antijuricidad***

Antijuricidad es aquella categoría del delito que, según Peña y Almanza (2010) se divide en:

*La antijuricidad formal.* Es la violación de la norma penal establecida en el presupuesto hipotético de la ley penal que no encuentra amparo en una causa de justificación de las que el Código Penal expresamente recoge. Por ejemplo: el estado de necesidad (la legítima defensa).

*La antijuricidad material.* Es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico por una conducta antisocial y dañosa, aunque no siempre tipificada en los códigos penales. Por ejemplo, la mendicidad que es un peligro porque puede generar robos. El ordenamiento jurídico penal peruano se guía por el principio de antijuricidad formal. Doctrinalmente se discute si la antijuricidad tiene carácter objetivo o subjetivo, se sigue la teoría de que la antijuricidad es objetiva porque es una oposición entre la conducta humana y las reglas del derecho positivo. Estas dos últimas son objetivas.

*Antijuricidad genérica y específica.* Genérica se refiere al injusto sin precisar en sus peculiaridades. Específica es aquella en que lo injusto está referido a una descripción específica de un delito. (p. 187)

#### **2.2.13.5.2 La legítima defensa**

Para Peña y Almanza (2013), la legítima defensa es entendida como la: Situación de estado de necesidad que consiste en la repulsa (repeler) de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la o repelerla. Para quien actúa de esta manera los códigos penales declaran la inexistencia de penalidad por estar exento de responsabilidad. En Roma era lícito responder a la violencia con violencia. Modernamente se admiten más bienes jurídicos que pueden estar protegidos por la legítima defensa. (p. 192).

Según Villegas (2017) la legítima defensa es “la conducta adecuada a derecho dirigida a proteger bienes jurídicos amenazados por una agresión ilícita. Asimismo, Rodríguez (2012) señala que la legítima defensa

viene a ser un derecho de orden constitucional plasmado en el artículo 2, inciso 23, donde señala: Toda persona tiene derecho a la legítima defensa, lo que significa que la defensa se ejecuta en preservación de un bien jurídico propio o de terceros. Esto descarta las tesis doctrinales que pretendían establecer que la legítima defensa viene a constituir un deber jurídico. El Código Penal regula en forma expresa la legítima defensa en el inciso 3 del artículo 20 del Código Penal, se designa a esta causa de justificación en otras

legislaciones como la defensa necesaria; esta terminología es sin duda aceptable, teniendo en cuenta solo es legítima si es necesaria; esto evidentemente queda claro. (p. 328)

#### ***2.2.13.6 La culpabilidad***

Según Villegas (2017) con la culpabilidad o imputación personal lo que se busca es atribuir o imputar el desvalor del hecho antijurídico penal a su autor.

Asimismo, Rodríguez (2012) refiere:

La culpabilidad constituye el conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción, típica, antijurídica y atribuible sea criminalmente responsable de la misma, lo que trae como consecuencia que lleve consigo una reprochabilidad del injusto del autor. Se tendrá en cuenta que no basta que un hecho no sea antijurídico y típico, sino que también debe ser culpable y una acción es culpable cuando a causa de una relación psicológica entre ella y su autor puede ponerse a cargo de este y además serle reprochada, de tal manera que como lo refiere Sebastián Soler, la culpabilidad también significa un juicio de reputación por la ejecución de un hecho contrario al mandato por la ley; entonces la culpabilidad constituye un conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción, típica y antijurídica sea penalmente responsable de la misma. (p. 349)

Para Peña y Almanza (2010), la culpabilidad es entendida como la situación en que se encuentra una persona imputable y responsable, que pudiendo haberse conducido de una manera no lo hizo, por lo cual el juez le declara merecedor de una pena. Es la situación en que se encuentra una per-

sona imputable y responsable. Es una relación de causalidad ética y psicológica entre un sujeto y su conducta. (p. 210)

#### ***2.2.13.6.1 La imputabilidad***

Como refiere Blanco (como se citó en Villegas, 2017) la imputabilidad es:

La capacidad de poder recibir imputaciones penales, para lo cual se busca determinar que el autor, en el momento del hecho, haya sido capaz de obrar responsablemente, es decir comprender que el hecho no está autorizado y determinarse por esta comprensión (abstenerse del hecho) al haber sido motivado por la norma no autoritativa. (p. 347)

De otra parte, Peña y Almanza (2010) anotan que la imputabilidad es la capacidad psíquica de una persona de comprender la antijuridicidad de su conducta y de no adecuar la misma a esa comprensión. Se es imputable o no. No hay términos medios.

Por otro lado, Villavicencio (como se citó en Peña y Almanza, 2010) precisa que

la realización del injusto penal (conducta típica y antijurídica) no basta para declarar al sujeto culpable. Es necesario que el autor posea ciertas condiciones mínimas psíquicas y físicas que le permitan comprender la antijuridicidad de su acción y de poder adecuar su conducta a dicha comprensión. Al estudio de estas condiciones corresponde el concepto de imputabilidad. Así, imputabilidad o capacidad de culpabilidad es la “suficiente capacidad de motivación del autor por la norma penal”. En este sentido, si un individuo no padece de anomalía psíquica o una grave alteración de la conciencia o de

la percepción, posee ese mínimo de capacidad de autodeterminación que el orden jurídico exige para afirmar su responsabilidad, en consecuencia, este hecho origina que, frente al poder penal, la persona se encuentre en una situación de inexigibilidad. (p. 213)

Aparte de ello, Rodríguez (2012) refiere que imputabilidad es:

el presupuesto de la culpabilidad y se concreta bajo las formas, especies o grados de dolo y culpa constituyendo además el elemento más importante de la culpabilidad. Se refiere básicamente a un modo de ser del agente, aun estado espiritual del mismo y tiene por fundamento la existencia de ciertas condiciones psíquicas y morales exigidas por la ley para responder por los hechos cometidos. Entonces la imputabilidad permite determinar si el individuo tiene la capacidad psíquica para verse motivado por la norma penal. Por lo tanto, la imputabilidad es la capacidad de motivación del autor por la norma penal.

La afirmación de la culpabilidad del autor de la infracción penal supone que las facultades básicas y psíquicas tengan condiciones mínimas exigibles. Es precisamente a estas facultades mínimas demandadas para estimar a un sujeto culpable, por haber realizado un hecho típico, antijurídico y culpable, se les denomina “imputabilidad” o capacidad de culpabilidad.

De lo que resulta que si el individuo no tiene la madurez (física y psíquica) suficiente, no puede llamarse culpable, y en consecuencia el sujeto no puede tener responsabilidad de sus actos a pesar que estos son típicos y antijurídicos. La noción de imputabilidad permite discernir qué hechos antijurídicos

pueden ser ligados a su autor y, para que después esta persona esté en condiciones de responder por sus actos.

La imputabilidad no exige la concurrencia de condiciones de fina y delicada espiritualidad, sólo le da condiciones mínimas, de aquellos que son absolutamente necesarios para que una persona pueda responder por sus propios actos. Es la capacidad de conocer y querer. (p. 355)

#### ***2.2.13.6.2 La inimputabilidad***

Según Creus (como se citó en Reátegui, 2014) es inimputable quien no posee las facultades necesarias para conocer su hecho en la forma y extensión requeridas por la ley para que su conducta sea presupuesto de la punibilidad, por lo cual se encuentra en la imposibilidad de dirigir sus acciones hacia el actuar lícito, por no haber tenido capacidad para conocer o no dirigir ni aun conociendo lo que hace. Las causas de inimputabilidad, la capacidad de comprensión del autor no debe valorarse en abstracto, respecto de cualquier infracción, sino en relación con el concreto hecho realizado y su ilicitud.

La afirmación de una incapacidad de culpabilidad no requiere, pues, como a veces se ha pretendido en la jurisprudencia española, la eliminación completa de la voluntad, pues si así fuera se estaría incluyendo y la existencia de una acción jurídico penalmente relevante que exige, en todo caso, comportamiento humano voluntario. (p. 716)

De otra parte, Reategui (2014) precisa que el

legislador parte de la base de que el adulto que realiza un justo jurídico penal normalmente es imputable. Por eso, no regula en el Código Penal la imputabilidad, sino su falta excepcional: la incapacidad de culpabilidad o inimputabilidad regulada en el artículo 20, inciso 1 del Código Penal peruano. En efecto, nuestro Código Penal ha regulado entre las circunstancias que eximen de responsabilidad penal (Artículo 20 del C.P.) dos causales de inimputabilidad; y ellas son el obrar por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, o por sufrir alteraciones en la percepción (inciso 1 del Artículo 20 del Código Penal). (p. 717)

## **2.3 Definición de términos**

### **2.3.1 El derecho penal**

Según Reátegui (como se citó en Von Liszt, 2014), el derecho penal “es el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen, como hecho, a la pena, como legítima consecuencia” (p. 25).

### **2.3.2 La Administración pública**

Salinas (2018) define a la Administración pública como el servicio, trabajo, labor o actividad pública que realizan determinados peruanos para lograr su fin último, cual es lograr el bienestar común. La Administración pública no es otra cosa que el Estado jurídicamente organizado. Al ser la Administración pública algo abstracto, el servicio o actividad pública que es algo más concreto, es realizado o materializado por personas que cumplen labores o trabajan en el interior de una institución pública que

forma parte de la Administración estatal a cambio de una remuneración. Estos trabajadores reciben el nombre de funcionarios o servidores públicos. En tanto que el empleador no es otro que el Estado. No importa la rama en que se desempeñen, o la función que realicen, o el rol que se asigne en determinada institución pública, tampoco interesa su jerarquía, su nivel intelectual, todos sirven en representación del Estado a los demás ciudadanos que normalmente se denominan público usuario o público de a pie. De ahí resulta razonable la afirmación de que los funcionarios o servidores públicos se deben al público usuario. (p.3)

### **2.3.3 Peculado**

Abanto (2003) lo define del siguiente modo:

La palabra “peculado” proviene del *latín pecus*, que significa ganado, y que después se extendió a la moneda de cobre en la que aparecía la cabeza de un buey, y de allí se generalizó para designar al patrimonio público. En el derecho romano se consideraba al principio que la sustracción del peculio público era similar a un sacrilegio; más adelante, con el imperio, predominó la idea de la traición a la confianza y la facilidad para delinquir. (p.331)

### **2.3.4 Funcionario y servidor público**

Vargas (1998) define como “el agente más importante de la estructura jurídica estatal de un país, que ocupa determinados estatus institucionales y tiene asignados específicos roles que debe desempeñar y con relación a los cuales responde tanto positiva o negativamente (p. 39).

