UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN AGUSTÍN DE AREQUIPA

ESCUELA DE POSGRADO

UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO

"TRASCENDENCIA DE LA CUANTÍA EN EL DELITO DE PECULADO Y SU INCIDENCIA EN EL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN".

TESIS PRESENTADA POR LA BACHILLER MELINA ZULEMA LIZARRAGA AMESQUITA, PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRA EN CIENCIAS: DERECHO, CON MENCIÓN EN DERECHO PENAL.

ASESOR: ORLANDO ABRIL PAREDES

AREQUIPA – PERÚ

2018

DEDICATORIA

«A mis padres, por su infinita confianza y apoyo constante»

ÍNDICE

RESUMEN..... 6
ABSTRACT 10
INTRODUCCIÓN..... 11

CAPÍTULO I

DERECHO PENAL Y CONSTITUCIÓN

I. PRELIMINARES..... 13
II. DERECHO PENAL Y CONSTITUCIÓN……..15
III. PRINCIPIOS NORMATIVOS DE INTERPRETACIÓN .....…20
1. EL PRINCIPIO DE EXCLUSIVA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS……..20
2. LA ÚLTIMA RATIO O MÍNIMA INTERVENCIÓN DEL DERECHO PENAL……...21
3. PRINCIPIO DE LEGALIDAD..... .22
4. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD 23
5. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS……25
6. PRINCIPIO DE FRAGMENTARIEDAD..... .26
IV. A MODO DE CONCLUSIÓN..... .27

CAPÍTULO II

PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN EN DERECHO PENAL

I. PRELIMINARES..... 28
II. FUNDAMENTO JURÍDICO ..... .30
III. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL 34
IV. FUNDAMENTO NORMATIVO ..... .35
V. NATURALEZA JURÍDICA ..... .36
VI. EVOLUCIÓN HISTÓRICA..... .38

VII. PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN 40
VIII. PRINCIPIOS COADYUVANTES 42
A. PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD 43
A) LA REACCIÓN PENAL ES SOCIALMENTE DESPROPORCIONADA 44
B) EL DAÑO ES ILÍCITO ES MÍNIMO 45
C) LA FUTURA LEY PENAL NO PROTEGE NINGÚN VALOR DIGNO DE PROTECCIÓN 45
D) LA CONDUCTA ES SOCIALMENTE ACEPTADA 45
B. PRINCIPIO DE FRAGMENTARIEDAD 46
C. PRINCIPIO DE ÚLTIMA RATIO 48
IX. PRESUPUESTOS DEL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN (COERCIÓN PENAL) 50
A. SISTEMAS DE CONTROL ESTATAL 52
B. CRÍTICA A LA VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN 54
C. MECANISMOS DE CONTROL SOCIAL 54
D. FORMAS DE CONTROL SOCIAL 57
1. MEDIOS DE CONTROL SOCIAL INFORMALES 57
2. MEDIOS DE CONTROL FORMALES 58
X. A MODO DE CONCLUSIÓN 59
A. DERECHO PENAL ACTUAL Y MÍNIMA INTERVENCIÓN 59
B. PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA 61

CAPÍTULO III

EL DELITO DE PECULADO

I. PRELIMINARES 64
II. POLÍTICA CRIMINAL ANTICORRUPCIÓN 65
III. AUTONOMÍA NORMATIVA DEL PECULADO 66
IV. EVOLUCIÓN HISTÓRICA 67
V. NORMATIVIDAD AL INTERIOR DEL CÓDIGO PENAL 69
A. CONCEPTO 69
B. PARÁMETROS NORMATIVOS DE LA CUANTÍA 73
PROYECTO DE LEY NÚM. 4187/2010-PJ 74
PROYECTO DE LEY NÚM. 4898/2010-PJ 77
C. LA TEORÍA DEL TIPO Y LA CUANTÍA EN EL PECULADO 78
SUJETO ACTIVO 78
SUJETO PASIVO 80
PARTICIPACIÓN 80
CONDUCTA TÍPICA 82
CAUDALES O EFECTOS 83

MOMENTO CONSUMATIVO 84
TIPICIDAD SUBJETIVA 85
CUANTÍA EN EL PECULADO 85
D. BIEN JURÍDICO Y PRINCIPIO DE LESIVIDAD 86
BIEN JURÍDICO 86
PRINCIPIO DE LESIVIDAD 88

CAPÍTULO IV

NECESIDAD DE PARÁMETROS DE CUANTÍA MÍNIMA EN EL DELITO DE PECULADO Y EL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN

I. NOTAS INTRODUCTORIAS 93
II. FUNCIÓN PÚBLICA Y FUNCIONARIO PÚBLICO 94
FUNCIÓN PÚBLICA 94
FUNCIONARIO PÚBLICO 96
III. BIEN JURÍDICO EN EL DELITO DE PECULADO 100
IV. PERJUICIO PATRIMONIAL EN EL DELITO DE PECULADO 102
ELEMENTOS MATERIALES DEL DELITO 103
TIPICIDAD OBJETIVA 103
¿AUSENCIA DE CUANTÍA MÍNIMA? 105
NECESIDAD DE LA CUANTÍA EN EL PECULADO 107
PROYECTO DE LEY NÚM. 4187/2010-PJ 107
PROYECTO DE LEY N° 4898/2010-PJ 109
V. FUNDAMENTOS PARA ESTABLECER LA CUANTÍA EN EL TIPO PENAL BÁSICO DEL PECULADO 110
VI. NECESIDAD DEL PERJUICIO PATRIMONIAL 114
PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN 115
PRINCIPIO DE LESIVIDAD 117
PRINCIPIO DE INSIGNIFICANCIA 120
VII. PARAMETROS DE CUANTÍA Y MÍNIMA INTERVENCIÓN 121
INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL 121
CRITERIOS VALORATIVOS 123
COHERENCIA NORMATIVA 125

CAPÍTULO V

TRASCENDENCIA DE LA CUANTÍA EN EL DELITO DE PECULADO

ANÁLISIS Y DIAGNÓSTICO DE PRONUNCIAMIENTOS RELEVANTES

I. PRELIMINARES 128
II. ANÁLISIS DE CASOS CONCRETOS 146
CASO NÚM. 1 146
DATOS GENERALES: 146
HECHOS MATERIA DEL PROCESO 146
PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL 146
DECISIÓN FINAL 147
COMENTARIO Y APRECIACIÓN 147
CASO NÚM. 2 148
DATOS GENERALES: 148
HECHOS MATERIA DEL PROCESO 148
PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL 148
DECISIÓN FINAL 149
COMENTARIO Y APRECIACIÓN 149
CASO NÚM. 3 150
DATOS GENERALES: 150
HECHOS MATERIA DEL PROCESO 150
PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL 150
DECISIÓN FINAL 152
COMENTARIO Y APRECIACIÓN 152
CASO NÚM. 4 153
DATOS GENERALES: 153
HECHOS MATERIA DEL PROCESO 153
PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL 153
DECISIÓN FINAL 154
COMENTARIO Y APRECIACIÓN 154
CASO NÚM. 5 155
DATOS GENERALES: 155
HECHOS MATERIA DEL PROCESO 155
PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL 155
DECISIÓN FINAL 156
COMENTARIO Y APRECIACIÓN 157
III. BENEFICIOS CON EL ADVENIMIENTO DE LA REFORMA 158
IV. CORRESPONDENCIA ENTRE LA SANCIÓN Y LA INFRACCIÓN 158
V. GESTIÓN FISCAL EFICAZ CONTRA PROCESOS TRASCENDENTES 158
VI. COHERENCIA NORMATIVA 159

CAPÍTULO VI

PROPUESTA LEGISLATIVA

I. CUESTIONES PRELIMINARES 160
II. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS 160
A. OBJETO DEL PROYECTO 160
B. ANTECEDENTES 161
C. FUNDAMENTACIÓN DE LA PROPUESTA 161
D. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO 163
E. EFECTO DE LA NORMA A NIVEL NACIONAL 163
F. REFORMA LEGAL 163

CONCLUSIONES 165
BIBLIOGRAFÍA 168

RESUMEN

Los delitos de corrupción de funcionarios, y en específico, el delito de peculado, actualmente y con ocasión del escenario jurídico nacional, ha adquirido singular atención, y más aún, han saltado a la vista algunas deficiencias normativas, que en uno u otro caso, podrían encontrar reparo a través de reformas legislativas. Y es que de un tiempo a esta parte, los delitos «contra la administración pública», han determinado quizá, gran número de férreos debates en los diversos aspectos problemáticos que entrañan.

Ahora bien, tomando como punto de partida el contexto detallado con antelación, es que la investigación aquí presentada, abordará el tratamiento de delito de peculado (art. 387 CP), y en específico, la trascendencia de la cuantía para la configuración del tipo penal en su modalidad básica, y su incidencia en el principio de mínima intervención, evidenciando la ausencia de parámetros normativos para catalizar conductas que realmente lesionen el bien jurídico protegido.

Así las cosas, es de entender que la investigación abordará el tratamiento jurídico brindado a esta institución a través de los diversos pronunciamientos jurisdiccionales, a nivel de la Corte Suprema, comprobando que algunos acontecimientos de apropiaciones ínfimas podrían merecer un reproche a nivel

de mecanismos alternos, diferentes al proceso penal, con la finalidad de establecer criterios de valoración para una decisión acorde a estándares de legalidad.

ABSTRACT

The crimes of corruption of officials, and in particular, the crime of embezzlement, currently and on the occasion of the national legal scenario, has acquired special attention, and even more, have been exposed to some regulatory deficiencies, that in one or the other case, they could find reparation through legislative reforms. And it is that for a time now, the crimes "against the public administration" have perhaps determined a great number of fervent debates in the various problematic aspects that they entail.

Now, taking as a starting point the detailed context in advance, is that the research presented here, will address the treatment of crime of embezzlement, and specifically, the significance of the amount for the configuration of the criminal type in its basic form, and its incidence in the principle of minimum intervention, evidencing the absence of normative parameters to catalyze behaviors that really injure the protected legal right.

Thus, it is understood that the investigation will address the legal treatment provided to this institution through the various jurisdictional pronouncements, at the level of the Supreme Court, proving that some events of tiny appropriations could merit a rebuke at the level of alternative mechanisms, different from the criminal process, in order to establish evaluation criteria for a decision according to legality standards.

INTRODUCCIÓN

El delito de peculado —en sus modalidades—, estima que aquel funcionario público que incorpora a su patrimonio bienes de la administración, es pasible de una sanción penal, y en buena cuenta, establece una pena considerable para la infracción en referencia, sin embargo, el dispositivo legal contenido en el art. 387 CP, carece de parámetros en relación al *quantum* económico, necesario para la configuración del delito, lo cual hace posible que toda apropiación, sea cual fuere el referente patrimonial, estime una sanción probable.

El legislador nacional, omitió detallar parámetros de cuantía mínimos para la configuración típica del delito de peculado en su modalidad base, preciso es indicar que al momento de establecer la modalidad agravada, aquel determinó un estándar económico significativo (10 UITs). Aquella situación no hace sino estimar que las más diversas apropiaciones del patrimonio estatal —por ínfimas que aquellas sean— puedan ventilarse ante el órgano jurisdiccional, lo que incidiría directamente en la prevalencia del principio de mínima intervención en el derecho penal. Necesario se hace entonces, establecer un referente económico mínimo y brindar espacio al ámbito administrativo para sancionar aquellas conductas.

Posiblemente —al igual en la legislación foránea—, la reforma normativa comprenda la solución a aquella problemática, estableciéndose estándares

económicos significativos y parámetros a efecto de evaluar la trascendencia penal de algún suceso de incorporación patrimonial por parte del funcionario público, entendiéndose que la modalidad dolosa e imprudente, tendrán referentes económicos disímiles. En consecuencia, pretendemos formular una modificatoria al dispositivo legal en mención (art. 387 CP) a fin de plasmar lo detallado con antelación.

CAPÍTULO I

DERECHO PENAL Y CONSTITUCIÓN

I. PRELIMINARES

El apartado en referencia, detallará la ciencia penal desde una perspectiva, más allá de los límites normativos, y es que nuestra posición, partirá en gran medida desde un enfoque constitucional, resaltando que el desarrollo de su accionar absoluto de alguna materia va en camino de su extinción, sobre todo por los efectos perjudiciales que acarrean el dotar de un poder desprovisto de demarcaciones, es en razón a esto que es necesario y trascendente imponer a la constitución como marco en el cual debe desarrollarse el derecho penal o cualquier otra regulación interna.

La trascendencia de asumir una concepción de derecho penal desde la Constitución, es de tal importancia toda vez que en la ciencia penal encontramos la potestad de restringir el principal derecho que brinda nuestra sociedad, como es en efecto, la libertad. El derecho bajo comentario, ha sido luchado a través de la historia por la mayoría de las sociedades, y es en razón a aquello que no podríamos hablar de sociedad sino tenemos como presupuesto a la libertad.

El derecho penal es el legitimado a hacer uso del ius puniendi, entendido como el derecho a imponer una pena o una sanción, en sí se le ha monopolizado esta facultad en razón de salvaguardar bienes jurídicos trascendentales para la sociedad, relevantes para una convivencia adecuada en favor del desarrollo de cada uno de sus integrantes. Esta protección de bienes jurídicos determina la razón por la que en ocasiones es procedente restringir la libertad.

A su turno, la Constitución se le asignó un régimen de valores comprendido por los derechos fundamentales del hombre, supuestos imprescindibles para desarrollar otros derechos que surgen en base de aquellas prerrogativas fundamentales. Desde esta óptica se debe tomar en cuenta cualquier tipo de regulación presente y futura, cuidando las interpretaciones que podamos dar al Derecho, teniendo como punto de partida a la Constitución.

Tanto la Constitución como el Derecho Penal están imbricados en salvaguarda de la protección de sus ciudadanos, relación estrecha que históricamente ha tenido algunas matices, conjurando una perversión en la legislación penal, y convirtiendo a la Constitución en un referente carente de eficacia y dirección interpretativa. Es en buena cuenta debido a la adopción de la transversalidad de la Constitución en toda la normativa interna, que encontramos coherencia y consistencia de lo declarado por la carta magna en el resto del derecho nacional.

Entonces, y según a Reátegui Sánchez[1], “Las directrices constitucionales han marcado su influencia, tanto en los procesos de criminalización primaria, es

[1] Véase REÁTEGUI SÁNCHEZ J. Tratado de derecho penal, parte general, volumen 1 Lima: Ediciones Legales E.I.R.L.; 2016.

decir, en la formación de la ley penal, como en los de criminalización secundaria, destinados a la aplicación de la misma.”. Coincidimos con este autor porque no solo la constitucionalidad va a filtrar la puesta en práctica del derecho penal en la sociedad, sino además tiene que estar tamizando el proceso creador de leyes penales según a las condiciones que impone la constitucionalidad. Esto además, genera una normativa unitaria y coherente para el ciudadano que está bajo el imperio de la ley, de cual además se protege.

Puesto de manifiesto el punto de vista sobre el que vamos a discurrir las siguientes páginas, preciso es indicar que el Derecho —al menos entendido como sistema—,mantiene relaciones entre sus distintas directrices internas, y aquel es el punto inicial del que del que debemos partir, por tanto, encontramos razonable nuestro precepto de vincular a la Constitución con el Derecho penal, y con fines de investigación nos centraremos en esta específica relación dicotómica, para una mayor comprensión de los lazos que deben ser relevantes para cada jurista que se enfrenta a esta situación.

II. DERECHO PENAL Y CONSTITUCIÓN

La constitucionalidad presente a la actualidad impone que los Estados sean decididos en adoptar el patrón de un Estado Democrático y Constitucional de Derecho, que incluye el acatamiento de los derechos fundamentales que permiten un adecuado desenvolvimiento de la sociedad, logrando la paz social y el progreso en cada ciudadano. La consideración detallada con antelación posee singular relevancia para establecer un tópico de interpretación, y además, brindar una respuesta predictible a los cánones de la Constitución

El Estado garantiza la seguridad de la sociedad, así como también responde por las libertades asignadas a los ciudadanos, seguridad y libertad son en

esencia complementos para el desarrollo de uno y el otro, logrando equilibrio entre estos intereses y un beneficio para el ciudadano. Desequilibrar uno de estos intereses devendría en una irrestricto concepto de libertad, donde las poblaciones tendrían que asumir un carácter individualista y sectorizado para resguardar sus derechos, renunciando a la vida en sociedad, en favor de sus derechos.

Este esbozo teórico expone como deberían comportarse los estados, pero realmente dista en demasía de lo mencionado, imponiéndose como paradigma darle mayor importancia a la seguridad, ocasionando una agobiante legislación penal en contra de libertades establecidas, es decir, encontramos conflictos entre la norma de carácter constitucional con la de carácter penal, con preeminencia penal sobre la constitucional.

Lo que enmarca la constitución es el respeto por la dignidad humana, frontera ante la cual el estado no puede ir más allá de sus prerrogativas, si bien la seguridad es un interés necesario de cada Estado, es la constitución la que manifiesta que la protección de la seguridad no implica la vulneración de la dignidad humana. Entendiendo que la regla es la libertad y que la pena la excepción, que además la humanidad se ha desarrollado a la actualidad poniendo de manifiesto que los hombre pueden convivir en sociedad y armonía.

Hasta hace un tiempo atrás, la normativa penal se encontraba regulada bajo el ámbito de la legalidad, supeditada en su actuar a un criterio paramétrico, sin embargo, conforme el decurso del tiempo, los valores se reorganizan en un determinado tiempo, y es de notar que a la actualidad, surgió una directriz superior, y aquel es el ámbito de la constitucionalidad, entendido como nuevo regulador del sistema penal. Dejamos de seguir a los postulados del positivismo

y adoptamos teorías constitucionales en nuestra forma de repensar al derecho penal.

Manifestar que rige la constitucionalidad en nuestra sociedad es expresar que las leyes se subordinan a la Constitución, interpretando la ley en aras de un Estado Constitucional de Derecho. Siendo uno de los principios o fundamentos del Estado Constitucional, que el Estado sea un medio para el servicio de la persona y sus derechos fundamentales, y no en cambio, el Estado como un fin en sí mismo. En tanto que este tipo de régimen observamos que uno de sus valores primordiales es la libertad, tanto así que los operadores jurídicos quedan prohibidos de usar la analogía ante vacíos que no logre cubrir la norma jurídica.

El profesor Reátegui Sánchez[2], define el término Constitución, de la siguiente manera, «Constitución, significa un conjunto de normas jurídicos que regulan y determinan el modo en que debe ser ejercido el poder político y se confiere reconocimiento a los derechos fundamentales de los habitantes».

El autor, citado anteriormente, manifiesta a la Constitución como aquella forma como debe ser practicado el ejercicio del poder político, dado cuenta que la propia carta es producto de un accionar político, pero no seguiremos resaltando esa postura del autor por el contrario, por el contrario, destacaremos en su concepto que en la Constitución hay un reconocimiento a los derechos fundamentales de los habitantes, en ningún momento el autor presupone que la Constitución crea los derechos del ciudadano, lo que nos da a entender que estos preexisten a la constitución, en tanto que ésta se delimita al

[2] Véase a REÁTEGUI SÁNCHEZ J. Tratado de derecho penal, parte general, volumen 1 Lima: Ediciones Legales E.I.R.L.; 2016, p. 458.

reconocimiento, entenderlo de ésta manera desliza la idea de suponer que la propia Constitución otorga mayor jerarquía a los derechos del ciudadano, y con mayor razón es de entender que la demás normativa infra constitucional debe seguir la misma perspectiva.

Autores como Jordi Jaria I Manzano[3], hacen referencia a la Constitución de tipo abierta, «como aquella que corresponde con la naturaleza de la norma fundamental en un sistema democrático, que acepta, por definición, la tensión entre principio de constitucionalidad y principio democrático, evitando, al mismo tiempo, convertir la legislación en una pura ejecución unívoca de una voluntad constituyente omnímoda y definitiva, así como permitir al legislador democrático una libertad de disposición absoluta en relación con las normas constitucionales».

Ésta definición repiensa la definición de la Constitución y sus posibles efectos de atribuirle un poder diferente a la misma, en tanto que la nuestra Carta Magna es la primera norma por jerarquía, no le quita la situación que a pesar de tener tal grado no deja der ser parte de una normativa global, a la que denominamos sistema normativo nacional. Entonces es interesante la perspectiva del autor porque relaciona la Constitución con el sistema democrático, es decir la legislación no sólo debe obedecer a la Constitución pues también existe la democracia en el legislador de poder crear las normas pertinentes en estricto equilibrio entre los principios de constitucionalidad y principios de democracia,

[3] Véase QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y JARIA I MANZANO, Jordi. Derecho penal constitucional Valencia: Tirant lo blanch; 2015, página 154.

bajo ese mismo equilibrio, también que pueda elegir las conductas incriminadas, como el determinar las penas para esas conductas.

Ahora respecto al Derecho penal que atañe gran parte de este estudio, encontramos el preámbulo, que denominado actualmente ius puniendi tiene surgimiento tiempo atrás, al punto de estimar que sería poco probable considerar que una sociedad no necesitaría de la represión. A la actualidad consideramos que ese poder es necesario, claro varios dirán que esto no es así, incluso mencionaran que concebirlo de esa manera atenta contra la dignidad humana, posiciones que incluso expresan argumentos que bien podrán brindar cimientos a su posición, sin embargo, lo cierto es que ese poder de imponer sanciones debe ser limitado.

El ius puniendi, como lo expresan Gonzalo Quintero y Jordi Jaria[4], «es una potestad naturalmente unida a la potestad del príncipe, titular de la soberanía, y ese poder era respaldado por el Derecho Natural». Concepción antigua que regía la justificación para imponer las sanciones de parte de la autoridad gobernante. Actualmente el derecho penal debe ser respaldado por el derecho Constitucional brindado contenido a los bienes que debe tutelar y proteger.

Dicho esto, actualmente el Estado es el monopolizador de la facultad punitiva contenido en el contexto constitucional, que para la aplicación de normas penales se deben observar los condicionamientos constitucionales que implica utilizarlos, entre los que tenemos la garantía de la convivencia, la protección de derechos y el adecuado funcionamiento de instituciones democráticas.

---

[4] Véase a QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y JARIA I MANZANO, Jordi. Derecho penal constitucional Valencia: Tirant lo blanch; 2015, página 22.

Frente a lo ya expuesto mencionamos algunos límites que se le ha impuesto a la legislación penal en favor de salvaguardar los intereses de los ciudadanos del abuso de poder que pueda generar el empleo de este tipo de normativa punitiva.

III. PRINCIPIOS NORMATIVOS DE INTERPRETACIÓN

Entre los principios normativos referentes a la aplicación de la ley penal subsumida por el marco constitucional tenemos a un catálogo de directrices que se ha forjado con el decurso del tiempo, y responde a un conjunto de valores que adopta la sociedad en un determinado tiempo espacio.

1. El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos

En relación a este principio, el profesor Percy García Cavero[5] detalla que "el Derecho Penal solamente puede intervenir para proteger bienes jurídicos que merezcan dicha protección, por lo que la intervención penal no puede sustentarse en cuestiones meramente morales o de simple orden social". La protección del bien jurídico fundamenta el empleo del ius puniendi, pero hemos de observar que la propia definición de bien jurídico en el contexto penal ha generado discusiones, en tanto que juristas no están en consenso sobre el sentido y alcance de este concepto. Pero para el autor, quién define al bien jurídico como la vigencia de la norma, estima una concepción institucionalista del Derecho.

Bajo estas premisas no podemos dejar de mencionar a la «lesividad» como un principio intrínsecamente relacionado al bien jurídico. Es decir que este

[5] Véase a GARCÍA CAVERO P. Derecho penal parte general. Segunda ed. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.; 2012, página 118.

principio sostiene que debe existir lesión o puesta en peligro del bien jurídico para poder imponer una sanción penal, entonces es el Estado quién regula los riegos y cuando se infringe el orden social establecido, a pesar que el agente de dicho acto no lo crea así. Actualmente se considera al principio de lesividad como la defraudación de expectativas normativas básicas, bajo esta perspectiva no es tan necesaria la lesión al bien sino basta la peligrosidad en la conducta del agente.

2. La última ratio o mínima intervención del Derecho Penal

Según este principio de Derecho penal, la legislación penal debe actuar en aquellos casos de necesaria actuación, entonces, cuando la dificultad o el problema social no puedan ser solucionados por algún otro ordenamiento distinto al penal. Entiéndase entonces que aquellas afectaciones más importantes de los bienes jurídicos más trascendentales deben ser castigadas por el derecho penal.

Dentro de esta concepción sobre el derecho penal, encontramos al principio de subsidiariedad que manifiesta que aquellos bienes jurídicos importantes justifican la intervención del derecho penal. También lo podemos entender como no poder recurrir al derecho penal si los comportamientos atentatorios de bienes jurídicos pueden ser controlados cabalmente por otros medios de control de legislaciones distintas a la penal, que sean menos agresivos de la persona humana.

También encontramos en la concepción expuesta al principio de fragmentariedad por la que no todo comportamiento ofensivo de bienes jurídicos que están protegidos penalmente se les debe de imponer una sanción penal. Es decir solo los bienes jurídicos más trascendentales para la sociedad serán merecedores de la represión penal, en esos casos en que el aturdimiento genera

la afectación social requiere de la intervención penal para restablecer la armonía existente antes de aquel fatídico suceso.

3. Principio de legalidad

Este principio es el límite a la actuación del Estado para con sus ciudadanos, garantía de respeto al derecho de las personas, al respecto para la legislación penal es la demarcación por el que definimos que comportamientos deben ser determinados como delitos y que sanción se debe imponer a esas conductas, brindando autonomía para realizar los demás comportamientos que no están prohibidos por el derecho penal, y menos aún, brindar la posibilidad al derecho penal de castigar conductas que no estén prescritas como delitos.

Según Percy García[6], declara que este principio «garantiza la imparcialidad del Estado, en tanto tiene que determinar de manera general y antes de la realización del delito las características del hecho prohibido y la reacción penal que cabe contra el responsable». La característica que le da el autor ha referido principio es la de garantía para las personas, al limitar el actuar del estado, ciñéndolo a lo estrictamente regulado por la normatividad penal, imposibilitando arbitrariedad en sus actos. También es notorio que el ciudadano tiene las reglas claras para poder ser responsable con sus conductas al momento de desenvolver su libertad en sociedad.

[6] Véase a GARCÍA CAVERO P. Derecho penal parte general. Segunda ed. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.; 2012, página 138.

Según Felipe Villavicencio[7], respecto al principio de legalidad, «es el principal límite de la violencia punitiva que el sistema penal del Estado ejercita, se trata de un límite típico de un Estado de Derecho. Esta violencia se realiza bajo el control de la ley, de manera que toda forma de violencia ilícita que provenga del sistema penal (torturas, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, etc.) deberán ser consideradas conductas prohibidas». Es de pensamiento general que este principio sea una garantía plena del ciudadano contra la actuación del Estado, aunque este enfoque adoptado por el autor manifiesta el límite para la violencia que ejerce el Estado en contra de aquellos que delinquen, recalca también que el principio de legalidad es un supuesto necesario para un Estado Democrático. Precisamos para concluir que la legalidad es entonces la respuesta como garantía de las personas frente a la administración de justicia por parte del Estado.

4. Principio de culpabilidad

El principio bajo comentario se resume en la necesidad de considerar que el presupuesto de la pena, es la culpabilidad, evidenciando responsabilidad del agente. No basta con el surgimiento del hecho delictivo dañoso del bien jurídico sino requiere la vinculación entre el agente del delito y el hecho delictivo, relación importante para una posterior imputación penal.

Según el autor Percy García Cavero, el principio de culpabilidad «establece que la pena no puede imponerse al autor por la sola aparición de un resultado lesivo, sino únicamente en tanto el suceso lesivo pueda atribuírsele

[7] Véase a VILLAVICENCIO TERREROS FA. Derecho penal, parte general Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.; 2006, páginas 89 y 90.

como un hecho suyo». Esta formulación de culpabilidad resalta la vinculación que debe existir entre el hecho delictivo y el agente, es decir que el autor sea castigado por la ocurrencia de sus actos delictivos y no por la vida que lleva o a lo que se dedica.

Tan importante es la función del principio tratado, pues se constituye en el fundamento de la pena a imponerse, suponiendo que el hombre es libre de constituir los actos que su libertad le otorgan, entonces la culpabilidad atribuye al autor consecuencias por el mal uso que realiza con dicha libertad. Pero otras tendencias atribuyen a la culpabilidad una función preventiva, es decir a lograr la disuasión en el agente en la comisión de delitos, pero se arriesga que excedamos en la prevención, ya que la imposición de la pena corresponderá a la intimidación.

Según Felipe Villavicencio[8], la culpabilidad tiene un triple significado: «primero, como fundamento de la pena, se refiere a la cuestión de si procede imponer una pena al autor de un hecho típico y antijurídica; Segundo, como fundamento o elemento de la determinación o medición de la pena, su gravedad y su duración; Tercero, como lo contrario a la responsabilidad por el resultado». Notamos en estos significados que la culpabilidad al igual que los anteriores principios, son un límite a la facultad del Estado para imponer penas, o justificándolas brinda razones para la posterior aplicación, y a decir de pocos autores el principio de culpabilidad evita que la persona sea vista como un medio para la construcción de un fin, sabiendo que la persona es un fin en sí mismo.

[8] Véase a VILLAVICENCIO TERREROS FA. Derecho penal, parte general Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.; 2006, página 110.

5. Principio de proporcionalidad de las penas

Este principio según Percy García, «exige que el establecimiento de las conminaciones penales y la imposición de las penas tengan una relación valorativa con el hecho delictivo contemplado en la globalidad de sus aspectos». Este principio exige una vinculación racional entre dos extremos, por un lado el propio delito y, por el otro, la ejecución de la misma, es decir entre la gravedad de la pena no corresponde a la probabilidad de la comisión del delito, por lo contrario debe obedecer a cuestiones lógicas con criterio punitivo.

También este principio impone al legislador en la creación de delitos se sirva de un criterio proporcional en el delito cometido y la pena a imponer. Extendiendo el criterio garantista del presente principio a los orígenes de creación, en salvaguarda de los derechos del ciudadano.

Según Felipe Villavicencio, denomina a este principio como; «la prohibición en exceso, que consiste en la búsqueda de un equilibrio entre el poder penal del Estado, la sociedad y el imputado. Constituye un principio básico respecto de toda intervención gravosa de este poder, directamente a partir del principio del Estado de Derecho». Visto este principio como el medio equilibrador, entre la pena y el daño causado, dictando la existencia de una adecuada relación. También implica que la utilización de la pena debe ser el último recurso a imponer, es decir limitar la violencia que trae consigo la pena, convirtiéndolo en lo menor posible la utilización de ésta.

Este principio pone un grado de jerarquización entre las penas impuestas, porque incide en la coherencia correspondiente a cada hecho criminal, es decir busca la proporción entre acto y pena, evitando penas superiores a dicha proporción, buscando incluso que se imponga una pena menor a dicha relación

incluso a la sustitución de la pena por otra menos gravosa, como muestra de la convivencia de un Estado de Derecho.

6. Principio de fragmentariedad

James Reátegui[9], refiere que «el derecho penal material legitima su protección a una parte (importante) de los bienes jurídicos, aquella que de acuerdo a criterios político-criminales se consideren lo más indispensables para la base y el funcionamiento del sistema social; en tal sentido, esta labor fundamentalmente legislativa, no siempre se realiza de modo general, sino frecuentemente sólo a determinadas formas concretas tanto de ataque (comportamiento) como de objeto de ataque (bien jurídico), de ahí que se hable también de la naturaleza "fragmentaria" del Derecho penal".

Sería atentar frontalmente contra la libertad individual de cada ciudadano si describimos conductas insulsas como delitos y además dejamos caer la maquinaria punitiva en contra de esos individuos, aquí radica la importancia de este principio fragmentario, límite o garantía, opción discutible pero de valioso efecto que considera a la dignidad de la persona, entendida ésta como supuesto fundamental para la Constitución de un Estado de Derecho.

Entonces no toda conducta y no todo bien jurídico serán pasibles de la óptica del derecho penal en razón que debe existir un filtro que permite destilar la protección de los bienes jurídicos más trascendentales a través del derecho penal, que no significa que se deje sin respuesta la trasgresión de esos bienes que no fueron filtrados sino que su protección merecerán ser tutelados por otro

[9] Véase a REÁTEGUI SÁNCHEZ J. Tratado de derecho penal, parte general, volumen 1 Lima: Ediciones Legales E.I.R.L.; 2016, página 360.

ámbito del derecho distinto al penal. Además no toda conducta será proscrita por el ordenamiento legal penal, suponerlo así tendríamos un problema en la tipicidad de los delitos toda vez que los comportamientos de cada ser humano pueden discurrir en un sinfín de posibilidades.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

La estrecha relación entre derecho penal y constitución, como bien se evidenciará, obedece a una estrecha vinculación entre principios, prerrogativas y límites necesarios para su actuación al interior de nuestro sistema jurídico. Es de entender que la interpretación de los diversos dispositivos normativos contenidos en nuestra legislación penal, necesariamente deberán tener como referente a los parámetros de nuestro Estado de Derecho.

Lo detallado con antelación, bien podrá corroborarse a lo largo del presente estudio, donde gran parte de las instituciones en comentario, encuentran su fundamento en estándares de constitucionalidad, aun cuando, la proyección legislativa actual, determina un escenario diferente. Así las cosas, resta tan sólo brindar un panorama específico sobre las instituciones que se atenderán en líneas adelante, y más aún, cuando la investigación consigna problemas actuales al interior de los delitos contra la administración pública, y las denominadas bases del derecho penal.

CAPÍTULO II

PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN EN DERECHO PENAL

I. PRELIMINARES

La política criminal actual ha determinado que el Derecho penal, brinde respuesta a gran número de conflictos sociales, evidenciando lo que se conoce como la «expansión del poder punitivo». Aquello ha traído como consecuencia diversos aspectos en la modificatoria de las bases esenciales del derecho penal liberal. Y es que el principio ahora estudiado, tiene bastante incidencia en delitos que conllevan una mínima trascendencia, es de entender, que conforme las bases de nuestro enfoque, ocupará nuestra atención conductas que aun configurando algún delito contenido en nuestro CP, —y que adicionalmente se encuentren en el marco de la administración pública—, ameritarían una respuesta diferente por parte de nuestro sistema jurídico.