### **2.3.5 Servicio público**

Serra Rojas (2003), el servicio público es una actividad técnica, directa o indirecta, de la Administración pública activa o autorizada a los particulares, que ha sido creada y controlada para asegurar de una manera permanente, regular, continua y sin propósitos de lucro la satisfacción de una necesidad colectiva de interés general, sujeta a un régimen especial de derecho público (p.110)

## CAPÍTULO III

### RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

#### 3.1 Discusión doctrinaria

Conforme a la investigación realizada, uno de los elementos que servirán para alcanzar los objetivos propuestos corresponde al análisis las posturas doctrinarias que existen en relación al problema propuesto.

##### 3.1.1 Posiciones que apoyan la tipificación de delito de peculado de servicios

###### 3.1.1.1 *El principio de legalidad*

El principio de legalidad es la base fundamental en la calificación de una conducta de relevancia penal; por ello, es un principio que hay que considerar también en aquel hecho donde un funcionario o servidor utiliza los recursos humanos de la Administración pública para fines privados. De hecho, es un principio de aplicación transversal y obligatoria dentro del ejercicio del poder punitivo estatal (derecho penal y derecho administrativo sancionador). Así, el referido principio es un elemento que debe ser considerado no solo en la aplicación de los tipos penales existentes, sino, también en la creación de los nuevos tipos penales que se necesite incorporar dentro del catálogo de delitos.

Por ello, en la concepción de Jiménez de Azua (como se citó en Rodríguez, 2012) establece que el principio de legalidad:

Constituye una garantía de todo individuo para no ser perseguido caprichosamente por sus actos inocentes; el principio de la legalidad se expresa a través de:

*Garantías legales.* Que inciden en la ley, las que deben ser precisas.

*Garantías formales o procesales.* Precisión de los órganos encargados de dictar las leyes, así como la determinación de los órganos que van a aplicarlas.

*Garantía de la ejecución de las penas.* Por cuanto constituye una garantía indispensable en todo Estado de derecho; en el plano científico el principio de legalidad requiere que los hechos que pretenden reprimir sean claros precisos, al igual que la entidad y penalidad a imponerse (p. 194).

Asimismo, Zugaldia Espinar (como se citó en Reategui, 2014) sostiene que son cuatro las manifestaciones del principio de legalidad:

Garantía criminal (*nullum crimen sine lege*): Ninguna conducta, por reprochable que sea, puede ser considerada como delito si previamente una ley no lo ha establecido.

Garantía penal (*nulla poena sine lege*): no puede establecerse más penas que las establecidas expresamente por el legislador en cada caso.

Garantía jurisdiccional (*nemo danetur nisi per legale iudicium*): nadie puede ser castigado sino en virtud de un juicio formal ante el tribunal competente, en el que se respeten todas las garantías establecidas por la ley.

Garantía de ejecución: No puede ejecutarse pena alguna sino en la forma prevista por la ley. (p. 219)

De manera que, el fundamento doctrinario que fundamenta la existencia de un vacío normativo en el Código Penal, sobre el tipo penal de peculado de servicio, es el principio de legalidad, ya que para Hurtado y Prado (2011) el principio de legalidad desde la noción de la ley:

Artículo 2, se prevén los dos extremos del principio de legalidad: por un lado, declaró que el delito y las faltas deben estar previstos en la ley vigente al momento de su comisión y, por otro, se establece que solo se impondrán las penas y medidas de seguridad establecidas en dicha ley. Así se estatuye, de manera taxativa, que la ley es la única base de la incriminación de comportamientos y de la imposición de sanciones penales. En esto radica una de las diferencias esenciales con el derecho civil, según el artículo 7 del código civil, los jueces “no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley” y si este fuere el caso, se dispone, en la segunda parte de este mismo artículo, que ellos “deben aplicar los principios generales del derecho y preferentemente los que inspiran el derecho penal peruano, en materia civil, los jueces pueden, consecuencias, ampliamente otras fuentes para resolver el caso *sub iudice*, mientras que en materia penal están más sometidos a la ley cuando se trata de determinar si el comportamiento a juzgar constituye un delito y cuál es la sanción que debería aplicarse responsable. (p. 153)

### ***3.1.1.2 El subprincipio de tipicidad***

Conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional en reiterados pronunciamientos, el subprincipio de tipicidad establece que una sanción requiere que su infracción esté tipificada en una norma con rango de ley.

### ***3.1.1.3 Principio de prohibición de analogía en el derecho penal***

El artículo 3 del Título preliminar establece: “No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde”.

Aparte de ello, considero importante este principio jurídico, por lo señalado por Rodríguez (2012) la prohibición de la analogía se interpreta en el siguiente sentido: “Solo mediante leyes se puede crear delitos y penas, por lo que ante la existencia de probables vacíos o deficiencia de una ley penal no puede aplicarse una norma a un caso similar o parecido”.

Sin embargo, la discusión en la ciencia penal moderna radica en el hecho de que sí debe aceptarse en forma absoluta la prohibición de la analogía, teniendo en cuenta la existencia de la analogía *in bonam partem* (favorable) e *in malam partem* (perjudicial al reo). Una parte de la doctrina se inclina a la negación total de su aplicación en el derecho penal aun cuando atenúan el tipo penal o eximan de responsabilidad; mientras que un segundo planteamiento considera el carácter absoluto debe ser flexible, pues se debe tener en cuenta los efectos que producen admitiéndose por ende la posibilidad de aplicarse la analogía *in bonam partem*.

Compartimos este criterio por cuanto solo se debe por proscribir la analogía que perjudica al reo, por ejemplo, cuando se extiende los parámetros de la legalidad o incriminación en sentido más amplio que el descrito, como sancionar la prostitución en sí, porque el proxenetismo y rufianismo son del tipo delictivo, lo que significa que la analogía qué favorece o qué beneficia el reo si se puede aplicar. (p. 197)

Según Castillo (como se citó en Rodríguez, 2012), la concepción de la prohibición de la analogía en el derecho penal debe tener en cuenta que

la razón fundamental para admitir la analogía *in bonam partem* se encuentra en el mismo origen y sentido del principio de legalidad, que nació no como un medio de lucha contra la delincuencia o como instrumento de exclusiva utilidad para el Estado, sino como una garantía y principio al servicio del ciudadano. (p. 197)

A propósito, Reategui (2014) menciona que la prohibición de la analogía en el derecho penal se distingue desde dos perspectivas:

Suele distinguirse en el derecho penal, entre analogía *in malam partem* y analogía *in bonam partem*, entendiéndose por la primera la que integra la ley extendiendo la punibilidad (es decir, para crear o agravar la responsabilidad penal); por lo tanto en caso de aplicación del derecho en perjuicio del sujeto el poder del juez penal termina con los límites de la interpretación; y por la segunda la que restringe más allá de la letra de la ley (es decir o para excluir la responsabilidad penal) este planteamiento está acorde con el límite garantizador que posee el propio texto legal: dicho límite solo persigue garantizar al ciudadano que no podrá verse afectado por una pena que no se halle prevista por la letra de la ley. (p. 259)

#### **3.1.1.4 La política criminal**

Según Reategui (2014), la política criminal es entendida como el conjunto de decisiones y estrategias que el Estado proyecta para reaccionar frente al fenómeno criminal y así preservar los bienes jurídicos, agotan-

do las vías de control social informal y formal jurídicos extrapenales, de ahí que se diga con suma insistencia que la mejor política criminal es una buena política social (educación, sanidad, empleo, etc.). (p. 67).

Asimismo, Reategui (2014) refiere que el derecho penal de emergencia es una expresión de una política criminal de tipo coyuntural para hacer frente a la criminalidad; en otras palabras, se trata de la utilización de un derecho penal para solucionar inmediatamente el problema, por ejemplo, de la delincuencia patrimonial, sexual, de violencia familiar, libertad personal, etc. En realidad, la “emergencia” viene dada por el estado de urgencia de la población en querer solucionar los problemas que suscita la delincuencia; el estado de emergencia delincencial hace que no se propongan desde el marco político-criminal estudios y análisis serios y consistentes que englobe aspectos sociológicos, económicos, psicológicos, criminológicos, etc., y muchas veces lesionan garantías y derechos fundamentales de las personas (p. 80).

En el mismo sentido Heinrich y Weigend (2014) define a la política criminal como:

Se ocupa de la pregunta acerca de cómo dirigir el derecho penal para poder cumplir de la mejor forma posible su misión de proteger a la sociedad. La política criminal conecta con las causas del delito, discute cómo deben ser redactadas correctamente las características de los tipos penales para corresponderse con la realidad del delito, intenta determinar el modo en que desarrollan sus efectos las sanciones aplicadas en derecho penal, toma en consideración hasta qué límite el legislador puede extender derecho penal para no limitar más de lo absolutamente necesario el espacio de libertad del ciuda-

dano, y prueba si el derecho penal material está adecuadamente configurado para poder ser aplicado en el proceso penal. (p. 33)

### **3.2 Resultados jurisprudenciales**

Otro de los elementos que se ha considerado fundamental para la presente investigación corresponde a un análisis de los pronunciamientos que se han emitido en la jurisprudencia nacional. Con ello, se busca establecer el criterio que se ha adoptado para justificar una sanción a los funcionarios o servidores públicos que hacen uso para sí de los servicios que la Administración pública contrata para sus fines. Como parte de la investigación, se han encontrado los siguientes pronunciamientos:

#### **3.2.1 Poder Judicial - Corte Suprema de Justicia de la República**

##### ***3.2.1.1 Extradición Activa N.º 26-2015 - Lima - “Caso La Centralita”***

Dentro de la jurisprudencia nacional, uno de los casos en los que se ha presentado un supuesto en el que se atribuye a un funcionario público el uso para sí de los servicios de una persona contratada por la Administración pública corresponde a uno de las imputaciones formuladas en el famoso caso conocido como “Caso La Centralita”, el cual se detallará a continuación.

En este caso, de acuerdo con los pronunciamientos a los que es posible acceder, pues obran en Internet, el Juez del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional presentó una segunda solicitud de extradición activa, contra el investigado Martin Belaunde Lossio, el cual se refería a los delitos de peculado de uso y asociación ilícita para delinquir.

Al resolver el pedido, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia señaló respecto al delito de peculado:

Se le atribuye a Belaunde Lossio haber contribuido —en calidad cómplice secundario— a la apropiación y uso de recursos y bienes públicos por parte de funcionarios públicos, con el objeto de sostener y sufragar los gastos de la llamada “centralita” (pretendía sucursal Ilios producciones S.A.C.), creada y dirigida por su persona, por intermedio de Jorge Burgos Guanilo, valiéndose para tal efecto de dinero así como los bienes y recursos humanos del Gobierno Regional de Áncash, como es el caso del Proyecto Especial Chinecas, entre otros.

Asimismo, se la formula la siguiente Imputación específica:

Hecho uno: Haber recibido aprovechado recursos humanos del Proyecto Especial Chinecas en “La Centralita” bajo la fachada de Ilios Producciones S.A.C., como fue el caso de Juan Carlos Barrios y Julio César Minchola Chumioque, quienes prestaron servicios de manera particular para los fines de la organización delictiva bajo las órdenes de Jorge Burgos Guanilo y este a su vez de Martin Belaunde Lossio, no obstante tener la condición de personal contratado y remunerado por el Proyecto Especial Chinecas, enviadas para tal efecto por el entonces gerente del proyecto especial en cuestión, Arnulfo Moreno Corrales (investigado por el delito de peculado en calidad de autor). Esto fue desarrollado entre el lapso comprendido entre finales de 2009 y septiembre 2011, en Chimbote en el inmueble ubicado en el jirón Los Pinos N.º 600, Urbanización la Caleta, que fue uno de los locales donde operó “La Centralita”. El aporte de Martín Belaúnde consiste en haber reci-

bido a esta persona para la que trabajarán en dicho establecimiento organizó y dirigido por él, y administrando por Jorge Burgos Guanilo, mientras seguían teniendo la condición de trabajadores públicos.

Hecho dos: Haber recibido provecho de caudales públicos, proporcionados por su investigada Carmina María Cortés Roque (investigada por delito de peculado en calidad de autora) para pagos del personal de “La Centralita”, así como para la compra de discos duros y otros bienes con lo que está operada, que eran tomados del Proyecto Especial Chinecas, donde aquella se desempeñaba como encargada del abastecimiento indicado proyecto, así como vehículos y recursos humanos (conductores de vehículos) del mismo proyecto, también para los fines de “La Centralita”. Este hecho se desarrolló en el lapso comprendido entre el mes de enero 2011 hasta el mes de mayo 2014, se desarrolló en Chimbote en las instalaciones del canal 25, avenida Pardo con Sáenz Peña N.º 298, siendo su aporte causal haber recibido y aprovechado de caudales públicos de su coinvestigada Carmina María Cortés Roque.

Asimismo, en estricto sobre el delito de peculado de uso, en la disposición N.º 79, se precisó como marco de imputación lo siguiente: haber contribuido con el uso de efectos públicos consistente en unidades vehiculares del proyecto especial Chinecas, que eran aprovechados para el transporte de personal de la llamada “La Centralita” conformada y liderada por el imputado Belaunde Lossio, dentro de la organización delictiva presuntamente liderada por César Álvarez.

Tal como se observa, en el segundo párrafo, donde se delimita el hecho dos, en donde se hace mención a un supuesto, el imputado que hace uso de los servi-

cios de choferes que debían ser para el Estado, pero terminan destinados a uso particular.

Cabe indicar que, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, declaró “procedente la solicitud de extradición activa formulada por el segundo Juzgado de Investigación Preparatoria de la Sala Penal Nacional, a las autoridades del Estado Plurinacional de Bolivia, respecto al ciudadano Martin Belaunde Losio, en el proceso penal que se le sigue por los delitos de peculado, peculado de uso y asociación ilícita para delinquir en agravio del Estado”; aceptando así la propuesta del Ministerio Público.

Nadie cuestionó la tipificación que se hizo del hecho. Por lo que, podría afirmarse que este sería la forma en que se admite imputar en el delito de peculado, aquella conducta en donde un funcionario o servidor público hace uso para sí o para terceros de los servicios del personal que ha sido contratado por la Administración pública para sus propios fines. Se notará que este “servicio” se adecuó en la modalidad de peculado de uso y en su forma de uso de caudales. Más adelante volveremos sobre este punto.

### ***3.2.1.2 Acuerdo Plenario***

También se tiene al Acuerdo Plenario N.º 4-2005, publicado el 26 de noviembre del 2005. Donde se desarrollaron aspectos fundamentales del tipo penal de peculado; el mismo que servirá, sobre todo, para delimitar un tipo penal, en el que ya, en una ocasión, se adecuó el hecho que no es materia de investigación.

El mencionado Acuerdo Plenario señaló con relación al delito de peculado:

“El artículo 387 del Código Penal vigente, establece en primer lugar la acción dolosa en el delito de peculado, al señalar que “el funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo...”; en segundo lugar, la acción culposa se traduce en el comportamiento negligente del sujeto activo, describiéndolo como “si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos...”; concluyendo en tercer lugar, que las acciones dolosas y culposas admiten circunstancias agravantes precisamente en la importancia especial de la finalidad pública para lo cual estaban destinados los bienes “si los caudales o efectos estuvieran destinados afines asistenciales o a programas de apoyo social...” (Forma de circunstancia agravante incorporada por Ley N.º 26198 del 13 de junio de 1993).

Para la existencia del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la Administración pública.

Todo ello nos lleva a sostener que, tratándose el peculado de un delito pluri-ofensivo, el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de

protección jurídico-penal: (a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y (b) evitar el abuso del poder del que se haya facultado al funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad.

Es necesario tener en cuenta los comportamientos típicos que la norma en análisis nos señala a efectos de limitar o restringir la relevancia penal de los actos del delito de peculado. La norma, por consiguiente, al describir la acción dolosa utiliza dos supuestos para definir los comportamientos típicos del sujeto activo: *apropiar* o *utilizar*, los mismos que deben contener ciertos elementos para su configuración; estos son, en tal virtud, los elementos materiales del tipo penal:

(a) *Existencia de una relación funcional* entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos.

(b) *La percepción* no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita.

(c) *La administración* que implica las funciones activas de manejo y conducción.

(d) *La Custodia*, que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.

(e) *Apropiación* o utilización. En el primer caso estriba en hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la fun-

ción de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso: *utilizar* se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero.

(f) *El destinatario: para sí.* El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. *Para otro*, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero.

(g) *Caudales y efectos.* Los primeros, son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos, son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables.

En el peculado culposo debe tenerse en cuenta “la sustracción y la culpa del funcionario o servidor público” como elementos componentes típicos de esta figura penal, describiéndolos como:

(a) *La sustracción.* Entendiéndose como el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la Administración pública, por parte de un tercero, que se aprovecha así del estado de culpa incurrido por el funcionario o servidor público.

(b) *La culpa del funcionario o servidor público.* Culpa es un término global usado para incluir en él todas las formas conocidas de comisión de un hecho, diferentes al dolo, la fuerza mayor y el caso fortuito. Habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando éste no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones (la culpa del peculado se refiere exclusivamente a

sustracciones, no al término impreciso de pérdidas); vale decir cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público.

### **3.2.2 Ministerio Público - Fiscalía de la Nación y el Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios**

Dentro de las imputaciones realizadas sobre el hecho de peculado de servicios se ha encontrado en las distintas resoluciones emitidas por el Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, como es el caso Víctor Joel Cerna Báez, siendo las siguientes imputaciones:

#### ***3.2.2.1 Resolución 02 del 11 de septiembre del 2018. Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios (Expediente N.º 160-2014-328)***

Este hecho fue objeto de investigación por parte una Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Ministerio Público, se delimitaron los hechos señalando:

Se le atribuye a César Joaquín Álvarez Aguilar, en su condición de Presidente Regional de Áncash haber ordenado a inicios del año 2011, al Gerente General del Proyecto Especial Chincas, Víctor Joel Cerna Baes, disponer la utilización de recursos humanos del Estado para fines privados; esto es, que las personas de Juan Carlos Barrios Avalos y Julio Cesar Minchola Chu-

mioque se mantengan como trabajadores en las planillas del Proyecto Especial Chincas y continúen brindando el servicio de seguridad al inmueble conocido como “La Centralita”.

De acuerdo con las distintas resoluciones emitidas por el Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, el hecho se adecuó al artículo 387 del Código Penal al tipo penal en la modalidad de “utilización”.

Asimismo, en la referida resolución se encontró el hecho, que se delimitó de la siguiente manera:

Se le viene atribuyendo a Víctor Joel Cerna Báez la presunta realización del delito de peculado, en su condición de funcionario público, como gerente general del Proyecto Especial Chincas; dispuso a inicios del año 2011 la utilización de recursos humanos del Estado para fines privados, esto es, que las personas de Juan Carlos Barrios Avalos y Julio Cesar Minchola Chumioque se mantengan como trabajadores en las planillas del Proyecto Especial Chincas y fuesen a brindar el servicio de seguridad al inmueble conocido como “La Centralita”, ubicado en calle Los Pinos N° 600, Urb. La Caleta-Chimbote, el mismo que fue utilizado por la organización criminal liderada por Cesar Joaquín Álvarez Aguilar como aparato de prensa; permitiendo, además, que se les pague indebidamente sus remuneraciones mensuales como trabajadores del Proyecto Especial Chincas, generando así un egreso indebido y consiguiente perjuicio al Estado; ya que no cumplió con la función de cautelar los caudales públicos, es decir, permitió que miembros de su organización criminal se apropien de dinero del Proyecto Especial Chi-

necas, quienes percibieron sus sueldos como trabajadores en planillas de dicho Proyecto Especial Chinecas, sin que hayan efectivamente laborado en el mismo.