Preciso es indicar que el estudio aquí presentado, nos llevará a recorrer el desarrollo dogmático y jurisprudencial que se ha efectuado hasta ahora en relación a la mínima intervención, máxime si la atención que le ha brindado la

Corte Suprema es en esencia, asignarle una categoría, y en específico, una parámetro similar a un elemento negativo del delito.

Ahora bien, cuestiones como el fundamento e incluso naturaleza jurídica, posibilitarán entender el principio tantas veces aludido en su contenido esencial, y logrará evidenciar a su vez, que diversos enfoques de política criminal, se encuentran alejados de los parámetros que pregonan las bases del derecho penal moderno. Es de entender que el referido principio carece de consignación al interior de nuestra normatividad penal, aquella no es impedimento para su desarrollo, tomando cimientos de la construcción del derecho penal[10] y normatividad constitucional.

Importante es descartar hasta aquí, que durante el desarrollo del presente apartado, se asumirá una posición crítica en el mayor de los aspectos, hasta arribar a una perspectiva acorde con los parámetros del derecho penal liberal, respetuoso de los derechos humanos y garantías personales. Lo detallado con antelación, posee singular importancia debido a la contraposición de posturas asumidas en algún sector de la doctrina penal, cuando entiende que a pesar de la expansión de mecanismo de control social por excelencia, aún mantiene vigencia la mínima intervención, justificando su mutación en los cambios sociales de un entorno dinámico.

Durante el tratamiento que se le ha brindado al referido principio, regularmente siempre se le ha relacionado a cuestiones de subsidiariedad, fragmentariedad y

---

[10] Sobre el particular, y en atención a los fundamentos que expresa sobre la necesidad de un Derecho Penal Liberal cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Ediciones Jurídicas, Lima, 1990, p. 367.

hasta incluso, ultima ratio, sin embargo, en el decurso de esta investigación se determinará que aquellas directrices, luego del ahondamiento y desarrollo dogmático, son mecanismos operativos, o si fuere el caso, principios adyacentes que apoyan en el desarrollo del principio de mínima intervención, y no aspectos independientes de aquella máxima.

Por último, resta tan sólo incidir en la vigencia —relativa— del principio de mínima intervención, y las singulares mutaciones que le han acaecido en el decurso del tiempo, asignándole diversas categorías jurídicas al interior de la Teoría del delito. Finalmente, y es menester advertirlo, que nos apartaremos del concepto tradicional que estima que la mínima intervención implica la intervención penal, ante el fracaso de mecanismos para la solución del conflicto, aquello como se verá adelante, es relativamente certero, un claro ejemplo de aquello, es el denominado derecho penal económico, donde el bien jurídico, objeto de protección, a criterio del legislador, debe ser resguardado prima facie a través del derecho penal, piénsese por ejemplo en los delitos «contra el libre mercado» o «el orden económico». Quizá lo detallado con antelación tiene su fundamento en el carácter complementario de conductas que ha brindado el derecho penal y la ausencia de respeto de otros mecanismos necesarios para su protección, máxime si una transgresión —en lo que respecta a delitos económicos—, posibilitaría un escenario caótico para el colectivo social.

II. FUNDAMENTO JURÍDICO

Un problema básico que se ha abordado en la aplicación en estricta de los principios del Derecho penal, es el fundamento del principio de mínima intervención en derecho penal, más aún cuando pronunciamientos tan diversos

y en ocasiones carentes de afectación al bien jurídico, estiman la aplicación extensiva de la nómina de la mínima intervención[11].

El principio de mínima intervención en esencia no posee muchas directrices, cada una de las opiniones doctrinales ha orientado su fundamento por una misma senda y ha encasillado su conceptualización casi de manera unánime —claro está— con algunas matices particulares, pero que en esencia, posibilitarían entender que la mínima intervención se encuentra a cada momento de la aplicación e interpretación del escenario jurídico.

A su turno, existen también concepciones que estiman la ausencia de fundamentación normativa, puesto que dichas directrices carecen de contenido y lugar normativo en nuestro orden jurídico «lamentablemente —refiriéndose al principio de mínima intervención— no han sido incorporados por el legislador peruano, al nivel de las directrices del Título Preliminar del Código Penal. Teniendo por lo mismo el peso de la fuerza doctrinaria y jurisprudencial»[12]

Conforme lo asevera el profesor Hurtado Pozo, «como el derecho penal no está destinado a proteger todo bien jurídico, ni siquiera a defender bienes escogidos de cualquier ataque que poder ser objeto y, menos aún, a reprimir toda acción moralmente reprochable, se puede hablar que el derecho penal es

---

[11] Sobre el particular preciso es enfocar nuestra atención en el R. N. núm. 3763-2011. Que en específico versa sobre un donde un funcionario utilizó un cuatro hojas de papel bond para una actividad diferente a la que realizaba en la Universidad.

[12] Rojas Vargas, Fidel, *Estudios Fundamentales de la Parte General y Especial*, Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, 2013, p. 21.

fragmentario»[13] En buena cuenta, el fundamento de principio de mínima intervención es la consignación de parámetros de acción al derecho penal, o como lo expresa Hurtado Pozo, límites a la actividad del poder punitivo. Podría decirse que el principio de mínima intervención seleccionará aquellas conductas de trascendencia penal para poder incluirlas en el catálogo de delitos, y fundamentar una sanción penal.

El que el derecho penal seleccione en estricto cuantas conductas pueda estar incluidas en su radio de acción «no se trata de una deficiencia del derecho penal, sino más bien de una propiedad derivada de su conformidad con los principios del Estado de Derecho»[14] Actualmente se ha desnaturalizado el fundamento jurídico y se ha brindado un utilitarismo social al Derecho penal, cualquier conducta —incluso las reprochables moralmente—, puede ser incluidas en el marco del catálogo de delitos, pienses en los delitos de discriminación o infracción en las condiciones laborales, quizá aquello se deba en buena medida a la poca importancia que existe en la sociedad en relación a la dignidad humana.

Conforme el pensamiento de Quintero Olivares, expresa su tesis en que el fundamento del principio de mínima intervención se fundamenta en que «el Derecho penal nunca puede emplearse en defender intereses minoritarios y no necesarios para el funcionamiento del Estado de Derecho, siendo inadecuado

---

[13] Hurtado Pozo, José, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Idemsa, Lima, 2011, p. 39

[14] Hurtado Pozo, José, *Ibídem*, p. 40

recurrir a sus gravísimas sanciones si existe la posibilidad de garantizar una tutela suficiente con otros instrumentos jurídicos no penales»[15]

Existen opiniones que estiman que el fundamento del principio de mínima intervención radica en la autonomía del ser humando, y en específico, en la «la capacidad de la persona humana para adquirir derechos y obligaciones jurídicas que no dañen a un tercero»[16]. La tesis en referencia, no dista mucho de los postulados que bien se esbozaron a lo largo de la doctrina penal, sin embargo, al encontrar como eje central la autonomía humana, abarca un aspecto ius filosófico de libre albedrio en el que la capacidad de autodeterminación lo es por decirlo, aquello que determina las bases y límites del derecho penal.

«Por consiguiente, el principio de <mínima intervención> constituye no sólo un límite importante al ius puniendi, sino que además sitúa al derecho penal en su verdadera posición en el ordenamiento: la última instancia a la que se pueden acceder los ciudadanos para dirimir sus conflictos (si se trata de delitos o faltas perseguibles a instancia de parte) o bien el último recurso legal del que dispone el Estado de derecho para conseguir una sociedad democrática avanzada, empeñada en la defensa y desarrollo de los valores consustanciales al derecho penal democrático»[17]

---

[15] Quintero Olivares, Gonzalo, *Introducción al Derecho Penal. Parte General*, Editorial Barcanova, Barcelona, 1981, p. 48.

[16] Matos Núñez, Juan Antonio, *El principio de intervención penal mínima*, Ediciones Jurídicas, Bogotá, p. 3.

[17] Matos Núñez, Juan Antonio, *Ibídem*, p. 3.

III. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

La mayoría de autores nacionales establece como fundamento normativo el art. 1 de la Constitución que implica la dignidad del ser humano, mientras que un sector de la doctrina lo relaciona con una máxima implícita al principio de legalidad, adecuándolo a la necesidad de sancionar sólo aquellas conductas en la ley como delito.

Al respecto es ilustrativo consignar las pautas normativas que allí se presentan:

Art. 1 «La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado»

Art. 2 inc 24, literal D «Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley».

Entre la normatividad convencional, encontramos singulares disposiciones que detallan el parámetro de la mínima intervención, y es que sin duda alguna, la normatividad convencional estima que cada Estado se encuentra en la tarea de tener la menor incidencia a través de mecanismos de gravedad —derecho penal—, es preciso que así el Estado decante la normatividad acorde a perspectiva supranacional, y la tendencia legislativa respete y desarrolle las bases fundamentales de mínima intervención.

Pacto internacional de derechos civiles y políticos, cuyo artículo 2.2 reza <cada Estado parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente pacto, las medidas oportunas

para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que *fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto, y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter>.*

Articulo 4 <Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales> dispone que <Los estados partes en el presente pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, este podrá someter tales derechos a limitaciones determinadas por ley, *sólo en la medida compatible con la naturaleza de estos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en su sociedad democrática».*[18]

IV. FUNDAMENTO NORMATIVO

Durante el tiempo de vigencia del Código Penal —poco más de 27 años—, han determinado una aplicación casi inmediata del principio bajo comentario, sin embargo, hasta ahora, incluso en pronunciamientos de la Corte Suprema, la consignación de su ubicación normativa ha sido un aspecto que ha pasado desapercibido. Cierto es también que de la nómina de dispositivos normativos no encontramos mayor alusión al principio de mínima intervención, sin embargo, aquello no es obstáculo para que se aplique en dicho parámetro en el ámbito jurisdiccional.

[18] Sobre el particular Cfr. Monroy Rodríguez, Ángel Augusto, *El principio de mínima intervención ¿Retórica o realidad?*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC, p. 29.

V. NATURALEZA JURÍDICA

Es tarea difícil asignarle una naturaleza jurídica a un principio de derecho penal, sin embargo, preciso es indicar que la incidencia que le ha brindado el tratamiento al interior de la Corte Suprema al «principio» tantas veces aludido, nos ha permitido consignar al menos, en lo que refiere a la actividad jurisdiccional, dos categorías de la naturaleza jurídica.

Es particularmente gráfico, lo consignado a través del R.N. núm. 3763-2011 Huancavelica, donde los hechos son los siguientes: Ricardo Alejandro Vera Donaires era servidor público, que se desempeñaba como abogado en la oficina de asesoría legal de la Universidad Nacional de Huancavelica, quien en ejercicio de sus funciones utilizó papel membretado de propiedad de dicha casa de estudios —cuatro hojas con sello de agua—, con el fin de redactar un escrito a favor de Jesús Ángel Vásquez Ampa —a quien patrocinaba de manera particular—, habiéndose presentado ante el Segundo Juzgado Penal de la Corte Superior de Huancavelica, infiriéndose que la elaboración del escrito se realizó con los equipos de cómputo e impresión de la citada universidad

Más allá de la calificación jurídica que se atribuyó por parte del Ministerio Público, y las incidencias procesales que existieron, lo cierto es que el suceso que acaba de detallarse con antelación mereció bastante atención por la comunidad jurídica, más aun cuando el proceso arribó hasta la Corte Suprema, quien brindo un tratamiento particular al hecho en concreto, asignándole una naturaleza jurídica al principio de mínima intervención conforme a la teoría de la imputación objetiva.

En específico la Corte Suprema, estimó que el principio de legalidad —anterior a un juicio de tipicidad— debe comprender «un filtro de valoración por el cual

alcanzan el nivel de una conducta típica solo aquellos comportamientos que expresen el significado de una relevancia social, o que produzcan una <perturbación social> en sentido objetivo»[19]. En este sentido, la escasa trascendencia de un comportamiento, aun cuando formalmente consigne matices de tipicidad penal, podría en base al principio de mínima intervención carecer de reproche penal.

La naturaleza jurídica del principio de mínima intervención —a criterio de la Corte Suprema—, es un elemento negativo del delito, que recae sobre el filtro de tipicidad, es por aquello que en el caso narrado líneas arriba el Tribunal decidió absolver al procesado, especificando que existen mecanismos alternos a la sanción penal.

En buena cuenta, no restaron importancia a la conducta de hacer usos de bienes del Estado, sino por el contrario, especificaron la necesidad de efectuar una especie de selectividad en base al principio de mínima intervención, y determinar que aquellas conductas de menor lesividad al bien jurídico administración pública, puedan encontrar resolución a través de mecanismo alternos, como es en efecto, el derecho administrativo sancionador.

Preciso es indicar, por último, que la decisión del tribunal puede fundamentarse en las siguiente considerando «tal conducta no es pasible de acción penal, pues dada su trascendencia existen otros medios de control social

[19] Considerando OCTAVO del R.N. núm. 3763-2011 Huancavelica.

menos rigurosos, pero no por ello menos efectivos que el Derecho penal, que deben ser activados previamente»[20]

VI. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Sin duda alguna, el escenario político social donde mayor desarrollo tuvo la ciencia del derecho penal, fue en el entorno de la ilustración y los grandes filósofos que hasta entonces, sentaron no solo las bases del Estado de Derecho Democrático, sino también, principios rectores en lo que a la ciencia de los delitos y de las penas se refiere, es así que el mayor baluarte de aquella época lo constituye el ideario de Cesare Beccaria.

En relación a los límites de intervención de la actividad penal, que bien podría traducirse en un criterio de fragmentariedad, estima Beccaria que los límites para sancionar una conducta deben tener una claridad a través de la cual el hombre determine su conducta, y que el criterio selector de aquellas será una correspondencia normativa entre las diversas «legislaciones».[21]

El autor bajo comentario agrega además que «cualquier acción no comprendida entre los límites señalados, no puede ser llamada delito, o castigada como tal, sino que aquellos que encuentran su interés en darle este nombre. La incertidumbre de estos límites ha producido en las Naciones una mora, que contradice a la Legislación; muchas actuales legislaciones, que se excluyen recíprocamente; una multitud de leyes, que exponen el hombre de bien a las penas más rigurosas, ha hecho vagos y fluctuantes los nombres de vicio y

[20] Considerando Décimo Primero del R.N. núm. 3763-2011 Huancavelica.

[21] Entidad aquellas como normatividad.

de virtud; ha hecho nacer la incertidumbre de la propia existencia, que produce el letargo y el sueño fatal en los cuerpos políticos».[22]

Beccaria estima que si acaso existe un criterio rector para la imposición de la pena, aquel es su absoluta necesidad, y aquello bien puede evidenciarse en la cita que el autor utiliza para referirse a aquella compatibilidad necesaria entre poder punitivo e infracción, para el efecto, deja anotado lo siguiente: «Toda pena (dice el gran Monstesquieu) que no se deriva de la absoluta necesidad, es tiránica: proposición que puede hacerse mas general de esta manera. Todo acto de autoridad de hombre a hombre, que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránico».[23]

Al momento de tratar el fin de la pena —tema por demás controversial—, Beccaria lo relaciona muy audazmente con algunas matices del principio de mínima intervención, y estima que la pena en específico, tiene un carácter preventivo general, y además que aquella conducta prohibida, pasará un filtro de selección que guardará proporción con la medida, todo aquello para que la sanción tenga un efecto ante los demás. Para el efecto, anotó lo siguiente, «El fin, pues, no es otro, que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos, y retraer los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas aquellas, y aquel método de imponerlas, que guardará la proporción, hagan una

---

[22] Beccaria Bonesana, Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas*, Editorial Comares, Granada, 1996, p. 15.

[23] Beccaria Bonesana, Cesare, *Ibídem*, p. 4.

impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo».[24]

Así las cosas, resta tan sólo afirmar que tantas veces aludido principio de mínima intervención se derivó de la obra de Beccaria «Delos delitos y de las penas», que en buena cuenta, sentó las bases de un derecho penal Liberal, caracterizado por la responsabilidad penal por el hecho y no por el autor, la proporcionalidad entre delito y pena y por último, el respeto de la dignidad humana.

VII. PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN

El profesor Percy García Cavero al referirse al principio de mínima intervención detalla que «el Derecho penal sólo debe intervenir en los casos estrictamente necesarios, es decir, cuando el problema o conflicto social no pueda resolverse con los otros medios de control social extrapenales. El derecho penal no es un instrumento de control más, sino que, a causa de las consecuencias de su aplicación, deviene en un mecanismo especialmente problemático para los ciudadanos y la sociedad»[25].

La opinión en referencia estima tres aspectos a considerar sobre el principio de *mínima* intervención, el primero, la necesidad, entendida aquella como la trascendencia en la lesividad al bien jurídico, el segundo, la subsidiariedad, que en esencia comprende la posibilidad de brindarle respuesta al conflicto a través

---

[24] Beccaria Bonesana, Cesare, *Ibídem*, p. 25.