Esta conducta también fue tipificada para la imputación en el artículo 387 del Código Penal.

### **3.3 Resultados normativos**

Ahora bien, también se advirtió importante identificar las normas que viabilizan y señalan el marco jurídico necesario para el análisis del problema de estudio. Porque, precisamente, son las normas que limitan o delimitan la posibilidad o no de la incorporación de un nuevo tipo penal al Código Penal. Así, se ha identificado las siguientes:

#### **3.3.1 La Constitución Política**

Aquí, es importante hacer mención al principio de legalidad:

Artículo 2. Toda persona tiene derecho:

Inciso. 24, literal d.

“Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”.

Y a la proscripción de la interpretación analógica en materia penal:

Artículo 139.9. Principios de la función jurisdiccional:

“El principio de inaplicabilidad por analogías de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos”.

### **3.3.2 Código Penal Peruano**

En el Código Penal, por su parte, será necesario hacer referencia al tipo penal de peculado.

Artículo 387. Peculado doloso y culposo

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

Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efec-

tos 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.

Y al peculado de uso:

Artículo 388°. Peculado de uso

El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la Administración pública o que se hallan bajo su guarda, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública. No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo.

También, es importante tomar la definición que se hace en dicho cuerpo normativo sobre los funcionarios y servidores públicos.

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

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u

organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.

1. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
6. Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.
7. Los demás indicados por la Constitución Política y la Ley 375.

### **3.3.3 Procedimiento administrativo sancionador**

En el Perú, hasta antes de la emisión de la sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N.º 00020-2015-PI/TC, mediante la cual se declaró inconstitucional el catálogo de infracciones administrativas funcionales establecidas en la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, modificada por la Ley 29622 y su Resolución de Contraloría N° 100-2018-CG de 3 de abril de 2018, existía un tipo infractor específico que sancionaba al funcionario o servidor público que hacía uso para sí de los servicios personales que la Administración pública había contratado para sus propios fines.

Así, se tiene al tipo infractor recogido en el artículo 7, en el que se regulan las infracciones de los principios, deberes prohibiciones establecidas en las normas de ética y probidad de la función pública, en el literal m, que señala:

“Disponer que se utilice, en obra o servicio particular, vehículos, máquinas, aparatos o material de cualquier naturaleza, de propiedad disposición de cualquiera de las entidades, o el trabajo de servidores públicos, empleados o terceros contratados por las entidades. Esta infracción es considerada como muy grave”.

Como se observa, es un tipo infractor que se asemeja mucho al que se busca implementar con la presente investigación.

### **3.3.4 Derecho comparado**

#### ***3.3.4.1 Derecho penal argentino***

El Código Penal argentino, vigente desde el año 1921, consta de dos libros (el primero, de disposiciones generales, y el segundo, de delitos); el libro de delitos consta de trece títulos, el delito de peculado se encuentra regulado en el título XI, del artículo 237 al 281 del Código Penal, capítulo 7, Malversación de caudales públicos.

#### **Peculado doloso**

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

### **Peculado culposo**

Artículo 262. Será reprimido con multa del veinte al sesenta por ciento del valor sustraído, el funcionario público que, por imprudencia o negligencia o por inobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo, diere ocasión a que se efectuare por otra persona la sustracción de caudales o efectos de que se trata en el artículo anterior.

#### ***3.3.4.2 Derecho penal chileno***

En cuanto al Código Penal chileno vigente desde el de 1875, consta de tres libros (aspectos generales, delitos y faltas), en cuanto al delito de peculado se encuentra regulado en Título V, de los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

### **Peculado o sustracción de fondos**

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

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

3. Con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si excediere de cuarenta unidades tributarias mensuales.

En todos los casos, con la pena de inhabilitación absoluta temporal en su grado mínimo a inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos.

Artículo 234. El empleado público que, por abandono o negligencia inexcusables, diere ocasión a que se efectúe por otra persona la substracción de caudales o efectos públicos o de particulares de que se trata en los tres números del artículo anterior, incurrirá en la pena de suspensión en cualquiera de sus grados, quedando además obligado a la devolución de la cantidad o efectos substraídos.

#### ***3.3.4.3 Derecho penal español***

Vigente desde el 23 de noviembre de 1995, está dividido en un título preliminar (artículos del 1 al 9) y tres libros; el Título Preliminar y el Libro I recogen lo que se denomina la parte general, mientras que los libros segundo y tercero, la parte especial (delitos y faltas, respectivamente). El delito de peculado se encuentra regulado en capítulo VII De la malversación.

#### **Defraudaciones**

Artículo 249.

Los reos de estafa serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años. Para la fijación de la pena se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones en-

tre este y el defraudador, los medios empleados por este y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción.

Si la cuantía de lo defraudado no excediere de 400 euros, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses.

Artículo 250.

El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses, cuando:

1. Reaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social.

2.º Se perpetre abusando de firma de otro, o sustrayendo, ocultando o inutilizando, en todo o en parte, algún proceso, expediente, protocolo o documento público u oficial de cualquier clase.

3.º Reaiga sobre bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico.

4.º Revista especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia.

5.º El valor de la defraudación supere los 50.000 euros, o afecte a un elevado número de personas.

6.º Se cometa con abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche este su credibilidad empresarial o profesional.

7.º Se cometa estafa procesal. Incurren en la misma los que, en un procedimiento judicial de cualquier clase, manipulen las pruebas en que pretendieran fundar sus alegaciones o emplearen otro fraude procesal análogo,

provocando error en el juez o tribunal y llevándole a dictar una resolución que perjudique los intereses económicos de la otra parte o de un tercero.

8.º Al delinquir el culpable hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en este capítulo. No se tendrán en cuenta antecedentes cancelados o que debieran serlo.

Si concurrieran las circunstancias incluidas en los numerales 4.º, 5.º, 6.º o 7.º con la del numeral 1.º Del apartado anterior, se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses. La misma pena se impondrá cuando el valor de la defraudación supere los 250.000 euros.

### **Malversación**

Artículo 432.

1. La autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 sobre el patrimonio público, será castigado con una pena de prisión de dos a seis años, inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años.

2. Se impondrá la misma pena a la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 253 sobre el patrimonio público.

3. Se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si en los hechos a que se refieren los dos números anteriores hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes:

(a) se hubiera causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público.

(b) el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros.

Si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000 euros, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

## **CAPÍTULO IV**

### **DISCUSIÓN Y VALIDACIÓN DE HIPÓTESIS**

#### **4.1 Validación de la hipótesis general**

En la presente investigación, es necesario señalar las posturas doctrinarias y jurisprudenciales referidas en los anteriores capítulos, a efectos de plantear los fundamentos de respuesta a la problemática:

##### **4.1.1 Posturas o argumentos a favor**

Las principales teorías que sustentan la postura a favor de la tipificación del delito de peculado de servicios en el Código Penal, específicamente en aquel supuesto fáctico en el cual el funcionario o servidor público dispone de recursos humanos para fines privados, que el Estado adquiere para el cumplimiento de un objetivo, como tal, no está completa en el tipo penal de peculado, por lo que corresponde su incorporación en el Código Penal, como el “delito de peculado de servicio”, basado específicamente en la definición e interpretación de los verbos rectores de los delitos de peculado, prescritos en el artículo 384, Peculado, 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”.

Artículo 388. Peculado de uso: El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la Administración

pública o que se hallan bajo su guarda, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa (...). El principio de legalidad establece que solo es posible reprimir una acción u omisión considerada delito, cuando está expresamente establecido en el Código Penal y la prohibición de la analogía en el derecho penal, debido a que no se puede calificar un hecho como delito mediante la analogía cuando hay vacíos en la norma penal.

De otra parte, considero importante establecer que la conducta de un funcionario o servidor que utiliza los recursos humanos para cumplir fines ajenos a la Administración pública, debe ser considerada un hecho reprimible penalmente, teniendo como base la teoría del delito, debido a que es un medio técnico mediante el cual se puede calificar si una acción u omisión es delito, ello de acuerdo a la evaluación del hecho mediante el sistema de filtros (tipicidad, antijurídica y culpabilidad).

#### ***4.1.1.1 El principio de legalidad***

Es uno de principios más importantes del derecho penal, el cual es entendido en latino como *nullum crimen nulla poena sine previa lege* (*no hay delito ni pena sin ley previa*), es decir para que una conducta sea calificada como delito, debe estar establecida como tal en la ley penal y con anterioridad a la realización de esa conducta.

De otro lado, al tener al principio de legalidad, como el límite a la punibilidad de un hecho delictivo al no estar expresamente prescrito en la ley penal, genera impunidad en las acciones u omisiones que no están establecidas en la norma

penal, por lo que considero que el uso de recursos humanos por los funcionarios y servidores públicos para fines privados, debe de ser incorporado al Código Penal

Considero al principio de legalidad como uno de los fundamentos jurídicos a la solución al problema planteado debido que, con la incorporación como un tipo penal, al delito de peculado de servicios, permitirá cumplir con las garantías que toda persona posee, siendo ello como lo señala Jiménez de Azua, expresado en:

(1) Garantías legales. Que inciden en la ley, las que deben ser precisas.

(2) Garantías formales o procesales. Precisión de los órganos encargados de dictar las leyes, así como la determinación de los órganos que van a aplicarlos.

(3) Garantía de la ejecución de las penas. Por cuanto constituye una garantía indispensable en todo Estado de derecho, en el plano científico el principio de legalidad requiere que los hechos que pretenden reprimir sean claros precisos, al igual que la entidad y penalidad a imponerse.

Con la incorporación al Código Penal de peculado de servicios, los operadores del derecho podrán reprimir la conducta del funcionario o servidor que abusando del cargo que desempeña al interior de la Administración pública, dispone de los recursos humanos para fines ajenos a la Administración pública, es decir a fines privados, con ello dejaran de archivarse y sobreseerse aquellas conductas, que no pueden ser adecuadas a un tipo de penal, debido a la inexistencia de la misma en el Código Penal, y que durante mucho tiempo los operadores del derecho tuvieron que usar la analogía para tipificar el hecho. Asimismo, al adecuar la conducta de otro tipo penal, va en contra del principio de legalidad.

#### ***4.1.1.2 Principio de la prohibición de la analogía***

El artículo 3 del título preliminar prescribe: “No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde”. Sin embargo, nuestros representantes del Ministerio Público y jueces, en inobservancia a este fundamental principio tipificaron el hecho, en el cual el funcionario o servidor utiliza, recursos humanos, que cumplen una función dentro de la Administración pública, para fines privados, como son el caso denominado la centralita y el caso del expresidente de la Corte de Justicia del Callao.

Conforme a la doctrina señalada en el marco conceptual, en la interpretación de la prohibición de la analogía en el derecho penal, coincido en parte con Rodríguez Martínez, en el sentido de que solo mediante las leyes se puede crear delitos; por consiguiente, una conducta solo puede ser calificada como delitos cuando exista un tipo penal específico que así lo señale y no calificar un hecho mediante la aplicación de la analogía, porque se estaría aplicando la analogía en *in malam partem*, es decir, en perjuicio de la persona.

El principio de la prohibición de la analogía en el derecho penal es también un fundamento jurídico que sustenta la incorporación del delito de peculado de servicios en el Código Penal, porque va a permitir calificar de manera adecuada la conducta de aquel funcionario o servidor público que utiliza recursos humanos para fines privados, porque ya no se va a adecuar dentro del tipo penal de peculado por utilización, que evidentemente no toma en consideración la prohibición de la analogía, prescrito en el título preliminar del Código Penal.

#### ***4.1.1.3 La teoría del delito***

Es el medio jurídico que permite establecer si una conducta, sea mediante una acción u omisión, puede ser considerada delito. Conforme lo señala Javier Villa Stein, es un constructo epistémico que facilita la definición conceptual y el análisis del delito como una conducta humana compleja e inaceptable, transgresora de la norma penal estatal prohibitiva o imperativa. Asimismo, desde el punto de vista de Bacigalupo, la teoría del delito cumple con una doble función mediadora. Por un lado, media entre la ley y la solución del caso concreto. Por otro lado, existe también una mediación entre la ley y los hechos objeto del juicio, pues cada una de las categorías de la teoría del delito hacen referencia a determinados aspectos del hecho que constituyen el material objetivo al que se debe aplicar la ley.

En ese orden de ideas, la teoría del delito es fundamental para establecer si una conducta realizada por acción u omisión, debe ser considerada delito, ello siempre que la conducta supera el filtro de la tipicidad antijurídica y culpabilidad, en el presente caso al considerar la conducta del funcionario o servidor público que utiliza, para sí o para otros, los recursos humanos que forman parte de la Administración pública y por tanto tienen como finalidad cumplir funciones dentro del ámbito de la Administración pública, para un beneficio particular; evidentemente, no se puede considerar delito, al no existir un tipo penal al cual se puede subsumir la conducta del peculado de servicio.

La teoría del delito permite establecer si una conducta tiene relevancia penal, pero en la presente investigación se considera que el hecho de que un funcionario o servidor público utiliza, para sí o para otros, los recursos humanos para fines privados no es delito, debido a que al aplicar la fórmula de tipicidad + antiju-

rídica + culpabilidad = delito, la conducta no se puede subsumir a ningún tipo penal y por consiguiente ya no da lugar a evaluar las demás categorías del delito.

Sin embargo, el hecho de que un funcionario o servidor público utilice, para sí o para otros, los recursos humanos, para fines privados, en algunas de las Fiscalías Especializadas en Delitos de Corrupción se está calificando dentro del tipo penal de peculado por utilización, que evidentemente no comparto, debido a que no se ha tenido en cuenta los principios que son la base del derecho penal, específicamente el principio de legalidad, la prohibición de la analogía en el derecho penal y el principio de lesividad.

#### **4.1.2 Posturas o argumentos en contra**

En cuanto a la interpretación del delito de peculado desde la definición de caudales y efectos públicos, que permitan incluir dentro del delito de peculado la utilización de recursos humanos para fines privados, tenemos a

Hugo (2016), quien señala:

La norma peruana de peculado, por su generalidad, no permite apreciar específicamente, si dentro del concepto de “caudal” habrá que incluirse la mano de obra y el bien inmueble. Nosotros consideramos que, desde la perspectiva interpretativa que se le da al concepto de “caudal” que no se constriñe necesariamente a la idea de “bienes muebles,” y partiendo del hecho de que a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, como el argentino, que tipifica esta modalidad delictiva dentro las “malversaciones” y requiere como modo de acción la “sustracción” y no la “apropiación” y que además, si es posible causar daño al patrimonio de la Administración pública, utili-

zando la mano de obra pagada y destinar específicamente a la función pública, no habría objeción para incluir dentro del concepto típico de “caudal” a estos dos elementos. (p. 266)

#### ***4.1.2.1 Argumentos personales los efectos y caudales***

Considero que en la interpretación de efectos y caudales no se está tomado en cuenta lo señalado en el Acuerdo Plenario N.º 4-2005 (Publicado el 26 de noviembre del 2005), en el que claramente se define que los caudales son bienes de contenido económico, incluido el dinero, mientras que efectos son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representa un valor patrimonial público, por lo que no se puede subsumir los recursos humanos, a los caudales, porque la definición claramente establece que son bienes de contenido económico.

#### ***4.1.2.2 El Ministerio Público***

Dentro de los hechos de peculado de servicio se ha podido encontrar la referida a la organización criminal de Cesar Joaquín Álvarez Aguilar conforme obran en las resoluciones de prisión preventiva y otras emitidas por el Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, siendo las siguientes imputaciones:

Apoyo a las actividades desarrolladas en el local denominado “La Centralita” con recursos humanos del Proyecto Especial Chinecas.

Este hecho fue objeto de investigación por parte una Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Ministerio Público, en un caso que

se encuentra desarrollo de las audiencias de Control de acusación, y los hechos se delimitaron señalando lo siguiente:

Se le atribuye a César Joaquín Álvarez Aguilar, en su condición de Presidente Regional de Áncash haber ordenado a inicios del año 2011, al Gerente General del Proyecto Especial Chinecas - Víctor Joel Cerna Baes, disponer la utilización de recursos humanos del Estado para fines privados, esto es, que los personas de Juan Carlos Barrios Avalos y Julio Cesar Minchola Chumioque se mantengan como trabajadores en las planillas del Proyecto Especial Chinecas y continúen brindando el servicio de seguridad al inmueble conocido como “La Centralita”, ubicado en calle Los Pinos N° 600, Urb. La Caleta-Chimbote, el mismo que fue utilizado por la organización criminal liderada por César Joaquín Álvarez Aguilar como Aparato de Prensa; permitiendo, además, que se les pague indebidamente sus remuneraciones mensuales como trabajadores del Proyecto Especial Chinecas, generando así un egreso indebido y consiguiente perjuicio al Estado; ya que, no cumplió con la función de cautelar los caudales públicos, es decir, ordenó a funcionarios del PECH integrantes de su organización criminal se apropien de dinero del Proyecto Especial Chinecas, quienes percibieron sus sueldos como trabajadores en planillas de dicho Proyecto Especial Chinecas, sin que hayan efectivamente laborado en el mismo.

El hecho se adecuó el artículo 387 del Código Penal, como el tipo penal con la modalidad de “utilización”.

Como se puede ver, el Ministerio Público pretendió subsumir el hecho de uso de recursos humanos para fines privados en el peculado doloso, buscando una posible solución al vacío normativo que señalamos.

## **4.2 Validación de las hipótesis específicas**

### **Elementos objetivos y subjetivos del delito de peculado de servicios**

En cuanto a los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de peculado por utilización de recursos humanos para fines privados, se pueden establecer conforme el Acuerdo Plenario N.º 4-2005 (Publicado el 26 de noviembre del 2005) que establece la estructura del delito de peculado.

#### **Tipicidad objetiva**

*(a) Existencia de una relación funcional* entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico (...). En el presente caso se tienen como sujeto activo al funcionario o servidor público que tiene la relación funcional de disposición, control sobre los recursos humanos asignados para una finalidad dentro de la Administración pública.

*(b) La administración*, que implica las funciones activas de manejo y conducción; en el presente caso tiene la función de direccionar a la correcta ejecución de la finalidad establecida en el reglamento de organización y funciones.

*(c) La custodia*, que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los cauda-

les y efectos públicos; en este caso corresponde la debida vigilancia del recurso humano par parte del funcionario o servidor público.

(d) *Apropiación o utilización.* En el primer caso estriba en hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolos de la esfera de la función de la Administración pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso: *utilizar*, se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero, en el delito de peculado de servicio solo cabe el verbo rector de utilización, debido a que es imposible a apropiación de una persona.

(e) *El destinatario: para sí.* El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. *Para otro*, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero, en cuanto a los delitos de peculado de servicios también cabe el destinatario para sí o para otro, debido a que se puede destinar los recursos parar el funcionario servidor público o para una persona ajena a la Administración pública.

(f) *Caudales y efectos.* Los primeros, son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos, son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables, en los caudales y efectos no se puede considerar a los recursos humanos, debido a que, los caudales básicamente están definidos como bienes y los efectos como objetos o cosas.