[25] García Cavero, Percy, *Derecho Penal. Parte General*, Jurista Editores, Lima, p. 136.

de otros medios, y por último, la excepcionalidad del Derecho penal y la introducción a nuestro ordenamiento jurídico.

Es de entender, que los parámetros que se establecieron hasta entonces para conceptualizar el principio de mínima intervención, se han visto determinados por una combinación de factores, abandonando la clásica concepción de la trascendencia para la inclusión en el catálogo criminal de cualquier conducta con reproche social ínfimo, es mayoritariamente aceptado hoy en día, que el reproche de un comportamiento, encuentra en el derecho penal una superflua pero expectativita alternativa de solución.

No obstante, la concepción enunciativamente normativa, también ha tenido una evolución en el decurso de planteamiento conceptual del derecho penal, trascendiendo incluso a razones constitucionales, una referencia a aquel pensamiento puede evidenciarse a través de Felipe Villavicencio Terreros quien sostiene que la mínima intervención implica que «el Estado sólo puede emplear la pena cuando está en situación de explicar su necesidad para la convivencia social, para mantener el orden democrático y social establecido (artículo 43, Constitución Política). En un estado social, el Derecho Penal se legitima sólo cuando protege a la sociedad pero si su intervención resulta inútil, entonces perderá su justificación. Por eso, este principio conduce a la exigencia de utilidad. La mera utilización de instrumentos violentos como la pena siempre afectará la idea de un Estado de Derecho»[26].

[26] Villavicencio Terreros, Felipe, *Derecho Penal. Parte General*, Grijley, Lima, 2015, p. 92.

Las alegaciones estimadas por el autor en comentario, claramente relacionan el principio de mínima intervención con el ámbito constitucional, al punto de estimar que la construcción del estado democrático, y la intromisión del Derecho penal debe estar acorde al Estado de Derecho. El autor en referencia estima que gran parte del principio de mínima encuentra su fundamento ante el fracaso de los demás medios de control social, sin embargo, aquella apreciación dista mucho de lo que en esencia expresa aquel referente y que será detallado líneas adelante.

Es de resaltar hasta aquí que la denominación de mínima intervención hace alusión a que «el Derecho Penal sólo debe permitir la intervención punitiva estatal en la vida del ciudadano en aquellos casos donde los ataques revisten gravedad para los bienes jurídicos de mayor trascendencia. Esto exige un control razonable de criminalidad»[27]. El control referido implica seleccionar bienes jurídicos que necesariamente requieren protección penal, sin embargo, actualmente el escenario ha variado considerablemente.

VIII. PRINCIPIOS COADYUVANTES

Ahora bien, a nivel de la doctrina se han elucubrado hasta parámetros instrumentales para la correcta aplicación del principio de mínima intervención, el primero, la subsidiariedad, entendida como mecanismo de ***contingencia***, el segundo, la fragmentariedad, entendida como la división del Derecho a través de mecanismos alternos y diferentes al Derecho penal, y por último, considerada por algunos autores, la *última ratio*, que en esencia comprende la consignación de conductas que merecen el reproche penal puesto que trascienden al

[27] Villavicencio Terreros, Felipe, *Ibídem*, p. 92.

parámetro social. Los pilares del principio de mínima intervención, como bien se detalla tienen contenido y expresiones diferentes, por lo que es menester de este estudio, brindarle singular atención a cada uno de aquellos.

A. PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD

El profesor García Cavero estima que el principio de subsidiaridad implica una expresión bipartita, es decir, tiene doble contenido. «En el plano ***cualitativo***, la subsidiariedad significa que solamente los bienes jurídicos más importantes pueden legitimar la intervención del Derecho penal. En este sentido, las conductas que cuestionan la vigencia de aspectos que no son esenciales para la constitución del sistema social, no pueden dar pie a una sanción penal, aun cuando se encuentren generalizadas y no exista manera de reducir su tasa de incidencia con otros mecanismos de control»

Por añadidura se estima también que «la subsidiariedad tiene además una expresión cuantitativa, en el sentido de que no podrá recurrirse al Derecho penal si las conductas disfuncionales pueden controlarse suficientemente con otros medios de control menos lesivos. Se presenta, como puede verse, una cierta vinculación entre el sistema penal y los otros sistemas de control, de manera que en que los órdenes extrapenales puedan solventar las situaciones relevantes de conflicto, el Derecho penal no se verá obligado a intervenir en la solución de estos conflictos»[28].

Sin embargo, el autor efectúa una precisión en torno al aspecto cuantitativo, y agrega que «esta subsidiaridad cuantitativa no debe llevar, sin embargo, a la conclusión de que los diversos mecanismos de control cumplen una función

[28] García Cavero, Percy, *Ibídem*, p. 137.

homogénea. Lo que sucede es que en determinados casos, los mecanismos de reacción no penales alcanzan empíricamente la función asignada al Derecho penal (de prevención o de resocialización), de manera tal que resultaría innecesario recurrir a los mecanismos de reacción penal».

La perspectiva que entiende a la subsidiariedad como fracaso de medios alternativos, encuentra su concreción en el siguiente referente «sólo debe recurrirse al Derecho Penal cuando han fallado todos los demás controles sociales. El Derecho Penal debe ser el último recurso que debe utilizar el Estado, debido a la gravedad que revisten sus sanciones. Los ataques leves a los bienes jurídicos deben ser atendidos por otras ramas del derecho o por otras formas de control social»[29].

Ahora bien, una concepción compleja del principio de subsidiariedad, estima que existen parámetros para su vigencia. En una obra de singular trascendencia, el profesor italiano Maximiliano Rusconi, entiende que los parámetros que delimitan la actuación del principio de subsidiariedad son los detallados a continuación:

a) LA REACCIÓN PENAL ES SOCIALMENTE DESPROPORCIONADA

Uno de los estándares de aplicación normativa, es sin duda, la proporcionalidad entendida como aquella correspondencia necesaria entre la conducta y su respuesta por parte del ordenamiento jurídico, aquella perspectiva, encuentra plena vigencia en el ámbito penal, donde existe una tendencia a extender el periodo de sanción por la incidencia de sucesos de perturbación social. Piénsese por ejemplo, en la sanción penal consignada para sujetos de

[29] Villavicencio Terreros, Felipe, *Ibídem*, p. 93.

derecho que ejercen violencia contra una autoridad en el ejercicio de sus funciones, el reproche penal encuentra una ausencia de correspondencia entre la sanción y la lesividad al bien jurídico[30].

b) EL DAÑO ES ILÍCITO ES MÍNIMO

Un punto que conlleva reflexionar pausadamente es la lesividad que se ocasionada al bien jurídico con el comportamiento catalogado como delito, y en específico a la trascendencia que tendrá aquel, para la inoperatividad el sistema jurídico, y la transgresión a la norma. Aunque nuestra posición tiene argumentos similares, es entendible que por ejemplo, en las apropiaciones ínfimas efectuados por funcionarios en el marco del delito de peculado, posibilitarían una respuesta diferente, a la sanción penal.

c) LA FUTURA LEY PENAL NO PROTEGE NINGÚN VALOR DIGNO DE PROTECCIÓN

Quizá la mayor incidencia en los cuestionamientos al derecho penal, este comprendido por este parámetro de actuación, en el cual se estima que la ausencia de necesidad de una protección penal, es cuándo entrará en acción la subsidiariedad. Sobre el particular, piénsese por ejemplo en las incidencias sobre el delito contra el genoma humano, o incluso las prohibiciones a la vida humana dependiente, donde las sanciones son casi nulas, e incluso no tiene mayor incidencia.

d) LA CONDUCTA ES SOCIALMENTE ACEPTADA

---

[30] Un caso particular y que tuvo trascendencia social, es la sentencia de terminación anticipada en el proceso seguido en contra de Silvana Buscaglia en el marco del delito de Desobediencia a la Autoridad.

Un concepto que hasta entonces tenía significancia en la teoría del delito, eran algunas conductas de adecuación social, como las pequeñas dadivas en el marco de alguna festividad navideña a funcionarios, o incluso, la emulación de material bibliográfico que eventualmente configurarían un delito contra derechos de autor. Aquellos ilícitos son consignaciones que aun cuando encuentren tipicidad penal, están aceptadas socialmente, sin trascendencia para el reproche penal.

B. PRINCIPIO DE FRAGMENTARIEDAD

El principio de fragmentariedad implica una obligación por parte del Estado, de segmentar el ordenamiento jurídico, brindando respuestas acorde a la trascendencia de la conducta, claro está en el entendido que es necesario conservar el orden en la sociedad y determinar una materialidad en la proyección de justicia.

Preciso es indicar que el destacado profesor Felipe Villavicencio Terreros detalla que «el carácter fragmentario del Derecho Penal, consiste en que no se le puede utilizar para prohibir todas las conductas. El derecho punitivo no castiga todas las conductas lesivas de bienes jurídicos sino las que revisten mayor entidad. Este principio es una directriz político criminal, ya que determina en el legislador hasta qué punto puede transformar determinados hechos punibles en infracciones o no hacerlo, por lo tanto muy útil para la criminalidad primaria».[31] La concepción detallada engloba no sólo aspectos de derecho penal material, sino además, la perspectiva política criminal que determinaría el Estado a efecto de brindar respuesta a la criminalidad.

[31] Villavicencio Terreros, Felipe, *Ibídem*, p. 94

La lesividad en cambio, pareciere ser el principal eje de opinión del profesor García Cavero cuando estima que el principio de fragmentariedad «en la actualidad se presenta como una exigencia de limitación de la punibilidad de las acciones. Según el principio de fragmentariedad, no toda conducta lesiva de bienes jurídicos merecedores de protección penal debe ser sancionada penalmente […]. Así por ejemplo, si bien la confianza en el respeto al patrimonio de otro es un bien jurídico elemental, el simple incumplimiento de pago de una deuda no puede ser reprimida penalmente. En el caso del patrimonio, sólo las conductas más intolerables, como la sustracción subrepticia, el apoderamiento violento o abuso de confianza o la disposición provocada por un engaño, se sanción penalmente, pues únicamente en estos casos el nivel de perturbación social amerita la intervención del Derecho penal para devolverle la confianza a la expectativa defraudada»[32].

El profesor Villavicencio Terrenos, en una obra de singular cohesión doctrinaria, detalla los presupuestos que debe evaluarse en los que debe fundamentarse el principio de Fragmentariedad, aquellos serán detallados a continuación: «a) Primero, defendiendo al bien jurídico sólo contra aquellos ataques que impliquen una especial gravedad, exigiendo además, determinadas circunstancias y elementos subjetivos; tipificando sólo una parte de lo que en las demás ramas del ordenamiento jurídicos se estima como antijurídico; c) dejando en principio, sin castigo acciones meramente inmorales.

A su turno, una opinión diferente la encontramos en el ideario del profesor Polaino Navarrete, quien refiere que «la estimación de lo que a la sociedad

[32] García Cavero, Percy, *Ibídem*, p. 138

conviene sancionar penalmente no puede ser efectuada sino por la vía de la comprobación de los bienes y valores susceptibles y requeridos de la tutela penal»[33]Es de entender conforme a la frase de —sobremanera — significativa que la tesis del autor encontrará su asidero en la realidad social, y en la vigencia del sistema, un filtro selectivo de conductas que promoverá un catálogo de protección penal, en el entendido que sólo aquellos bienes jurídicos que menoscaben el núcleo social —traducidos en bienes jurídicos— posibilitarían la protección penal.

C. PRINCIPIO DE ÚLTIMA RATIO

La mínima intervención implica evaluar no sólo un aspecto de lesividad, sino además, la idoneidad de la medida que se pretende incluir en el catálogo penal, estimar que la mayor parte de conflictos encuentre solución en la esfera penal, llevaría a nuestra sociedad a un estado policía. Sobre el particular «el discurso de la *última ratio* es continuo, siempre en marcha y constante debate. También cuando se piensa en ella, que una y otra vez recurre a su mismo arsenal, exponiendo sus garantías, principios y reglas, deja la sensación que su función es un discurso simbólico, esto es, se le menciona pero no se extrae de él grandes consecuencias. Las nuevas formas de criminalidad, totalmente dosificadas para optimizar las lesiones y daños, parecen que no pueden ser detenidas por el discurso de la última ratio»[34].

A decir de Urquizo Olaechea «La última ratio cumple una función interna como límite del Derecho Penal, al igual que el principio de carácter fragmentario, lo que significa que aquel no ha de sancionar todas aquellas conductas lesivas de los bienes que protege, sino solo las que resulten más peligrosas para ellos. Sin

---

[33] Polaino Navarrete, Miguel, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Editorial Bosh, Barcelona, 1984, p. 98.

[34] Urquizo Olaechea, José, «Límites al Derecho Penal», en *Dogmática del Derecho Penal. Material y Procesal y Político Criminal Contemporáneos*, Tomo I, Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, 2014, p. 133.

embargo, la dosificación penal <inversa> como expresión de aplicación mínima de la violencia estatal o del abandono de la pena debe entenderse dentro de una política criminal amplia y general, no como islas que generan preeminencias que el Estado de derecho no admite».[35]

El profesor Urquizo Olaechea, estima que el «carácter fragamentario del Derecho Penal evidencia que debido a la gravedad del control penal, no es posible que sea utilizado frente a toda situación lesiva del bien jurídico, sino que se debe tener en cuenta hechos muy determinados y específicos. Tal carácter tiene como finalidad evitar la paralización de la vida social, situación que se se generaría si es que se quisiera otorgar una amplia acción a la actividad punitiva del Estado. Este concepto del carácter fragmentario no se ve reflejado en la doctrina mayoritaria; sin embargo, para la doctrina minoritaria significa que el Derecho Penal solo puede castigar los ilícitos más graves que ponen en peligro el orden creando una situación de riesgo para la convivencia humana, asignando, por ello, mecanismos sancionatorios no penales como el Derecho Civil y el Derecho Administrativo para hacer frente a ilícitos leves»[36].

Sin embargo, el destacado jurista Martos Núñez, Juan Antonio, estima que «el principio de intervención mínima significa que el derecho penal sólo tutela aquellos derechos, libertades y deberes imprescindibles para la conservación del ordenamiento jurídico, frente a los ataques más intolerables que se realizan contra el mismo»[37], asevera el autor en referencia, que existe una estrecha vinculación entre el derecho administrativo y el derecho penal, entre éste y aquel bien podrían encontrarse singulares similitudes que hacen ver la vinculación, no sólo en los principios, prerrogativas al interior del proceso, y por añadidura, procedimiento.

---

[35] Urquizo Olaechea, José, *Ibídem*, p. 139.

[36] Urquizo Olaechea, José, *Ibídem*, p. 133

[37] Matos Núñez, Juan Antonio, *Ibídem*, p. 2.

IX. PRESUPUESTOS DEL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN (COERCIÓN PENAL)

En buena cuenta, cuando se habla del principio de mínima intervención «se pretende hacer referencia al principio según el cual el derecho penal (criminal) solamente ha de intervenir cuando otros medios del control social que supongan una intervención menos intensa no son de aplicación, como por ejemplo las medidas de autoprotección de la víctima potencial o medidas de policía de orden así como medidas estatales de asistencia social».[38]

El autor en referencia detalla con precisión que el Derecho Penal, debe tener como baluarte, quizá el principio fundamental de toda la coerción estatal, como es en efecto, el principio de subsidiaridad, e inserta además una nómina de parámetros —que ante su eventual fracaso—deberían entrar en el escena la coerción penal.

Las alternativas potenciales, anteriores a la coerción penal, son parámetros de cada Estado a efecto brindar prevención a suceso cotidianamente transformados en delito, los parámetros en referencia son los detallados líneas adelante: ***a)*** las medidas de prevención técnica; ***b)*** medidas de autoprotección; ***c)*** sistemas estatales de regulación.

Las medidas de prevención técnica, «esto es, el empleo de medios con los que se puede impedir desde un principio o se puede dificultar la comisión de delitos de manera que, si bien no hay que esperar una reducción a cero, sí una

[38] Wolhlers Wolfgang, *Derecho penal como última ratio ¿Principio fundamental del derecho penal de un estado de derecho o principio sin contenido expresivo propio?*, Ad Hoc, España, 2014, p. 100.

disminución significativa de la cifra de casos»[39]. Existe un sector de la doctrina que identifica a este criterio a través de la política estatal para la reducción del índice de criminalidad, entre aquellos la instauración de programas sociales o incluso, políticas de colaboración procesal.

Medidas de autoprotección, aquellas hacen referencia a los actos diligentes que debe asumir todo sujeto de derecho al momento de ejercer algún derecho en el sistema contractual. Con mayor precisión se evidencia en las estafas piramidales o transacciones donde el potencial agraviado, asumiendo las condiciones de diligencia hubiese posibilitado ausencia de error, y consecuentemente, consecución de un delito. Alguna evidencia de aquel sistema la podemos verificar en los sistemas de alarmas inteligentes en inmuebles.

Sistemas estatales de regulación, «a cuyo efecto, entran en consideración por una parte sistemas de normas orientado preventivamente y, por otra, sistemas de normas orientados represivamente». Como por ejemplo los sistemas de *criminal compliance* al interior de la actividad empresarial a efecto de evitar la incidencia del blanqueo de capitales. En relación a la actividad estatal, puede evidenciarse en la consignación de procedimientos de selección para la contratación con el Estado, o incluso políticas de control y rotación de personal administrativo.

Preciso es indicar que aquellas medidas, se encuentran direccionados a evitar la incidencia delictiva, o en su defecto, dificultar la comisión de ilícitos, siempre en una proyección anterior a la coerción penal, el profesor Wolhlers Wolfgang, hace referencia a un ejemplo de sobremanera grafico «la introducción de

[39] Wolhlers Wolfgang, *Ibídem*, p. 111.

cristales a prueba de balas en las filiales de los bancos. Vista a largo plazos esta medida no ha evitado los atracos a los bancos, sino que solamente ha tenido la consecuencia de que el clásico atraco al banco se ha convertido en una toma de rehenes»[40]

Es de entender que gran parte de las medidas alternas anteriores a la coerción penal, son más que disuasivas impeditivas, puesto que buscan dificultar el delito, antes que su supresión, y en efecto, para la eliminación en referencia se necesitaría mayor reparo concerniente a otras ramas del derecho. El principio de mínima intervención se encuentra constituido por una suerte de supra principio, y en el convergen el principio de subsidiariedad y el de última ratio, parámetros de acción que son mecanismo a través del cual se limita el poder punitivo del Estado.

Conforme el autor en referencia, existen dos problemas normativos en cuanto a la aplicación del principio de mínima intervención, aquello puede evidenciarse a través del filtro de ***a)*** las medidas de autoprotección y ***b)*** sistemas estatales de control. A criterio del autor, se evidencian algunas situaciones problemáticas que detallarían que la vigencia del principio, es tan obvia como trivial.

A. SISTEMAS DE CONTROL ESTATAL

Una de las medidas con mayor frecuencia detalladas como mecanismo alterno al Derecho penal, es la posibilidad que determinados sucesos puedan llevarse al campo del derecho administrativo sancionador. Una postura crítica

[40] Wolhlers Wolfgang, *Ibídem*, p. 111.

asumida por el profesor Wolhlers Wolfgang, estima que ante los beneficios que brinda la aplicación de este proceso se ven mermados en su contenido bajo la premisa que sería beneficioso para el sujeto procesal, inmiscuirlo en el ámbito administrativos, los argumentos que esboza son en esencia la ausencia de garantías en el decurso del proceso, restricción de derechos, y el órgano decisorio. Y aunque gran parte de los cuestionamientos a la mínima intervención son de orden procedimental, preciso es indicar que aquella controversia, surge en el entendido de materializar conceptos para su correcta aplicación, entre aquellos podemos encontrar los siguientes:

Ausencia de garantías en el decurso del proceso, una combinación de factores es la que se encuentra presente en dicho criterio, el primero, respecto a la vigencia del principio de legalidad, en el marco del proceso penal, la infracción normativa, así como la sanción a imponerse, se encuentran consignadas previamente. A su turno, y como segundo punto, un factor de incidencia también son las garantías procedimentales que enmarcan el decurso del proceso, aunque se hiciere algunas contenidas por analogía, sin duda alguna, el escenario como en el marco de un proceso penal, pocas veces verá afectados derechos.

Restricción de derechos, la presencia de medias provisionales es un aspecto que compete exclusivamente a las incidencias del proceso penal, y en buena cuenta, más allá del intento del cese de actividades, enmarca una posibilidad de aseguramiento de condena, sin embargo, en el procedimiento administrativo, existen prerrogativas interinas que bien podrían salvaguardar el esquema de función que detalla cualquier institución.

Órgano decisorio, una particularidad superada en el proceso penal, es la instauración del sistema acusatorio, en el cual, las funciones que asignadas

cada sujeto procesal posibilitarán una estrategia para cada una de las partes, y aquello acontece también en relación al órgano decisorio, a su turno, en el procedimiento administrativo, el órganos instructor, aun cuando su denominación sea diferente, está íntimamente relacionado con el poder decisorio, generando algunas ambivalencias en el marco del procedimiento.

B. CRÍTICA A LA VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN

Existe una sector de la doctrina, que cuestiona no sólo la eficacia sino además la ausencia de materialidad del principio de mínima intervención, y es que de un tiempo a esta parte, existe una tendencia del legislador de variar esquemas de aplicación, relegando al principio bajo comentario, y consignándolo sólo en una esfera teórica; incluso existe quien afirma que el «legislador parece contemplar al Derecho penal menos como última ratio que como una primera ratio, mediante la que se han de dirigir los desarrollos sociales».[41] Todas aquellas opiniones han determinado que se cuestione seriamente los parámetros e instauración real del principio de mínima intervención en el derecho penal actual.

C. MECANISMOS DE CONTROL SOCIAL

La teoría del control social fue expresada por Zaffaroni y estimaba que el «el hombre siempre aparece en sociedad, intercambiando estrechísimamente con otros hombres. Se agrupan dentro de la sociedad, en grupos permanentes, alternativa o eventualmente coincidentes o antagónicos sus intereses o

[41] Wolhlers Wolfgang, *Ibídem*, p. 112 a 113.

expectativas. Los conflictos entre grupos se resuelven en forma que, si bien siempre es dinámica, logra una cierta estabilización que va configurando la estructura de poder de una sociedad que en parte es institucionalizada y en parte difusa».

Existen diversas conductas a las que nuestro ordenamiento jurídico les ha brindado una respuesta «institucionalizada», es decir, que ante algún suceso con contenido normativo, el sistema, y en específico el judicial, tiene un mecanismo de respuesta, que brinda a sus partícipes cierto grado de certeza de intromisión pública. Actualmente, resta observar la política criminal instaurada por el Estado, y claramente se evidenciará que gran parte conflictos sociales han merecido un reproche en el más elevado nivel de institucionalidad, el poder punitivo, lo cierto es que lo que cotidianamente conocemos como Derecho penal, no es más que una expresión del control social

Al respecto el profesor Zaffaroni estima que «ello obedece a que en cualquier situación conflictiva, la solución punitiva del conflicto es solo una de las posibles soluciones. Un autor contemporáneo ejemplifica con el caso de cinco estudiantes que conviven y uno de ellos, en cierto momento, golpea y rompe el televisor. Cada uno de los restantes analizará el suceso a su manera y adoptará una actitud diferente. Uno furioso, declarará que no quiere vivir más con el primero: otro afirmará que seguramente se halla enfermo, y el último observará que para que tenga lugar un hecho de esa naturaleza algo deber marchar mal en la comunidad, lo que exige es un examen común de conciencia. Estas diferentes

reacciones señalan cuatro estilos diversos para resolver un conflicto, el punitivo, el reparatorio, el terapéutico y el conciliatorio»[42].

Sin embargo, a lo dicho hasta aquí preciso es resaltar que «la sociedad presenta una estructura de poder, con grupos que domina y grupos que son dominados, con sectores más cercanos al poder o más lejanos a los centros de decisión. Conforme a esta estructura se <controla> socialmente la conducta de los hombres, control que no solo se ejerce sobre los grupos más alejados al centro de poder, sino también sobre los grupos más cercano al mismo, a los que se les impone controlar su propia conducta para no debilitarse»[43]

El profesor Peña Cabrera estima que el control social surgió como una necesidad a fin de preservar un mínimo de orden en las relaciones entre los individuos y preservar la vida en sociedad, incluso estima que la protección de bienes jurídicos, como la propiedad, vida e integridad, eran ya valores destinados a preservarse a través del mecanismo estatal. Para el efecto alega que «en toda sociedad existe una estructura o un sistema que permite la coexistencia entre quienes lo integran, esta forma de convivencia se denomina orden social y esta constituido por reglas, principios y maneras de actuar, transmitidos por la tradición, y que es fruto de los particulares requerimientos de los miembros de la

[42] Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal*, Tomo I, Ediciones Jurídicas, Lima, 1986, p. 43.

[43] Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Ibídem*, p. 44

sociedad, de sus costumbres y de su religión, cultura, aspiraciones y demás circunstancias».[44]

Asevera además el autor en referencia que el control social es un «mecanismo por el cual los miembros de una determinada sociedad ordenan su vida en común, a través de ciertos patrones o valores comunes, disponiéndose sanciones a los transgresores, indispensable para estabilizar una vida de acuerdo a los intereses comunitarios».[45]

D. FORMAS DE CONTROL SOCIAL

En el entendido que existen diversas formas de control social, se hacen necesario diferenciar aquellos mecanismos formales e informales que procuran una prevención de la criminalidad.

1. MEDIOS DE CONTROL SOCIAL INFORMALES

Compuesto por instituciones en gran medida de labor social y que se identifican con el proceso de socialización primaria que realizamos al encontrarnos en sociedad, como lo sostiene Peña Cabrera «son los ámbitos de aprendizaje primerio del individuo, que constituyen de forma decidida, en la formación conductiva del hombre en relación con los demás»[46]. Aquellos medios de control a los que hace referencia el autor son en principio, la familia, la

---

[44] Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Idemsa, Lima, 2017, p. 53.

[45] Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl, *Ibídem*, p. 54.

[46] Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl, *Ibídem*, p. 55.

educación, el trabajo, la religión, y demás organizaciones sociales donde el ser humano desarrolla su esfera básica.

Un ámbito particular —y que no es tema central aquí—, es la incidencia del medio de control social que actualmente es el mayor represión y poder contiene, como es en efecto, los medios de comunicación, que en ocasiones determina el norte de la política criminal, y que la respuesta que se brinda por parte del Derecho penal es en esencia tergiversadora del principio aquí comentado.

2. MEDIOS DE CONTROL FORMALES

Esta categoría del control social, también denominada control social <institucionalizado> es el encaminado por nuestra normatividad y el que mayor atención y vinculación tiene con el principio de mínima intervención, puesto que a través de este mecanismo el Estado ejerce un poder imponiendo un estándar de conducta a los ciudadanos, y en específico el parámetro aquí es la base normativa que ha determinado el Estado.

Muñoz Conde, en relación a este parámetro determina que «la realidad social demuestra que el control social que ejerce el Derecho Penal, resulta indispensable para la propia subsistencia de la humanidad, para la preservación de un clima de coexistencia pacífico entre los ciudadanos. Renunciar al Derecho penal, significaría, a la postre, renunciar a la tutela de los valores fundamentales, importaría en otras palabras; dejar en las manos de los ciudadanos el empleo de la violencia punitiva, conduciendo a los hombres al caos y a la anarquía».[47]

---

[47] |Muñoz Conde, Francisco, Derecho Penal. Parte General. Tiran lo Blanch, Valencia, 2015, p. 35.

El medio de control formal por excelencia es, sin duda alguna, el Derecho penal, y adquiere dicha significancia debido a que encuentra en la violencia (catálogo de delitos) una forma de reprimir la «violencia» (homicidios, lesiones robos, defraudaciones, etc.), en buena cuenta, una expresión del derecho penal a través del medio de control social, es precisamente la protección de determinados bienes jurídicos a través de la violencia significativa[48].

X. A MODO DE CONCLUSIÓN

a. DERECHO PENAL ACTUAL Y MÍNIMA INTERVENCIÓN

No pocas son las discusiones y debates que ha generado la configuración actual del Derecho penal, y más aún, la vigencia de los principios que rigen entorno a aquel, y es que de un tiempo a esta parte, la denominada «expansión» del Derecho penal, ha estimado resolver gran parte de los conflictos sociales a través del poder punitivo, olvidando quizá los principios a través de los cuales emergió dicha disciplina, y que en aquel entonces, limitaban su accionar.

En principio, debe quedar claro que la concepción hasta antes de los últimos decenios era singularmente diferente, o al menos poco partidaria de los conceptos que hasta hoy se expresan para justificar un irracional propensión a la pena y respeto de la dignidad humana, para el efecto el profesor Pariona Arana, estima efectuar una distinción muy conceptual entre dos categorías perspectivas del Derecho penal. «El concepto de derecho penal <clásico> se asocia al modelo de ordenamiento jurídico desarrollado en el curso de los siglos VIII y XIX que se apoyó en la filosofía de la ilustración y del idealismo alemán. Por el contrario, el Der. Penal <moderno> habría roto con las tradiciones del derecho penal clásico, orientado a la garantía de la libertad del ciudadano. El nuevo derecho penal se desarrollaría como un medio de manejo social y como un instrumento de pedagogía social. Se habría producido un cambio de

[48] Sobre el concepto de violencia dinámico y neutro cfr. Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal. Parte General*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2015, p. 32

orientación: del paradigma de la justicia penal hacia el paradigma de la prevención»[49]

La expansión del Derecho Penal, El profesor Pariona Arana, Raúl, estima que «la configuración del Derecho penal contemporáneo en las sociedad occidentales se caracteriza por una ampliación del ámbito de intervención penal. Esta política criminal lejos de encontrar aceptación en la comunidad jurídica ha sido objeto de críticas»[50]. Como bien detalla el autor en referencia, el denominado derecho penal moderno, encuentra serias críticas, esencialmente puesto que olvida el principio rector en cuestión punitiva, como es en efecto, el principio de mínima intervención.

El profesor Pariona Arana, estima que la expansión del derecho penal, se evidencia a través de los siguientes incidentes ***a)*** flexibilización de criterios de imputación penal, ***b)*** debilitamiento de garantías procesales, ***c)*** prioridad a intereses colectivos, ***d)*** estructuras típicas de delitos de peligro abstracto.

A criterio del autor en referencia, el Derecho penal, encontrará realización en la intervención ordinaria que se efectuará para la protección de bienes jurídicos, y los nuevos riesgos que una sociedad como la nuestra implica.

La justificación a la expansión del derecho penal se encuentra en los cambios y transformaciones que sufre nuestra sociedad, y es en aquel entender que surgen nuevos bienes jurídicos en ocasiones ya de manera colectiva como los denominados comprendidos en el derecho penal económico, delitos de peligro abstractos, delitos contra el libre mercado, y protección a bines jurídicos colectivos, lo que en buena cuenta desbordará en una intromisión del poder punitivo en cada esfera del ser humano, siendo la vida en sociedad.

Aquella concepción reflejada en la expansión es seriamente criticada por algún sector de la doctrina, que con ciertos argumentos han determinado que todo aquello incide directamente en los principios rectores del Derecho penal. El

---

[49] Pariona Arana, Raúl, *Ibídem*, p. 175.

[50] Pariona Arana, Raúl, «Derecho penal Moderno. Sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales», en *¿Tiene futuro el Derecho Penal?*, Ad Hoc, Buenas Aires, 2012, p. 175.

profesor Julio Maier estima que «la pena estatal, ha pasado de ser propuesta de última ratio de la política social, a ser, directamente, una prima donna de ella»[51]

a) flexibilización de criterios de imputación penal, ***b)*** debilitamiento de garantías procesales, ***c)*** prioridad a intereses colectivos, ***d)*** estructuras típicas de delitos de peligro abstracto.

Sin embargo, hay incluso quienes estiman que el principio tantas veces aludido, no encuentra un escenario de realización fáctica, sobre aquello reflexiva es la postura de Rojas Vargas cuando afirma que «en el terreno de la práctica asistimos a incesantes procesos de criminalización y, en determinados de sobre punición a nivel de la delincuencia común y criminalidad no violenta que contradicen el sentido y la eficacia de los principios anteriormente referidos»[52]

b. PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA

Puesto que el mayor referente de nuestra jurisprudencia lo encontramos en el marco de las decisiones de la Corte Suprema, es de considerable valía el estudio del tratamiento que se ha brindado al principio de mínima intervención, tarea de gran valía y dificultad, no sólo porque el principio de mínima intervención no encuentra un categoría al interior de nuestra normatividad, sino además porque a pesar de ser uno de los cimientos del derecho Penal, en ocasiones, el contenido esencial se tergiversa, veamos sin más algunos de los desarrollo dogmático realizo por el máximo órgano:

R.N. NÚM. 3004-2014 CAJAMARCA

«Que en esta línea argumentativa se tiene que el derecho penal está enmarcado en el principio de mínima intervención, lo que supone que el ejercicio del poder de punición tiene que ser el último recurso disuasivo que puede utilizar el estado para controlas desmanes, transgresores de la vida en comunidad. Este principio es admitido unánimemente por la doctrina penal según el cual <el

---

[51] Maier B.J., Julio, «Estado Democrático, derecho penal y procedimiento penal» en *¿Tiene futuro el Derecho Penal?*, Ad Hoc, Buenas Aires, 2012, p. 105.

[52] Rojas Vargas, Fidel, *Estudios Fundamentales de la Parte General y Especial*, Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, 2013, p. 21.

derecho penal ha de reducir su intervención a aquella que sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general>».[53]

R.N. NÚM. 615-2015 LIMA

«En aplicación de este principio el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando las demás alternativas de control han fallado, es decir, que carece de sentido la intervención del derecho penal cuando existe la posibilidad de utilizar medios o instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico, como las sanciones propias del Derecho Administrativo o del Derecho civil, que permiten la solución del conflicto lo más satisfactoriamente posible tanto para el imputado como para la sociedad».