### **Tipicidad objetiva**

En el peculado de servicio, se tiene como elemento subjetivo, solo al dolo y que además se dé la voluntad de beneficio, en el agente.

### **Derecho comparado sobre el delito de peculado de servicios**

El derecho comparado se puede realizar el análisis del tratamiento del peculado de servicios en la normativa penal en los países de Argentina, Chile y España:

### **Derecho penal argentino**

El Código Penal argentino vigente desde el año 1921, el cual consta de dos libros (el primero, disposiciones generales, y el segundo, de delitos); el libro de delitos consta de trece títulos; el delito de peculado se encuentra regulado en el título XI, del artículo 237 al 281 del Código Penal, capítulo VII - Malversación de caudales públicos.

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

Artículo 262. Será reprimido con multa del veinte al sesenta por ciento del valor sustraído, el funcionario público que, por imprudencia o negligencia o por inobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo, diere ocasión

a que se efectúe por otra persona la substracción de caudales o efectos de que se trata en el artículo anterior.

### **Argumentos personales sobre el derecho comparado sobre el peculado de servicios:**

De los resultados del análisis del derecho comparado podemos ver que en el derecho comparado se reguló la utilización de recursos humanos pertenecientes a la Administración pública para fines privados, específicamente en el Código Penal argentino, que prescribe que será reprimido con la misma pena el funcionario que empleare en provecho propio o de un tercero, trabajos o servicios pagados por una Administración pública, es decir que ya existe un tratamiento sobre el peculado de recursos humanos en la legislación argentina.

#### **4.2.1 Primera hipótesis específica**

La primera hipótesis específica se formuló señalando que el fundamento que justifica la incorporación de un tipo penal específico para el peculado de servicios dentro del ordenamiento jurídico penal peruano, se constituye en el hecho de que no existe un tipo penal que permita reprimir la conducta del funcionario o servidor que utiliza los recursos humanos para fines privados, el cual genera impunidad.

En la actualidad, el tipo penal que busca regular los posibles actos delictivos que se dan en la relación funcionario o servidor público - bienes del Estado en sentido general, es el delito de peculado. Al respecto, el Acuerdo Plenario N.º 4-2005 en el fundamento 6, establece que “el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedor de protección jurídico-penal: (a) garantizar el principio

de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración pública, y (b) evitar el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad”

Al respecto, Cáceres (2012) señala:

El bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico penal: se busca garantizar el buen uso del patrimonio público, es decir, su no lesividad, como producto de intereses particulares. Tal vulneración de los marcos permitidos resalta de manera evidente un abuso de poder quebrantando, los roles a los que debe estar siempre abocado el funcionario público, como la lealtad y probidad. (p. 30)

Actualmente, el Código Penal recoge tres modalidades en las que se puede configurar el delito de peculado. Primero, está el delito de peculado doloso; luego el delito de peculado culposo y, finalmente, el peculado de uso.

El delito de peculado doloso y culposo, conforme al artículo modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1243, publicado el 22 octubre 2016, texto vigente, establece el texto lo siguiente:

“Artículo 387. Peculado doloso y culposo

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

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

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

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

Sobre el delito de peculado de uso, por su parte, conforme al artículo modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1243, publicado el 22 octubre 2016, se señala:

“Artículo 388. Peculado de uso

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

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

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

Abanto (2003) define el delito de peculado, señalando que

la palabra “peculado” proviene del *latín pecus* que significa ganado, y que después se extendió a la moneda de cobre en la que aparecía la cabeza de un buey, y de allí se generalizó para designar al patrimonio público. En el derecho romano se consideraba al principio que la sustracción del peculio público era similar a un sacrilegio; más adelante, con el imperio, predominó la idea de la traición a la confianza y la facilidad para delinquir. (p.331)

Salinas (2014), por su parte, señala respecto al delito de peculado que:

como el hecho punible que se configura cuando el funcionario o servidor público en su beneficio personal o para beneficio de otro, se apropia o utiliza, en cualquier forma, caudales o efectos públicos, cuya percepción, admi-

nistración o custodia le estén confiados por razón del cargo que desempeña al interior de la Administración pública. (p. 310)

No existe otro supuesto que se sancione al respecto. Solo estas tres únicas modalidades. No debemos olvidar que, por aplicación del subprincipio de tipicidad y el principio de tipicidad, no es posible sancionar una conducta que no esté previamente sancionada como delito por una norma con rango de Ley.

Sin embargo, si hacemos un análisis, aun el más simple, de la realidad nacional, de las noticias policiales, o, incluso, del reciente caso conocido como los cuellos blancos del Callao, advertiremos que es muy habitual que algunos malos funcionarios que se apropian, por decirlo de un modo, de ciertos servicios personales que el Estado contrató para los fines propios de la Administración pública.

Así, por ejemplo, tenemos el caso en el que el exjuez Walter Rios hacía que los trabajadores de limpieza de la Corte Superior de Justicia del Callao fueran a su casa para limpiarla. Ejemplos como esos hay muchos. Caso en los que un determinado alcalde hace uso de los servicios de los choferes de la institución para que trasladen, con el vehículo oficial o particular, a familiares suyos.

Este tipo de conductas no son tipificables en los supuestos que el tipo penal de peculado. Es decir, existe un vacío normativo.

Las principales teorías que sustentan la postura a favor de la tipificación del delito de peculado de servicios en el Código Penal, específicamente en aquel supuesto fáctico en el cual el funcionario o servidor público dispone de recursos humanos para fines privados, que el Estado adquiere para el cumplimiento de un objetivo, como tal no está completa en el tipo penal de peculado, por lo que, corresponde su incorporación en el Código Penal, como el “delito de peculado de

servicio” basado específicamente en la definición e interpretación de los verbos rectores de los delitos de peculado, prescritos en el artículo 384, Peculado, 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. (...)”.

Artículo 388. Peculado de uso: El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la Administración pública o que se hallan bajo su guarda, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa (...), el principio de legalidad, establece que solo es posible reprimir una acción u omisión considerada delito, cuando está expresamente establecido en el Código Penal y la prohibición de la analogía en el derecho penal, debido a que no se puede calificar un hecho como delito mediante la analogía cuando hay vacíos en la norma penal.

De otra parte, considero importante establecer que la conducta de un funcionario o servidor que utiliza los recursos humanos para cumplir fines ajenos a la Administración pública, debe ser considerada un hecho reprimible penalmente, teniendo como base la teoría del delito, debido a que es un medio técnico mediante el cual se puede calificar si una acción u omisión es delito, de acuerdo con la

evaluación del hecho mediante el sistema de filtros (tipicidad, antijurídica y culpabilidad).

Dentro de la legislación nacional, se ha encontrado que, dentro de las normas que regulaban el procedimiento administrativo sancionador a cargo de la Contraloría General de la República, específicamente del catálogo de infracciones que recogía la Resolución de Contraloría N° 100-2018-CG de 3 de abril de 2018, se encontraba un tipo infractor que sancionaba al funcionario o servidor público que se apropiaba de los servicios que el Estado había contratado.

En principio, no se debe olvidar que con la emisión de la sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N.° 00020-2015-PI/TC, se declaró inconstitucional el catálogo de infracciones administrativas funcionales establecidas en la Ley N.° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, modificada por la Ley N.° 29622 y su Resolución de Contraloría N° 100-2018-CG de 3 de abril de 2018, por lo que, la cita de este artículo solo tiene la finalidad de que este tipo de infracciones o delitos, se consideraban como amenazas reales.

Así, se tiene al tipo infractor recogido en el artículo 7, en el que se regulan las infracciones de los principios, deberes, prohibiciones establecidas en las normas de ética y probidad de la función pública, en el literal m, que señala:

“Disponer que se utilice, en obra o servicio particular, vehículos, máquinas, aparatos o material de cualquier naturaleza, de propiedad disposición de cualquiera de las entidades, o el trabajo de servidores públicos, empleados o terceros contratados por las entidades. Esta infracción es considerada como muy grave”.

Como se observa, es un tipo infractor que se asemeja mucho al que se busca implementar con la presente investigación. Por lo que, en consecuencia, es posible afirmar que, en materia penal, el peculado de servicios no está incorporado como un tipo penal específico. Validándose así, la primera hipótesis.

#### **4.2.2 Segunda hipótesis específica**

La segunda hipótesis se formuló en el siguiente sentido: Los elementos objetivos para la tipificación del nuevo delito de peculado de servicios corresponderían a los que hoy forman parte del delito de peculado doloso; debido a que este último corresponde a la conducta general. En ese sentido, estos elementos serán el sujeto activo, un funcionario o servidor público, teniendo como verbo rector a la utilización, y como elemento subjetivo al dolo.

Sobre este punto, necesariamente, debemos remitirnos al Acuerdo Plenario N.º 4-2005, publicado el 26 de noviembre del 2005. Donde se desarrollaron aspectos fundamentales del tipo penal de peculado; el mismo que nos servirá, sobre todo, para delimitar un tipo penal, en el que ya, en una ocasión, se adecuó el hecho que no es materia de investigación.

El mencionado Acuerdo Plenario señaló con relación al delito de Peculado: “El artículo 387 del Código Penal vigente establece en primer lugar la acción dolosa en el delito de peculado, al señalar que “el funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo”; en segundo lugar, la acción culposa se traduce en el comportamiento negligente del sujeto activo, describiéndolo como “si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sus-

tracción de caudales o efectos”; concluyendo en tercer lugar, que las acciones dolosas y culposas admiten circunstancias agravantes precisamente en la importancia especial de la finalidad pública para lo cual estaban destinados los bienes “si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social...” (Forma de circunstancia agravante incorporada por Ley N.º 26198 del 13 de junio de 1993).

Para la existencia del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la Administración pública.

Todo ello nos lleva a sostener que, tratándose del peculado de un delito pluriobjetivo, el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico-penal: (a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración pública, y (b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad.