«Por lo demás, debido a los montos cuestionados como objeto de apropiación no se condice con los principios de subsidiariedad y ultima ratio que informa el derecho penal, pues deben priorizarse otras vías distintas a la penal para la solución del conflicto de relevancia jurídica, donde solo determinados bienes jurídicos, importantes, necesarios, e indispensables para la viabilidad de las interrelaciones y la cohesión del sistema social y político ingresan al ámbito penal, los que a su vez configuran un alto grado de insoportabilidad social. Por consiguiente, dado que los montos objeto de apropiación son ínfimos y no significativos para concluir que todo el aparato estatal se encuentre gravemente lesionado, En consecuencia el comportamiento del imputado no constituye apropiación».

La jurisprudencia en referencia, claramente, además de evidenciar el principio de mínima intervención, asigna una naturaleza jurídica al principio de mínima intervención, y aquella es la categoría de un elemento negativo del delito, y que en la teoría del delito, sería una causa de ausencia de tipicidad, donde la <apropiación> de montos irrisorios o ínfimos no configuran el verbo recto del dispositivo penal.

[53] Considerando CUARTO del R.N. núm. 3004-2014 Cajamarca

«A mayor abundamiento, este supremo tribunal no puede soslayar el hecho en este caso particular y excepcional que unos de los principios fundamentales legitimadores del Derecho Penal es el principio de intervención mínima, admitido únicamente por la doctrina penal, según el cual el derecho penal ha de reducir su intervención a aquello que sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general, tanto más, si existen otros mecanismos legales, incluso de la propia administración municipal para resarcirse de una posible falta de justificación documental de bienes no apreciables económicamente, como lo son, un tampón, un engrapador, un sello, etc.»

«Esta situación no merecería una intervención penal, pues no produciría una perturbación social que dote de relevancia penal, pues no produciría una perturbación social que dote de relevancia penal a la conducta, de manera que justifique una intervención tan drástica del derecho penal mediante la pena, precisamente, por no transgredir las barreras mínimas que habilitan la actuación del derecho penal, que es la última ratio».

CAPÍTULO III

EL DELITO DE PECULADO

I. PRELIMINARES

En la nómina de delitos configurada en el Código Penal se encuentran denominados contra «contra la administración pública», enmarcados para afrontar un fenómeno presente en sociedad, coloquialmente denominado corrupción, actualmente delito de incidencia considerable en varios estratos del contexto actual. Preocupante situación, de los cuales no podía estar indiferente la normativa penal vigente, muestra de lo dicho anteriormente son las varias reformas a los textos de este tipo de delitos.

En la construcción de figuras jurídicas, que pretendan establecer el correcto funcionamiento de la Administración pública, encontramos algunas falencias, e intentos inoportunos y, hasta en ocasiones, acciones desmedidas para casos mínimos, generando situaciones poco razonables, contraviniendo el fin que plantea la norma.

En el decurso del actual apartado, abordaremos un delito que acomete contra el patrimonio estatal, vulnerando la actividad del Estado, y por añadidura, restando la reducida confianza contra el sistema de gestión estatal, máxime si aquel ilícito, tiene como partícipe a los integrantes de la entidad administrativa.

II. POLÍTICA CRIMINAL ANTICORRUPCIÓN

Actualmente existen un sinnúmero de conductas que evidenciarían algún reproche por parte de nuestro sistema jurídico, sin embargo, nuestra atención hoy se centrará en aquellas actuaciones al interior de la labor estatal, y en específico, en la actuación de funcionarios al interior de la administración pública. Es en ese contexto donde es prioritario tutelar jurídicamente intereses del Estado, teniendo en cuenta que ésta necesidad de tutela debe estar aparejada con el principio de legalidad y proporcionalidad.

Es que a nivel de la política criminal se ha formado respuesta a conductas, criminalizando estas conductas perjudiciales, como la puesta en escena de la realidad jurídica al delito de peculado, tal como lo notamos en el artículo 387 del Código Penal, direccionando a los fines preventivos generales de la pena.

Es de entender hasta aquí, que cada sociedad ha proyectado un parámetro normativo a efecto de determinar conductas lesivas a la administración pública, y es que en ocasiones, no sólo el funcionario a cargo efectúa actividad perjudicial a los fines del Estado, sino además existe la participación de un tercero que se beneficia con la comisión del delito, pero con la respectiva aquiescencia del personal estatal, quien tiene la función de garante sobre aquellos intereses que le asigna el estado.

En lo que respecta al delito de peculado, nos encontramos ante la vulneración a los deberes de la actividad funcional y el atentado contra caudales y efectos estatales, pero asignando como agente de este delito a un funcionario para luego condenarlo, de probar su responsabilidad al interior del proceso penal. Preciso es indicar que en lo que atañe a este delito, más allá de su estructura normativa, se podrá evidenciar que implica la sanción de toda conducta de apropiación —aun cuando fuere ínfima— y determinará una respectiva sanción penal, olvidando algunos mecanismos auxiliares para su correcta resolución.

III. AUTONOMÍA NORMATIVA DEL PECULADO

El delito de peculado como norma jurídica en el contexto o realidad jurídica peruana ofrece múltiples características particulares que a diferencia del derecho comparado, generando en autores nacionales discrepancias y puntos de concertación. También es de apreciar que este delito dista bastante desde su creación en el Código Penal de 1991 a la actualidad, esta figura denota una evolución o un desarrollo desde su creación, adaptándose a las múltiples realidades circunscritas a un tiempo.

También hemos observar que este delito a la actualidad no tiene plena aceptación en la doctrina mayoritaria, lo manifestado se corrobora con los proyectos de ley que buscan modificar en parte la estructura de la norma. Queda claro que la figura tratada desde su inserción en el panorama nacional, ha mostrado estar lejos de la aceptación mayoritaria, y se nota al revisar a los autores comentar o desarrollar el peculado, encontrando un desenvolvimiento sobre un terreno poco fijo en el que incluso no encontramos una posición sólida respecto al bien jurídico que resguarda dicha norma de peculado.

IV. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La terminología de peculado deriva de *peculatus*, que se traduce como «desfalco», o comúnmente conocido como «defraudación de fondos públicos». Ramiro Salinas Siccha manifiesta al respecto sobre la referencia de la terminología hacia el “ganado”, en la razón que además de la tierra, el ganado era fuente de riqueza en ese contexto determinado, en tanto que el “ganado” se utilizaba como intercambio comercial, definiendo incluso el estatus socioeconómico de los ciudadanos, como una forma de riqueza para esa época[54].

La figura de peculado según su terminología apunta sobre un patrimonio de importante relevancia, que para la época de la creación del término, en la que el patrimonio se traducía en un bien de riqueza considerable, estimando que para entonces los animales domésticos eran fuente primordial para la economía de las poblaciones, dado que otorgaban varios beneficios primordiales a sus dueños.

La importancia de mantener una seguridad en los titulares de esos bienes, conllevó a variadas acciones de proteger dichos bienes de posibles actos que atentaban contra tal fuente de riqueza, entre esas acciones se recurre al derecho penal para salvaguardar intereses que implicaba el desarrollo de las ciudades, pues al estar desprovistos de los beneficios que otorgaban el ganado, implicaba la falta de alimentación y otros beneficios que otorgan singulares bienes.

---

[54] Se desarrolla en SALINAS SICCHA R. Delitos contra la administración pública Lima: Editorial Iustitia S.A.C.; 2016, p.362

El peculado surge entonces para tutelar bienes que tienen relevancia para la comunidad, singular protección obedecía a la necesidad de desarrollo de una población, generando riqueza y cubriendo necesidades, respuesta necesaria que encontraron para las acciones que debían ser corregidas, dado a que atentaba contra un interés comunitario.

Posteriormente, las necesidades de la sociedad cambiaron, así como sus modos de producción, entonces atrás quedaron las referencias a un valor patrimonial, en lo que respecta a bienes de transferencia, pues cubrimos la necesidad que urgía la existencia de particular bien, ya sea abaratando su producción o mantenimiento, ya sea con una sobrepoblación en el ganado satisfaciendo las necesidades de los demás ciudadanos, ya sea porque surgieron otras necesidades con mayor interés.

Entonces a la sociedad urgía la protección de otros bienes que revestían un interés colectivo para su desarrollo o su estabilidad, en tanto que el peculado había sido creado para un fin que consistía en la protección de bienes muebles, pero según se ha demostrado cuando una figura jurídica ha tenido eficiencia en su rol encomendado, se emula o se recicla, al caso vemos que el bien que ahora protegerá será bienes de valor económico con interés en la colectividad, ya no específicamente a un bien determinado pues los bienes históricamente sufren de distintas valoraciones sean positivas o negativas.

En vista del trabajo histórico y normativo de este delito de Peculado, además de la permanencia en el tiempo en distintas legislaciones del Derecho Comparado, es que a la actualidad lo tengamos vigente en el derecho nacional, en tanto que existan personas que atenten contra los bienes de tal trascendencia para la sociedad, será necesaria la presencia del delito de peculado.

V. NORMATIVIDAD AL INTERIOR DEL CÓDIGO PENAL

En el contexto jurídico nacional encontramos al delito de peculado en el artículo número 387° del CP, preciso es indicar que a la actualidad, aquel dispositivo normativo, ha sufrido diversas modificaciones en su estructura normativa. La necesidad de modificar el delito de peculado, discurre desde la consignación de agravantes, hasta la imposición de parámetros de cuantía para determinar un tipo calificado.

Tras las modificaciones al delito de peculado a través de los años se nos permite concluir, que hay una graduación hacia una mayor imposición en la cuantía de la pena como la suma de otras penas, en razón a realidades que la norma no ha podido afrontar o que el legislador no pudo prever, que a su vez han existido proyectos de ley que se vieron frustrados en el camino, es claro ver que el Peculado en la realidad peruana enfrenta serios retos que la sociedad impone.

A. CONCEPTO

El Peculado según Soler señala que «*el peculado es una retención indebida calificada, y que la calificación deriva de que el abuso es cometido por funcionario público, en contra del Estado como propietario o guardián de ciertos bienes, y con abuso de función*”[55].

Sebastián Soler enmarca al delito de peculado como la retención, es decir presupone una entrega al sujeto activo que no se cuestiona en el caso, la atención estriba al momento en el que se le requiere la devolución de lo

[55] Citado en Reategui, 2017, p.480

entregado y este niegue la posibilidad de realizarlo. Además enmarca que esa retención esté desprovisto de alguna justificación razonada, es decir que contravenga la imposición de algún deber impuesto para la entrega de dicho bien. También encuadra que esta retención indebida solo la pueda realizar una persona con ciertas características que al caso vendría a realizar el funcionario público, es decir aquel agente que presta servicios al estado. Asimismo se establece que los bienes requeridos para devolver a dicho funcionario deben ser propiedad del estado. Menciona que debe haber abuso de función es decir el funcionario está facultado por las atribuciones asignadas a su cargo pero este se extralimita perjudicando la función consignada.

También, Soler menciona que el peculado «…*para subrayar como característica esencial de este delito la existencia de un abuso de confianza: la cosa no debe haber sido transferida, sino confiada, lo cual vendría a un tiempo a diversificar el peculado del hurto, por una parte, y del crimen residuorum, por otra*”[56].

La gran diferencia con el hurto es que en el peculado no existe la toma de bienes sin el consentimiento del legítimo dueño, dado que se otorga los bienes al funcionario en razón a la labor que desempeñan, y estando en pleno ejercicio de sus funciones se apropia de esos viene conferidos y le da un uso distinto, ejerciendo un dominio sobre los mismos.

Según Alonso R. Peña Cabrera Freyre, define al peculado como «*aquel delito cuya conducta atribuida a un funcionario público –en pleno ejercicio de su actuación funcionarial- quien aprovechando indebidamente su posición de*

[56] Citado en Reategui, 2017, p.479

custodio de caudales o efectos – de propiedad del Estado- se apropia de los mismos, para luego sacarlos de la esfera de la administración y así ejercer un nuevo dominio sobre los mismos»[57].

La definición esbozada por el jurista peruano vislumbra una posición mayoritaria en la realidad jurídica peruana, al contener en su definición a la calidad especial del agente delictivo del mencionado delito, es decir de funcionario público, pero en vigente actividad o en pleno ejercicio de sus derechos consignados por la norma pertinente. También denota que debe existir una perversión en la función atribuida, así como la actividad o comportamiento este dirigida contra bienes de propiedad del estado, bienes sobre los cuales se le fueron asignados por la propia función que desempeña, practicando un dominio distinto sobre dichos bienes.

A su turno, el profesor Ramiro Salinas Siccha, ofrece un panorama distinto al definir en dos versiones del peculado, como el de peculado doloso y el peculado culposo. Según la definición de peculado doloso es *"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 están confiados en razón del cargo que desempeña al interior de la administración pública"*[58].

---

[57] Véase al respecto PEÑA CABRERA FREYRE AR. Delitos contra la administración pública Lima: Instituto Pacífico S.A.C.; 2016, p. 338 y 339.

[58] Cotéjese con SALINAS SICCHA R. Delitos contra la administración pública Lima: Editorial Iustitia S.A.C.; 2016, p.364.

Como los demás autores nacionales Siccha, no se aparta de la definición generalizada de los doctrinarios peruanos, pero la diferencia en que este autor enfatiza la diferencia que existe en nuestra normativa sobre el peculado culposo que lo define de la siguiente manera, *«es cuando el funcionario o servidor público, por culpa o negligencia, da ocasión, permite, tolera u origina que un tercero sustraiga de la administración pública, caudales o efectos que están confiadas por razón del cargo que cumple o desarrolla para el Estado»*[59].

En esta definición encontramos la peculiaridad consistente en que el autor del delito permite la concurrencia de una tercera persona para que acometa contra los bienes estatales que le fueron encomendados bajo alguna responsabilidad encargada por su función respectiva.

Encontramos además que el delito ofrece dos modalidades para concretarlo, el de apropiarse y la de utilizar, estos dos verbos implican las formas como se ejecutaran o concretaran el hecho punible. Será por apropiación cuando el sujeto activo del delito exista un apoderamiento, adueñamiento de los caudales o efectos del Estado que le asignaron por función del cargo que ejerce. Será por utilización cuando el funcionario o servidor haga un uso de los caudales o efectos estatales sin el ánimo de apoderamiento, sino se sirve del bien beneficiándose o beneficiando a un tercero.

En opinión de Ramiro Salinas Siccha sobre el delito de peculado manifiesta que debe existir un perjuicio patrimonial en el propietario de dichos bienes, que es el Estado, debiendo comprobarse tal perjuicio pues no basta con

---

[59] Cotéjese con SALINAS SICCHA R. Delitos contra la administración pública Lima: Editorial Iustitia S.A.C.; 2016, p.364.

supuestos, es necesario una pericia contable que nos permitirá saber con certeza si se configura el caso de existir o no un perjuicio patrimonial. Para el caso se manifiesta en un pronunciamiento de singular ejemplificación:

"constituye ya una línea jurisprudencial definida considerar acreditada la lesión al patrimonio público con la presentación positiva de la pericia técnica (valorativa o contable), en razón de que esta permite establecer la existencia de los bienes, apreciar de que esta permite establecer la existencia de los bienes, apreciar el destino de los mismos y demostrar diferencias entre los ingresos y egresos del dinero; que por lo tanto, de las conclusiones en ella contenidas y en la seriedad del análisis y evaluación técnica de los datos que la sustenta dependería la existencia del aspecto material del delito", (citado en Salinas, 2016, p. 370).[60]

B. PARÁMETROS NORMATIVOS DE LA CUANTÍA

En el peculado encontramos un delito pluriofensivo por un lado están los intereses patrimoniales de la administración pública, y por el otro lado tutelar los deberes funcionales. Es de notar que el peculado al proteger los intereses patrimoniales se enfrenta a caudales, bienes u otros valores que tienen la capacidad de ser cuantificables. Entonces a mayor valor del bien o caudal implicaría necesariamente un mayor reproche por parte de la normativa penal, pero está lógica tiene severas críticas, dado que nos enfrentamos a un delito que protege a la vez dos intereses, razón por la que autores de renombre han criticado el cuantificar el valor de los bienes, caudales o efectos.

[60] la ejecutoria suprema del 23 de setiembre de 2008

La problemática detallada con antelación es de bastante importancia en el marco de aplicación práctica, puesto que a la actualidad, existen pronunciamientos discordantes en el contexto de este delito, y en específico, el tema de la cuantía es quizá el punto de mayor problemática, puesto que existen apropiaciones ínfimas que bien podrían posibilitar una respuesta diferente, a la que brinda el poder punitivo.

PROYECTO DE LEY núm. 4187/2010-PJ

Al respecto, a nivel nacional encontramos intentos de lograr está cuantificación a través de dos proyectos,

El primero, es el Proyecto de Ley N° 4187/2010-PJ[61], el que manifiesta en su exposición de motivos «*el sistema penal no puede asumir cualquier conducta de apropiación de un bien por parte del funcionario, desplegando todos sus recursos, con abstracción del valor de lo apropiado. Por ello, se plantea que al igual que en los delitos contra el patrimonio se establezca un límite cuantitativo para configurar el peculado un delito; un criterio puede ser el de la remuneración mínima vital. Ello no significa que la conducta del funcionario que se apropie de un bien por debajo del límite quede sin consecuencia alguna. Para ello, sirve el derecho administrativo disciplinario, cuya sanción mayor es la destitución del funcionario o servidor, sin desmedro de que devuelva el bien el valor de lo apropiado…*».

Tal exposición de motivos referente al peculado pone de relieve si es acaso necesario utilizar al Derecho Penal en un caso por el que el funcionario se

[61] Recuperado el 9 de agosto de 2018 en:

https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20110907_02.pdf

apropia de unas hojas bond, esgrimir a la maquinaria estatal para un acto por el que el valor del bien ni supere el diez por ciento de una remuneración mínima vital, que la óptica del delito de peculado en su regulación vigente está plenamente facultado para poder andar dicha maquinaria punitiva para tal supuesto mínimo.

Asemeja además, a los delitos patrimoniales, en los cuales se establece parámetros cuantitativos para la configuración de un tipo de delito, en razón a la proporcionalidad del empleo del poder punitivo a un caso específico, mencionado proyecto menciona como punto de referencia a la remuneración mínima vital, no menciona porque lo toma como valor referencial, pero queda claro que condicionaríamos la puesta en marcha del delito peculado para todos aquellos caudales o efectos estatales que superen el valor de dos remuneraciones mínimas vitales.

Ahora en dicha exposición de motivos no deja vacío los casos en que se apropia o utiliza caudales o efectos estatales menores a dos remuneraciones mínimas, en estos casos refiere que bien podría usarse otra regulación normativa, sugiriendo el empleo del derecho administrativo disciplinario como medio más adecuado al caso que no se superara dicho valor referencial.

Este punto de vista tiene presente que el empleo de la maquinaria estatal del derecho penal, con los procedimientos propios y como último medio de solución, debe ser usado para casos que no pueden ser desarrollados en otros ámbitos, entonces aparece la razón que el monto en el peculado resulta necesario para un mejor y adecuado tratamiento en una vía idónea, no manifiesta dicho proyecto el óbice de porque transformar aquel ilícito en falta, conservando

el peculado aún en el derecho penal, lo cierto es que el derecho administrativo disciplinario si tiene las herramientas necesarias para afrontar este reto.

El dictamen del congreso[62] sobre dicho proyecto de ley, manifiesta que la Sala plena de la Corte Suprema, quién propone dicho proyecto, está restringiendo la tipicidad con la cláusula del monto pecuniario, cuestiona el hecho en que las apropiaciones o utilizaciones de caudales o efectos que no llegan a las dos unidades impositivas tributarias[63], se estaría alentando hacia las apropiaciones «pequeñas». Deja en claro que en el delito de hurto despliega sus efectos cuando se sustraen bienes del que su valor sea superior a una remuneración mínima vital, cuestionando además de dejar a un lado la infracción del deber en el funcionario o servidor público.

Este dictamen del congreso observa que la decisión de colocar un criterio económico como parámetro, ha servido a otras legislaciones penales para agravar la conducta más no así para descriminalizar la conducta o llevarla a un ámbito disciplinario. Lo que considera adecuado es que se debe agravar la pena si el valor de lo afectado se excede las diez unidades impositivas tributarias.

---

[62] recuperado el 9 de agosto de 2018 en:

http://www2.congreso.gob.pe/sicr/apoycomisiones/Dictamen20062011.nsf/DictamenesFuturo/532946EA28DC401A0525787200701251/$FILE/04187DCMAY130411.pdf.

[63] En el dictamen del congreso hace referencia a la unidad impositiva tributaria, pero en el proyecto menciona remuneración mínima vital. Cuestión importante al momento de revisar dicho documento.

PROYECTO DE LEY núm. 4898/2010-PJ

Este proyecto de ley considera necesario fijar un monto como supuesto de grave perjuicio, proponiendo las cien unidades impositivas tributarias y sugieren como supuesto de un mínimo perjuicio la cantidad de diez unidades impositivas tributarias. La propuesta de modificación corre como sigue a continuación:

«Artículo 387: El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza en cualquier forma, o consiente que un tercero se apropie o utilice caudales o efecto públicos, cuya percepción o utilización le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

En el supuesto del apartado 1), si la apropiación o utilización de caudales o efectos públicos revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas, superior a cien unidades impositivas tributarias, y al daño o entorpecimiento producido, el funcionario o servidor público será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años.

En el supuesto del apartado1), si los caudales o efectos públicos no alcancen la cantidad de diez unidades impositivas tributarias, el funcionario o servidor público será reprimido con pena privativa de libertad no menor de un año ni mayor de tres años».

Este segundo proyecto de ley contempla una atenuante y a gravante en el mismo texto normativo, que a diferencia del anterior proyecto de ley, ya no intenta remitir la solución de tal conducta a otro disciplina jurídica como lo era el derecho administrativo disciplinario. Es más agrava la conducta si se logra

superar el referente de las cien unidades impositivas tributarias, valor referente que cambia con el anterior proyecto y ésta vez deja de lado la remuneración mínima vital.

C. LA TEORÍA DEL TIPO Y LA CUANTÍA EN EL PECULADO

El tipo actual del delito de peculado, artículo número 387°, del Código Penal nos describe ciertas conductas y elementos que debemos desarrollar para entender a la difícil labor que ostenta dicha figura jurídica, que a pesar de las distintas modificaciones que ha presentado, notaremos que aún perviven los problemas de abarcar en su totalidad a la conducta a prohibir.

SUJETO ACTIVO

Se manifiesta en forma clara que el autor del delito de peculado se enmarca a un sujeto que ostenta la calidad de funcionario o servidor público, es decir un trabajador del estado, no haciendo mención a la escala jerárquica de este funcionario o servidor dado que la norma es bien general al mencionar la calidad del personaje, en tanto que consideramos a mayor jerarquía conlleva un mayor grado de responsabilidad en el cumplimiento de su función.

Otro elemento importante a observar es que dicho funcionario o servidor deben encontrarse al momento de la comisión del delito, en pleno ejercicio de sus funciones, es decir que no se encuentre suspendido por alguna causal o que haya cesado en el cargo asignado, pues de encontrarnos con el desarrollo de la conducta normada en el peculado y al no tener la calidad de agente especial, nos enfrentaríamos a un delito distinto del peculado, con otro tipo de pena.

Reátegui Sánchez, se pronuncia acerca del sujeto activo del delito de peculado de la siguiente manera, «*aquel podrá ser con quien tenga con el*

Estado una relación funcional específica». Continúa definiendo dicho autor al sujeto activo como *«el titular de una confianza que lo obliga a actuar de un modo determinado regular respecto a los caudales y efectos que percibe, administra o custodia»*[64].

Peña Cabrera Freyre, también se pronuncia sobre este personaje y lo define como *«la calidad de autor solo puede tenerla el funcionario o servidor público, constituye un delito especial propio, característico de los injustos funcionariales, cerrando el círculo de sujeto activo a aquellos que en razón de la actuación funcional se apropian o utilizan caudales o efectos, cuya administración, percepción o administración le estén confiados en mérito al cargo»*.

En vista que los mencionados autores usan el término de funcionario en sus definiciones nos avocaremos a una definición de funcionario hecha por la Convención Interaméricana contra la Corrupción, del cual el Perú la suscribe el 29 de marzo de 1995, en su artículo número 1 entiende por funcionario o servidor público *«a todo funcionario o empleado del estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos»*.

Surge la crítica del autor peruano Ramiro Salinas Siccha manifestando que esta definición es muy amplia como para adecuarla al peculado por que ampliar el tipo de tal manera avocaría en el acometimiento de injusticias por parte

---

[64] Véase en REÁTEGUI SÁNCHEZ J. Delitos contra la administración pública en el Código Penal. Segunda ed. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.; 2017, p. 491.

del estado, se sugiere en cambio la definición de funcionario para el peculado debe existir una confluencia entre la relación funcional real o jurídica entre el agente y el objeto del delito.

Entonces a lo ya expuesto nos queda claro que no basta con ostentar la calidad de funcionario o servidor público para ser el agente del peculado pero además debe existir un deber específico de la función consignada que tenga la posibilidad de percibir, administrar o custodiar los caudales o efectos estatales que le permitan desarrollar su labor.

SUJETO PASIVO

El único sujeto que tiene la titularidad es el Estado, pues es quien erige la administración pública en sus diversas manifestaciones, dado que es de quién se va a afectar el patrimonio.

PARTICIPACIÓN

Son posibles de ser calificados como partícipes tanto los particulares como el funcionario o servidor público que no tengan la relación funcional con los efectos o caudales estatales. Mencionado esto, Ramiro Salinas Siccha[65] nos devela varios casos hipotéticos de realización, que a continuación presentamos:

1. Cuando el funcionario o servidor público no esté relacionado con el patrimonio estatal no se le pude atribuir a título de autores, calificando sus acciones como delito común como la apropiación ilícita o hurto
2. Aquellos funcionarios o servidores públicos que no tengan relación con el patrimonio estatal, pero que participan con aquellos funcionarios o

[65] Compruébese en SALINAS SICCHA R. Delitos contra la administración pública Lima: Editorial Iustitia S.A.C.; 2016, p. 348.

servidores públicos que si posean esa relación con el patrimonio, serán calificados como participes con la calidad de instigadores o cómplices del delito de peculado, es de recordar que en los delitos de infracción del deber no se hace diferencia entre complicidad primaria o secundaria.

3. Aquellos particulares que instiguen o colaboren con los funcionarios o servidores públicos que no posean relación con el patrimonio estatal, solo serán participes en el delito común perpetrado.
4. En el caso de los particulares, *extranei*, que auxilian o colaboran con los funcionarios o servidores públicos vinculados con el patrimonio estatal, serán responsables a título de complicidad del delito de peculado, solo por complicidad por la razón mencionada dos párrafos atrás.
5. Además la norma del peculado hace la referencia a “otros”, quienes no tendrán la calidad de autores del delito de peculado, pero responderán como inductores, receptadores de los bienes o lavadores de dinero sucio.

Es relevante notar que en este tipo de delitos no existen coautorías porque se trata de un delito de infracción en un deber especial, es de notar que sea imposible que dos o más funcionarios se pongan de acuerdo para infringir una parte del deber especial. Además que el deber reviste la característica de especial, este no puede dividirse materialmente, es decir no puede existir un reparto de roles.

CONDUCTA TÍPICA

Las acciones que debe desarrollar el agente activo están referidas a dos verbos rectores: «apropiar» y «utilizar». En ambos verbos denotamos un uso o aprovechamiento, del agente o un tercero, en los bienes estatales confiados a su cargo.

La apropiación, según Ramiro Salinas Siccha, se da *«cuando el agente se apoderada, adueña, atribuye, queda, apropia o hace suyo 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, custodiarlos o administrarlos»*[66].

Del autor citado, se deja por sentado que existe una posesión en el bien estatal teniendo como poseedor al funcionario o servidor público, este bien tiene como propietario al Estado, entonces en la apropiación no hay un desplazamiento en la posesión del bien como si lo existe en el hurto o robo, por el contrario ya se le había asignado el bien para uso específico de los deberes que le asignaron, el agente del delito le da un fin distinto a los propósitos que le asigno el Estado, ejerciendo los poderes que se le otorga a los propietarios, sin ser éste el propietario de dicho bien.

La utilización está referida, según Salinas Siccha, *«a cuando el agente usa, emplea, aprovecha, disfruta o se beneficia de los caudales o efectos*

[66] Véase en SALINAS SICCHA R. Delitos contra la administración pública Lima: Editorial Iustitia S.A.C.; 2016, p. 365.

públicos, sin el propósito de apoderarse del bien»[67]. A diferencia de la apropiación en esta modalidad de peculado encontramos que el agente no ejerce facultades de propietario o se atribuye tales potestades, por el contrario, lo ejerce como todo un poseedor pero se sirve del bien para beneficio exclusivamente individual o para el beneficio de una tercera persona.

Es de diferenciar está modalidad con el peculado de uso tipificado en el art. 388 CP, del cual se refiere al uso de vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo perteneciente a la administración pública, por tanto cuando se estén mencionando los instrumentos de trabajo de la administración es de aplicar el peculado de uso, de lo contrario aplicaremos el peculado en su modalidad de utilizar.

CAUDALES O EFECTOS

Por caudales se entiende de acuerdo a **Fidel Rojas Vargas**, desde una acepción amplia a aquellos 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 cambio desde una acepción estricta, lo son solo los bienes fiscalizados y aprehensibles con valor económico propio y el dinero[68]

Término referido a bienes que contengan una apreciación económica, tanto muebles como inmuebles, este último tipo de bien trae discusiones en la doctrina comparada pues no se imagina como un bien inmueble sea sustraído

---

[67] Véase SALINAS SICCHA R. Delitos contra la administración pública Lima: Editorial Iustitia S.A.C.; 2016, p. 366.

[6868] Véase al respecto a ROJAS VARGAS F. Delitos contra la administración pública. Lima: Instituto Pacífico. S.A.C.; 2016, p. 341.

del contexto de la administración pública, supuesto que no ocurre en los bienes muebles porque hay un traslado de estos.

Cuando la norma hace referencia a los efectos se refiere *«a todo tipo de documentos de crédito negociable emitidos por la administración pública como los valores documentarios, títulos, sellos, estampillas, bonos, etc».*[69] Un tipo de bien cambiario que utiliza la administración pública para la actividad pertinente de sus funciones.

MOMENTO CONSUMATIVO

En el delito de peculado doloso por apropiación se cometerá cuando el funcionario o servidor público se apropie de los fondos públicos que percibe, administra o custodia en razón de su cargo[70], es decir cuando el agente aparta del dominio de la administración pública aquellos caudales o efectos estatales y los incorpora dentro de su dominio con el poder de disponerlos o realizar con ellos lo que mejor convenga.

Carlos Mir Puig, señala al respecto, "el momento consumativo del peculado se verifica cuando los fondos públicos se extraen de su destino público para hacerlos propios" . También citado autor manifiesta la consumación con un alejamiento del fin otorgado para los caudales o efectos estatales, confiriendo un destino que responde al interés del agente del peculado.

---

[69] En el mismo sentido ROJAS VARGAS F. Delitos contra la administración pública. Lima: Instituto Pacífico. S.A.C.; 2016, p. 341.

[70] NOLASCO VALENZUELA Y AYALA MIRANDA. Delitos contra la administración pública Lima: ARA Editores E.I.R.L.; 2013, p. 575

TIPICIDAD SUBJETIVA

El artículo 387° del Código Penal, ofrece la modalidad dolosa como la culposa, para el caso del peculado doloso el funcionario o servidor público deberá actuar con conocimiento de tener el deber de no lesión a los caudales y efectos del Estado, deber que implica a la vez la lealtad y rectitud para percibir, administrar o custodiar el patrimonio estatal.

CUANTÍA EN EL PECULADO

La cuantía en el peculado es una referencia de agravamiento en la pena, del texto del artículo 387, en su segundo párrafo manifiesta *«cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase de diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años»*. La fijación de la cuantía en la norma sirve para agravar la pena en el agente del delito, tal como se observa en el derecho comparado. La adopción en fijar una cuantía solo para agravar la imposición de pena va en respuesta a la necesidad de controlar conductas prohibidas por el derecho que no se consiguió con la primitiva norma de peculado.

El legislador con la fijación en la cuantía busca disuadir en los posibles agentes la posibilidad de comisión del delito y salvaguardar aquellos caudales y efectos con cierto valor, de ser vulnerados, la razón de proteger estos bienes responde a que se considera que requieren mayor importancia por el derecho penal, nada obsta para considerar aquellas conductas que atenten bienes con un valor o monto mínimo puedan ser considerados con una pena menor o como una atenuante.

Ante la utilización de poner en marcha la maquinaria procesal penal para castigar este tipo de conductas que atentan contra bienes que no merecen la

atención por este tipo de legislación, sino por una más apropiada como el derecho administrativo disciplinario, como alguna vez fue propuesta en un proyecto de Ley para modificar el tipo penal del peculado, o en todo caso no considerarlo como delito sino como falta.

Lo que implica cuantificar o la imposición de un monto mínimo que sirva como referencia para imponer una pena acorde a lo vulnerado, no generará como mucho autores lo creen, incentivar peculado contra caudales y efectos de menor cuantía, muy por el contrario, encontraríamos que se esté graduando la responsabilidad de acuerdo a lo realmente vulnerado.

D. BIEN JURÍDICO Y PRINCIPIO DE LESIVIDAD

BIEN JURÍDICO

Según la jurisprudencia nacional, «*en el delito de peculado se protege la intangibilidad de los intereses patrimoniales del Estado y controlar los excesos del poder que los funcionarios puedan cometer en el ejercicio de la función al administrar dineros públicos».*[71].

Ahora bien, conforme a la actividad jurisdiccional respecto del delito de peculado encontramos como mayoritaria la anterior sentencia en razón que el bien jurídico protegido versa sobre el patrimonio estatal y a la par del anterior bien, está el correcto cumplimiento de los deberes de un funcionario, cuando está en pleno ejercicio de su función, asumiendo que en el delito de peculado no

[71] se presenta la Sentencia del 18 de junio del año 2004. Exp. N° 11-01, segunda Sala Penal Especial, que expresa al respecto *“*

se tutela un solo bien jurídico, a pesar que este se encuentre dentro de los delitos de la administración pública.