Es necesario tener en cuenta los comportamientos típicos que la norma en análisis nos señala a efectos de limitar o restringir la relevancia penal de los actos del delito de peculado. La norma, por consiguiente, al describir la acción dolosa

utiliza dos supuestos para definir los comportamientos típicos del sujeto activo: *apropiar* o *utilizar*, los mismos que deben contener ciertos elementos para su configuración; estos son, en tal virtud, los elementos materiales del tipo penal:

(a) *Existencia de una relación funcional* entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos.

(b) *La percepción* no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita.

*La administración*, que implica las funciones activas de manejo y conducción.

*La custodia*, que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.

(c) *Apropiación o utilización*. En el primer caso estriba en hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso: *utilizar*, se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero.

(d) *El destinatario: para sí*. El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. *Para otro*, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero.

(e) *Caudales y efectos*. Los primeros, son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos, son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables.

En el peculado culposo debe tenerse en cuenta: “la sustracción y la culpa del funcionario o servidor público” como elementos componentes típicos de esta figura penal, describiéndolos como:

(a) *La sustracción*. Entendiéndosela como el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la Administración pública, por parte de un tercero, que se aprovecha así del estado de culpa incurrido por el funcionario o servidor público.

(b) *La culpa del funcionario o servidor público*. Culpa es un término global usado para incluir en él todas las formas conocidas de comisión de un hecho, diferentes al dolo, la fuerza mayor y el caso fortuito. Habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando este no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones (la culpa del peculado se refiere exclusivamente a sustracciones, no al término impreciso de pérdidas), vale decir cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público.

Es necesario citar el Acuerdo Plenario debido a que el delito de peculado de servicios que se propone, en realidad constituye una modalidad más del delito de peculado. Una modalidad que se centra en la especificidad del objeto sobre el cual la apropiación recae. Todos los demás elementos del delito deben conservarse.

Para Salinas (2014), el delito de peculado es definido:

como le hecho punible que se configura cuando el funcionario o servidor público en su beneficio personal o para beneficio de otro, se apropia o utiliza, en cualquier forma, caudales o efectos públicos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón del cargo que desempeña al interior de la Administración pública. (p. 310)

Como se observa, la idea base del delito de peculado se mantiene de modo que los elementos objetivos y subjetivos que se deben considerar en la tipificación del delito de peculado de servicio en el Código Penal son el sujeto activo, un funcionario o servidor público, teniendo como verbo rector a la utilización, y como elemento subjetivo al dolo.

Con ello, se confirma la segunda hipótesis.

#### **4.2.3 Tercera hipótesis específica**

Con la tercera hipótesis específica se estableció que: En el derecho comparado es posible identificar legislaciones que regulan de forma específica el delito de peculado de servicios. Con ello, se permitirá realizar una valoración específica del tratamiento del peculado de servicio en el Perú, reconociendo que la ausencia de este tipo penal constituye un vacío legal y un evidente riesgo de impunidad.

Tal como el mismo planteamiento permite establecer, la finalidad de esta hipótesis fue analizar la normatividad jurídico penal de algunos países de la región, buscando si en ellos se encuentra tipificado el delito de peculado de servicios.

Dentro del planteamiento inicial, se pensó que, si un país contempla en su normativa interna jurídico penal el delito de peculado de servicios, o algún tipo

penal que aun no llevando este *nomen iuris*, sancionara al funcionario o servidor público que se apropia de los servicios personales contratados por la Administración pública, significaría que el legislador penal de dicho país identificó este delito como una conducta que se presenta en la realidad. Es decir, se habría identificado una justificación para sancionar jurídicamente una conducta de esa naturaleza.

No debemos olvidar que, como ya se ha señalado, los Estados justifican la existencia de un tipo penal dentro de su catálogo de delitos, porque, previamente, se ha constatado la existencia de una conducta que lesiona un determinado bien jurídico y, por tanto, es merecedora de la reacción del poder punitivo estatal. Así, si existe, por ejemplo, el delito de feminicidio en el Perú, es porque el legislador penal peruano ha constatado que los homicidios por razón de género existen en tal medida que pueden llegar a socavar la tranquilidad de la sociedad, además, claro, de la misma lesión a un determinado bien jurídico.

Según Reategui (2014) la política criminal es entendida como el conjunto de decisiones y estrategias que el Estado proyecta para reaccionar frente al fenómeno criminal y así preservar los bienes jurídicos, agotando las vías de control social informal y formal jurídicos extrapenales, de ahí que se diga con suma insistencia que la mejor política criminal es una buena política social (educación, sanidad, empleo, etc.). (p. 67)

Siguiendo con el ejemplo del feminicidio, si no existiera un probado contexto de homicidios por consideración de género, no se hubiera justificado la creación de un tipo penal específico para sancionar este tipo de conductas. Primero, tuvo que verificarse que en la realidad se presentan este tipo de conductas repro-

chables penalmente, para dirigir en dicha dirección el ejercicio del poder punitivo estatal.

En esta misma idea, Heinrich y Weigend (2014) caracterizó la política criminal:

Se ocupa de la pregunta acerca de cómo dirigir el derecho penal para poder cumplir de la mejor forma posible su misión de proteger a la sociedad. La política criminal conecta con las causas del delito, discute cómo deben ser redactada correctamente las características de los tipos penales para corresponderse con la realidad del delito, intenta determinar el modo en que desarrollan sus efectos las sanciones aplicadas en derecho penal, toma en consideración hasta que límite el legislador puede extender el derecho penal para no limitar más de lo absolutamente necesario el espacio de libertad del ciudadano, y prueba si el derecho penal material está adecuadamente configurado para poder ser aplicado en el proceso penal. (p. 33)

De acuerdo con el análisis propuesto, se llegó a verificar que la legislación jurídico penal del país de Argentina se tiene un tipo penal específico para sancionar al funcionario o servidor público que se apropia para sí del servicio personal que el Estado contrató para los fines propios de la Administración pública, desviando así, la finalidad de su contratación.

En efecto, el Código Penal argentino, vigente desde el año 1921, el cual consta de dos libros (el primero, de disposiciones generales, y el segundo, de delitos), consta de trece títulos; en lo que corresponde al delito de peculado se encuentra regulado en el título XI, artículos 237 al 281 del Código Penal, capítulo VII: Malversación de caudales públicos.

### **Peculado Doloso**

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

Como se observa, el referido tipo penal es claro, en especificar que comete peculado el funcionario o servidor público que emplea en su provecho o en el de tercero, los trabajos o servicios pagados por el Estado.

Que la legislación jurídico penal argentina recoja este tipo penal confirma que este tipo de conductas son una realidad. El hecho de que en el Perú exista un tipo penal específico, confirma la existencia de un vacío legal y, por tanto, un riesgo de impunidad, considerando que este tipo de conductas es muy habitual en la Administración pública.

## CONCLUSIONES

1. La tipificación de un hecho en el que un funcionario o servidor público utiliza recursos humanos para fines ajenos a la Administración pública, al tipo penal de peculado doloso en su modalidad, va en contra de los principios fundamentales del derecho penal, como son el principio de legalidad y la prohibición de la analogía en el derecho penal.
2. En la actualidad, el peculado de servicios constituye un vacío legal dentro ordenamiento jurídico penal; por ello, es posible afirmar que no existe un tipo penal que permita reprimir la conducta del funcionario o servidor que utiliza los recursos humanos para fines privados, el cual genera impunidad.
3. El delito de peculado de servicios se propone como una nueva modalidad del delito de peculado doloso; por lo que, los elementos objetivos para la tipificación del nuevo delito de peculado de servicios corresponderían a los que hoy forman parte del delito de peculado doloso; ello, debido a que este último corresponde a la conducta general. En ese sentido, estos elementos serán el sujeto activo, un funcionario o servidor público, teniendo como verbo rector a la utilización, y como elemento subjetivo al dolo.
4. En la presente investigación se ha podido ver que Argentina reconoce al peculado de servicios como un tipo penal específico dentro su cuerpo normativo jurídico penal.

5. El delito de peculado de servicios, permitirá reprimir las conductas en las que un funcionario o servidor público utilice los recursos humanos para fines privados.
  
6. En el actual Código Penal no existe una figura que permita subsumir el peculado de servicios, como el delito de peculado y el peculado de uso, que específicamente tienen un objeto sobre el que recae la acción, como los bienes y vehículos y maquinarias, respectivamente.

## RECOMENDACIONES

1. Incorporar en el Código Penal, el delito de “peculado de servicios” como un tipo penal específico, que sancione aquellas conductas donde el funcionario o servidor público utiliza recursos humanos para beneficio propio o de terceros; cuando estaban destinados para los fines propios de la Administración pública
2. La incorporación de este nuevo tipo penal deberá de realizarse mediante Ley, cumpliendo los requisitos del Principio de Legalidad y del subprincipio de Tipicidad. Estableciendo de manera concreta y clara la conducta merecedora de sanción, así como la sanción a imponerse. Asimismo, deberá de respetar la normativa correspondiente para la expedición de una Ley que modifique el Código Penal.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abando Vásquez, M. (2003). *Delitos contra la Administración pública*. Lima: Palestra.
- Bacigalupo, E. (1996). *Manual de Derecho Penal*. Bogotá: Themis.
- Bajo Fernández, M. (1993). *Manual de Derecho Penal, parte especial*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- Benavente Chorres, H., y Calderon Valverde, L. (2012). *Delitos de corrupción de funcionarios*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Cáceres Julca, R. E. (2012). *El Delito de Peculado*. Lima: Moreno S.A.
- Creus, C. (1998). *Derecho penal, parte especial*. Buenos Aires: Astrea.
- Gálvez Villegas, T., y Delgado Tovar, W. (2012). *Derecho Penal, parte especial*. Lima: Jurista Editores.
- Hernández, R., Fernández, C. y Baptista, P. (2010). *Metodología de la investigación científica*. México: Mc Graw Hill
- Heinrich Jescheck, H., y Weigend, T. (2014). *Tratado del Derecho Penal Parte General Volumen I*. Lima: Instituto Pacifico S.A.C.
- Hugo Vizcardo, S. (2016). El delito de Peculado. *Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios*, 245, 322.
- Hurtado Pozo, J. (1987). *Manual de Derecho Penal* (2.<sup>a</sup> ed.). Lima: Eddili.
- Hurtado Pozo, J., y Prado Saldarriaga, V. (2011). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Lima: Moreno S.A.
- Pastor Muñoz, N. (2004). *La determinación del Engaño Típico en del delito de Estafa*. Madrid: Marical Pons.

- Peña Cabrera-Freyre, A. (1993). *Tratado de Derecho Penal, parte especial* (Vol. II). Lima: Ediciones Jurídicas.
- Peña Gonzales, O., y Almanza Altamirano, F. (2013). *Teoría del delito*. Lima: APECC.
- Peña Gonzales, O., y Almanza Altamirano, F. (2010). *Teoría del Delito*. Lima: Nomos y Thesis E.I.R.L.
- Reategui Sánchez, J. (2014). *Manual de Derecho Penal Parte General Volumen I*. Lima: Pacífico Editores.
- Reyes Echandia, A. (1997). *Tipicidad*. Bogotá: Temis Santa Fe.
- Rodríguez Martínez, C. A. (2012). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Lima: Bibliográfica Jurídica Americana.
- Rodríguez Puerta, J. (1999). *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*. Pamplina: Aranzandi.
- Salinas Siccha, R. (2005). *Derecho Penal, parte especial*. Lima: Ideosa.
- Salinas Siccha, R. (2014). *Delitos contra la Administración pública*. Lima: Grijley.
- Vargas Rojas, F. (1998). *Delitos contra la Administración pública*. Lima: Grijley.
- Vélez Fernández, G. (2008). *perso.unifr.ch*. Recuperado de [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20080527-35.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080527-35.pdf)
- Villavicencio Terreros, F. (2016). *www.cienciaspenales.net*. Recuperado de <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/4.17villavicencio.pdf>
- Villegas Paiva, E. (2017). *Cómo se aplica realmente la Teoría del Delito* (1.<sup>a</sup> ed.). Lima: Gaceta Jurídica.

## **ANEXOS:**

### **PROPUESTA DE LEY**

Tal como se ha establecido, existe en la normatividad jurídico penal un vacío legal que resulta necesario ser superado a efectos evitar casos de impunidad. En ese sentido, con la presente investigación se ha formulado un proyecto de Ley destinado a incorporar en el Código Penal un artículo en el se reprima el tipo de conductas. A continuación, el referido proyecto de Ley.

### **PROYECTO DE LEY QUE INCORPORAR**

#### **I. FORMULA LEGAL**

##### **Artículo 1° . – Objeto de la Ley**

##### **Artículo 2° . – Incorporación del artículo 387-A en el Código Penal**

Incorpórese el artículo 387-A en el Código Penal, en los siguientes términos:

##### **Artículo 387-A – Peculado de servicios**

El funcionario o servidor público que dispone, en cualquier forma, en su provecho o para otro, los servicios personales contratados por la Administración pública para fines propios, cuya administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

#### **II. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

##### **II.1. Estado de la cuestión e incidencia del delito**

En el complejo listado de actos de corrupción que se manifiestan dentro de la Administración pública en el país, es frecuente ubicar casos en los que los funcionarios o servidores usen recursos humanos para fines particulares, lo que determina la necesidad de regulación, debido a que en la Administración pública es frecuente que los funcionarios y servidores públicos, usen los recursos humanos para fines particulares; por ello el tratamiento de este tema tiene incidencia practica al

incluir como un tipo penal ya no existirá impunidad en la comisión de estos hechos delictivos.

De hecho, existen casos de relevancia actual y, que tuvo, incluso, repercusión nacional, vinculado al objeto que es materia de análisis en la presente investigación. Hago referencia al caso en el que el un juez de la Corte Superior del Callao disponía para los servicios de limpieza que dicha entidad había adquirido, haciendo limpiar su propio inmueble los fines de semana con personal de limpieza de la institución y el caso de la organización criminal liderada por Cesar Joaquín Álvarez Aguilar en la que disponía de personal del Proyecto Especial Chincas, ello para la custodia de los inmuebles en las que estaba la Centralita, Actos como estos, actualmente, son forzados para su tipificación en el tipo penal de Peculado o, a veces, quedan impunes, porque no es un supuesto que este expresamente contemplado en el Código Penal.

## **II.2. Legislación comparada**

El Código Penal argentino, vigente desde el año 1921, consta de dos libros (Primer libro de disposiciones generales y el segundo libro de delitos), el libro de delitos consta de trece títulos, en lo que corresponde al delito de peculado lo encontramos regulado en el título XI, del artículo 237 al 281 del Código Penal, capítulo VII - Malversación de caudales públicos.

### Peculado Doloso

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

## **II.2. Regulación en el ámbito administrativo**

En el Perú, hasta antes de la emisión de la sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N.º 00020-2015-PI/TC, mediante la cual se declaró inconstitucional el catálogo de infracciones administrativas funcionales establecidas en la Ley N.º 27785 -Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República- modificado por la Ley N.º 29622 y su Resolución de Contraloría N.º 100-2018-CG de 3 de abril de 2018, existía un tipo infractor específico que sancionaba al funcionario o servidor público que hacía uso para sí de los servicios personales que la Administración pública había contratado para sus propios fines.

Así, se tiene al tipo infractor recogido en el artículo 7, en el que se regulan las infracciones de los principios, deberes prohibiciones establecidas en las normas de ética y probidad de la función pública, en el literal m, que señala:

“Disponer que se utilice, en obra o servicio particular, vehículos, máquinas, aparatos o material de cualquier naturaleza, de propiedad disposición de cualquiera de las entidades, o el trabajo de servidores públicos, empleados o terceros contratados por las entidades. Esta infracción es considerada como muy grave”.

Como se observas es un tipo infractor que se asemeja mucho al que se busca implementar con la presente investigación.

## **III. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL**

La aprobación de la presente iniciativa legislativa implicará la incorporación en el Código Penal del artículo 387-A.

## **IV. ANÁLISIS DE COSTO BENEFICIO**

El beneficio que implique la implementación de la presente norma es superior a los costos que acarree, dado que busca, sobre todo, la lucha contra la corrupción y la sanción de malos funcionarios y servidores públicos, que abusando de sus atribuciones hacen uso indebido de los servicios personales que la Administración pública contaba para sí cumplir sus fines.

## **V. CONCORDANCIA CON LAS POLÍTICAS DEL ACUERDO NACIONAL**

El presente proyecto de ley concuerda con la Vigésimo Sexta Política del Acuerdo Nacional: Promoción de la ética y la transparencia y erradicación de la corrupción, el lavado de dinero, la evasión tributaria y el contrabando en todas sus formas.

## TÍTULO: TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE PECULADO DE SERVICIO

	PROBLEMA GENERAL	OBJETIVO	HIPÓTESIS	VARIABLE	METODOLOGÍA
<b>GENERAL</b>	¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que justifican la incorporación Del delito de peculado de servicio en el Código Penal peruano?	Determinar los fundamentos jurídicos que justifican la incorporación Del delito de peculado de servicio en el Código Penal peruano.	El principal fundamento, radica en el hecho de que existen supuestos en los que el funcionario o servidor público dispone para sí mismo los recursos humanos, que el Estado adquiere para el cumplimiento de sus funciones, ya que esta conducta, como tal, no está completa en el tipo penal de Peculado, por lo que, corresponde su incorporación en el Código Penal como el “delito de peculado de servicio”, eliminando este vacío normativo.	<p>1) Independiente: Existencia e inexistencia de supuestos vacíos en el delito de Pediculado. Indicadores: Derecho Penal Peruano</p> <p>2) Dependiente: El tratamiento de la doctrina y la jurisprudencia del delito de Peculado. Indicadores: la jurisprudencia y la doctrina</p>	<p>Tipo: Dogmática Jurídica Diseño: No Experimental transversal y descriptivo explicativo Métodos: Dogmático, Hermenéutico y Argumentación Jurídica</p> <p><b>INSTRUMENTOS:</b> Técnica Documental: Fichas textuales Análisis del Contenido Fichas de Resumen</p>

--	--	--	--	--	--

<b>ESPECÍFICOS</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. ¿Por qué es necesario tipificar el delito de peculado de servicio en el Código Penal peruano?</li> <li>2. ¿Cuáles son los elementos y subjetivos y objetivos que se deben considerar en la tipificación del delito de peculado de servicio en el Código Penal?</li> <li>3. ¿Cuál es el tratamiento del delito de peculado de servicio en el Derecho Comparado?</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Establece los argumentos por los que necesario tipificar el delito de peculado de servicio en el Código Penal peruano.</li> <li>2. Identificar cuáles son los elementos y subjetivos y objetivos que se deben considerar en la tipificación del delito de peculado de servicio en el Código Penal.</li> <li>3. Identificar cuál es el tratamiento del delito de peculado de servicio en el Derecho Comparado.</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. El fundamento que justifica la incorporación de un tipo penal específico para el peculado de servicios dentro el ordenamiento jurídico penal peruano, se constituye en el hecho de que no existe un tipo penal que permita reprimir la conducta del funcionario o servidor que utiliza los recursos humanos para fines privados, el cual genera impunidad.</li> <li>2. Los elementos objetivos para la tipificación del nuevo delito de peculado de servicios corresponderían a los que hoy forman parte del delito de peculado doloso; ello, debido a que este último corresponde a la conducta general. En ese sentido, estos elementos serán: el sujeto activo, un funcionario o servidor público, teniendo como verbo rector a la utilización, y como elemento subjetivo al dolo.</li> <li>3. En el derecho comparado es posible identificar legislaciones que regulan de forma específica el delito de peculado de servicios. Con ello, se permitirá realizar una valoración específica del tratamiento del peculado de servicio en el Perú, reconociendo que la ausencia de este tipo</li> </ol>		
--------------------	---	--	--	--	--

			penal constituye un vacío legal y un evidente riesgo de impunidad.		
--	--	--	--	--	--