En razón a otros juristas como Creus señala que *"el bien jurídico en el peculado consiste en la preservación de la seguridad de bienes públicos para garantizar el normal desenvolvimiento de la actividad patrimonial del estado"*[72], este doctrinario también resalta el resguardo del patrimonio estatal como bien jurídico del delito de peculado, no menciona la actividad funcionarial como parte del bien jurídico, pues según la perspectiva del mencionado autor, el peculado históricamente fue creado para proteger al patrimonio.

Para Buompadre, *"el bien jurídico protegido por el peculado es el probo desarrollo de la actividad patrimonial de la administración pública por parte de los funcionarios públicos que en razón de su cargo, tienen el manejo de los bienes públicos"* [73]. A diferencia de la realidad jurídica nacional, del que encontramos al peculado como un delito pluriofensivo, por un lado encontramos la protección a los intereses patrimoniales de la administración pública y por el otro evitar el abuso de poder del que está facultado el funcionario o servidor público

De la misma manera se expresa Salinas Siccha, al considerar al delito de peculado como uno pluriofensivo, al proteger el recto funcionamiento de la administración, de modo genérico, y de forma específica al deber de lealtad y

---

[72] (citado en Peña Cabrera Freyre, p. 341)

[73] Véase al respecto REÁTEGUI SÁNCHEZ J. Delitos contra la administración pública en el Código Penal. Segunda ed. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.; 2017, p. 481.

probidad en los funcionarios o servidores públicos en su cumplimiento del deber particular encargado en función al cargo desempeñado.

Nolasco Valenzuela y Ayala Miranda, comentan al respecto del bien jurídico que no se ha de agotar en la protección del patrimonio del Estado, abarca también deberes de función específicos cuya infracción determina el injusto penal en el peculado[74]. Generando afectación al servicio público que los trabajadores estatales brindan a los ciudadanos, dando cumplimiento a los fines públicos que mantiene el Estado para con los ciudadanos.

PRINCIPIO DE LESIVIDAD

Tal principio se puede desentrañar como aquel impedimento de cualquier derecho de legitimar una intervención punitiva cuando a lo sumo no media un conflicto jurídico, ya sea afectando un bien jurídico propio o de un tercero, principio acorde a la mínima intervención del derecho penal, sacando fuera del ámbito penal a conflictos insignificantes que bien pueden tratarse en otros espacios que ha desarrollado el derecho.

Es de entender que las penas son medios de minimizar la violencia y defender a las victimas contra los acometimientos de los agentes agresores, entendido como marco del derecho penal en la protección de aquellos derechos primordiales que tiene cada habitante de la sociedad.

Ahora, este principio relacionado al tema de peculado, además a la fijación de la cuantía en su extremo mínimo para una mejor y eficiente administración de justicia, es que notamos ante la vulneración de caudales y efectos estatales que

---

[74] Véase NOLASCO VALENZUELA Y AYALA MIRANDA. Delitos contra la administración pública Lima: ARA Editores E.I.R.L.; 2013, p. 539.

contengan una valoración mínima debería responder adecuadamente a la afectación que genera tal conducta.

Gracias a la mínima intervención en la función punitiva del estado para la correcta administración de justicia y a la propuesta del principio de lesividad establecida en la normativa penal, permite entender que ante el establecimiento de la afectación del patrimonio estatal con valoración estimada como mínima e inferior, como por debajo de las dos unidades impositivas tributarias, debe tomarse las medidas de remitir a otra disciplina jurídica como la administrativa quien se encargará de recuperar el bien afectado o en su defecto el valor de éste, además de sancionar al agente con medidas administrativas incluso llegando a la sanción más drástica que ha procurado el Estado, como es en efecto, la destitución.

Otra medida y considerando la anteriormente acotado, se podría remitir aquella afectación en el patrimonio estatal cuyo valor este por debajo de las dos unidades impositivas tributarias, hacia el libro de faltas por ser coherente con la afectación de la acción delictiva, además que no justifica el empleo de la actividad penal, pues este conlleva la menor intervención del empleo del derecho penal, por tener presente que las medidas están dirigidas hacia personas que también están dotados de derechos reconocidas por el propio Estado.

Establecido el entorno interpretativo que nos presenta nuestra normativa vigente, se entiende que el principio de lesividad debe ser tomado hoy día como referente especial contra los posibles abusos que estaría inmerso la actividad estatal. Entonces cabe discurrir sesudamente si presentadas ciertas acciones son merecedoras de ser objeto de la persecución penal, o esas acciones no merecen ser tratadas por el ordenamiento penal pues no afectan al orden público

ni a las buenas costumbres, o de existir afectación valorar si es considerable responder con magnas medidas como lo es pena privativa de libertad.

El autor Fidel Rojas Vargas, nos presenta una ejecutoria Suprema de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, del 29 de enero del 2013, teniendo como Juez Supremo ponente al doctor Josué Pariona Pastrana. Del caso observamos como un funcionario público usa para su fin privado cuatro hojas de papel bond, posteriormente la Corte Suprema absuelve al condenado que se había autoinculpado[75].

La duración del anterior proceso penal discurre en el lapso de cuatro años y cinco meses, dibujando una realidad nacional, en la que los agentes utilizan sobre medida la facultad punitiva para adecuar algunos comportamientos de los ciudadanos, agravando la dañada imagen institucional que discurre entre noticias y comentarios sobre la administración de justicia, poniendo en peligro la seguridad jurídica en la realidad nacional.

Denota los plazos muy largos e interminables investigaciones que realiza el Ministerio Público, la fijación de fecha para la actuación de audiencias penales terminan siendo inalcanzables y mucho más aún para la emisión de la respectiva sentencia que dilucidará el término de la actividad procesal penal.

El caso versa sobre un servidor público en alguna universidad estatal que desarrollaba las funciones de asesor legal, es denunciado por el Ministerio Público por la utilización para su uso privado de cuatro hojas de papel bond, que contenían el sello de agua de dicha institución pública, además de la denuncia

---

[75] Véase al respecto ROJAS VARGAS F. Aspectos problemáticos en los delitos contra la administración pública Lima: Instituto Pacífico S.A.C.; 2016, p. 571.

del Ministerio Público por tales hechos sostiene que la elaboración de los escritos de tales hojas se usaron las computadoras de tal universidad, pero este hecho no se refrenda con prueba alguna.

El servidor público manifiesta haber utilizado dichas hojas en la defensa legal de uno de sus patrocinados, pues es su tiempo libre el servidor ejercía la profesión de abogado, respecto al uso de las computadoras de la universidad manifestó no haberlas usado, argumenta que el uso de tales hojas fue producto de un error, al pensar que eran las hojas de su propiedad.

Posteriormente surgió el dilema de la calificación de los hechos incriminados, el Ministerio Público postuló la comisión como autor del delito de Peculado de Uso, solicitando 4 años de pena privativa de libertad además de dos años de inhabilitación de dos años más la reparación civil de mil soles.

Lo contradictorio es que el Ministerio Público se amparó en el artículo número 387, delito de peculado, debiendo ser coherente y mencionar el artículo 388 del Código Penal, dato que no fue observado por el colegiado superior pero si lo hizo la defensa el imputado, impugnando en su respectiva oportunidad por vulnerar la congruencia procesal. Posteriormente al dictado de la sentencia, la primera Fiscalía Suprema emitió un dictamen en el que se corrige dicha incoherencia, apostando por la elección del artículo 387, es decir la utilización genérica de bienes públicos.

No se consideró si la conducta cometida por el servidor público revestía de significancia y consistencia para poner en peligro el bien jurídico mencionado, que al caso es el patrimonio estatal, tampoco se cuestionó analizar si era necesario el empleo de alguna vía extrapenal que pudiera resolver tal cuestión.

También está la existencia de ciertos filtros como el de la lesividad y la la utima ratio, que permiten dotar de racionalidad en el uso actividad procesal penal.

CAPITULO IV

NECESIDAD DE PARÁMETROS DE CUNTÍA MÍNIMO EN EL DELITO DE PECULADO Y EL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN

I. NOTAS INTRODUCTORIAS

El peculado desde tiempos remotos a la actualidad ha servido para designar el hurto de las cosas pertenecientes al Estado, la aproximación hace referencia a que provenía del cargo que ocupa la persona que cometía el ilícito, así pues, la naturaleza de la figura no residía en la cosa sino el vínculo de confianza, constituyendo el referido vinculo en la base del delito de peculado.

En tal sentido, Fontan Balestra, diremos que la noción de peculado se logra con un ingrediente más, que es el que pone el aspecto funcional, por el cual se requiere que los bienes que son objeto del delito hayan sido confiados al funcionario, de modo que la malversación viola también la fe o la confianza pública.

Así pues, de lo antes referido entendemos que el delito de peculado implica aquella conducta atribuida a un funcionario público que, aprovechando

indebidamente de su posición de custodio de los bienes del estado, se apropia de los mismos, para luego sacarlos de la esfera de la Administración.

Dentro de este contexto, surge la siguiente interrogante ¿cuál sería el bien jurídico tutelado en el delito de peculado?, hemos hechos un breve análisis del delito de peculado, en el cual se distingue claramente que se trata de un comportamiento que ejerce una persona que ocupan un cargo en relación a los bienes del Estado, perturbando de esta forma el correcto funcionamiento de la Administración, asumiendo una conducta privatizadora del cargo público.

Así las cosas, el deber de lealtad ha provocado debate, en relación a la tarea interpretativa sobre el concepto material del injusto, pues los deberes de lealtad, pueden tener un concepto cuya delimitación, en cierto modo, no determine un reproche penal, sin embargo, desde nuestro punto de vista la correcta gestión del patrimonio estatal vendría a ser objeto de tutela por parte del derecho penal.

II. FUNCIÓN PÚBLICA Y FUNCIONARIO PÚBLICO

En esencia, la función y el funcionario público, estiman marcadas diferencias que posibilitarían comprender la autonomía de uno sobre el otro, y la trascendencia del accionar cuando se lesiona aquel aparato estatal a través de la comisión de ilícitos. Es mayoritariamente aceptado cuando un funcionario realiza conductas lesivas para la administración, además de la sanción a nivel penal, arriba a un ámbito administrativo también con implicancias de responsabilidad.

FUNCIÓN PÚBLICA

Aquello hace necesario realizar una clara distinción entre lo que implica la función pública, y a su turno, aquello que comprende el concepto de funcionario, sobre el particular resulta ilustrativo, lo consignado por el profesor Reátegui

Lozano estima que «desde la doctrina encontramos tres tesis de lo que ha de entenderse por función pública. La primera tesis (de función pública) hace referencia a aquella que para determinar el carácter público o privado de la actividad, se centra en el régimen jurídico al que está sujeto. Así se considera pública la función que está sometida al Derecho Público. La segunda tesis es la que atiende a la titularidad de la función enjuiciada. De esta manera será calificada como función pública aquella que está encomendada a la Administración Pública. Por último la tesis finalista fija en sí la actividad a valorar y perseguir fines o intereses públicos, o por el contrario privados y, en consecuencia, se trate de funciones privadas».[76]

Y es que conforme los lineamientos del autor antes citado, se pueden distinguir hasta tres presupuestos necesarios para catalogar alguna actividad como determinadora de función pública, aquellos bien podrían resumirse en el aspecto objetivo, subjetivo, y teleológico.

1. Requisito subjetivo: Son funciones públicas, las realizadas por los entes públicos.
2. Requisito objetivo: Es función pública la realizada con sometimiento al derecho público.

[76] REÁTEGUI LOZANO, Rolando. *Corrupción de Funcionarios.* Iustitia. Lima, abril, 2018. p. 57-58.

3. Requisito teleológico: Es función pública aquella q persigue fines o intereses públicos[77]

Existe también además un criterio funcional, el cual estima que la administración pública debe exclusivamente en términos de labor contractual, en buena cuenta, esta postura estima que el actuar del estado, operativizado por los funcionarios, son expresiones de voluntad del propio Estado, es así que «la administración pública es entendida como toda actividad cumplida o realizada por los funcionarios y servidores públicos, encargados de poner en funcionamiento el Estado, orientando al cumplimiento de sus fines y funciones, sometiendo a una jerarquía o niveles en todos sus órganos o entidades. De ahí que se acepte que la administración pública se concibe en doble sentido. Objetivamente, como el conjunto de actividades realizadas por el agente público y que constituye el desarrollo, la dinámica de la función mínima. Y subjetivamente, se constituye en el orden de órganos estatales, lo que implica niveles, jerarquía, entidades, cargos y oficios delimitados en sus competencias»[78]

FUNCIONARIO PÚBLICO

En cuanto a la calidad y título de funcionario público, se han esbozado diversas posturas, algunas diferenciándolo con el servidor público, y otras equiparando su condición, sin embargo, puesto que para los fines de esta investigación son diferentes, sólo tocaremos tangencialmente el tema en

---

[77] Con mayor detalle cfr. Reátegui Lozano, Rolando. *Corrupción de Funcionarios.* Iustitia. Lima, abril, 2018. p. 58 a 60.

[78] REÁTEGUI LOZANO, Rolando. *Corrupción de Funcionarios.* Iustitia. Lima, abril, 2018. p. 61.

referencia. Inicialmente podríamos aseveras que «en materia penal podemos distinguir al funcionario público, según su calidad del sujeto activo, los delitos comunes y los delitos especiales. Los delitos funcionarios que afectan la propiedad administrativa, son delitos especiales pues solo pueden ser cometidos por funcionarios públicos. En otra palabras, DONNA afirma que <en los delitos la autoría se limita al círculo de las personas cualificadas o autores idóneos mencionados en el tipo, mediante los elementos descriptivos del sujeto del hechos. De manera que el extraño no puede ser autor de estos hechos punibles>, sin perjuicio de la participación que pueda tener un particular en esta clase de delitos, jamás llegará a ser autor de los mismos. ”[79]

Las características del concepto penal de funcionario público, se basan en dos tipos de requisitos: primero, el requisito formal de la legalidad del título de adquisición de la condición de funcionario público, que puede ser por disposición inmediata de la Ley, por elección o por nombramiento de la autoridad competente. Segundo, el requisito material del ejercicio de las funciones públicas, que se basa en los siguientes criterios: el criterio objetivo, que se refiere al ejercicio de la actividad conforme al Derecho Público; el subjetivo, que se refiere a la actuación desde el seno de un organismo público; y finalmente el criterio teleológico, que se refiere al fin público de la actuación administrativa.”[80]

Ahora bien, un tema de singular trascendencia también, y que encuentra asidero en cuando a delitos contra la administración pública es la calidad de

---

[79] REÁTEGUI LOZANO, Rolando. *Corrupción de Funcionarios.* Iustitia. Lima, abril, 2018. p. 63.

[80] REÁTEGUI LOZANO, Rolando. *Corrupción de Funcionarios.* Iustitia. Lima, abril, 2018. p. 63.

funcionario público, puesto que «existen dos categorías de funcionarios en función del tipo de nombramiento, que podrá ser legal o de autoridad competente, y más específicamente:

Nombramiento legal, o disposición inmediata de la Ley. Aquí se encontrarían los funcionarios de carrera, que son aquellos que presentan servicio a la Administración Pública a cambio de una retribución, y cuya relación estatuaria es sometida al Derecho Administrativo.

Nombramiento de autoridades competente. En este tipo se incluirían a los demás funcionarios que no encajan en los anteriores, que como ya hemos mencionado, son los funcionarios interinos, eventuales, los contratos administrativos, y el personal laboral de la administración».[81]

Sin embargo, aun cuando parece tarea sencilla clasificar al funcionario público, aquello ha traído como consecuencia que «han sido discutidas mediante tres teorías que, de manera resumida, se pueden explicar así:

Para la teoría de la "ruptura del título de imputado", como de *lege lata* el autor de un delito especial tiene que ser un *"intraneus"*, el *"extraneus"* nunca podrá ser autor ni participe de este delito…

La teoría de la "unidad del título de la imputación", tanto el "intraneus" (funcionario público) como el "extraneus" comenten un injusto penal…

Finalmente, Claus ROXIN propone una teoría nueva conocida como la teoría de la "infracción del deber". Según él, existirían dos grupos de delitos: los

---

[81] REÁTEGUI LOZANO, Rolando. *Corrupción de Funcionarios.* Iustitia. Lima, abril, 2018. p. 64.

“delitos de dominio”, en los cuales el tipo penal exigiría del autor un “dominio del hecho”, y “los delitos de infracción del deber”, en los cuales el tipo penal solamente exigiría la “infracción” de un “deber especial” en el autor. Luego, en los delitos especiales se trataría precisamente de este último tipo de delitos, motivo por el cual debería bastar con la “infracción del deber” para admitir la autoría; sería totalmente prescindible el *dominio del hecho*.

En la actualidad, debe considerarse dominante la teoría de la “unidad del título de imputación”, si bien se reconoce que, en algunos casos específicos, el tipo penal no ha partido del dominio del hecho, sino de la *infracción del deber*.[82]

Una definición en sentido estricto conceptualizaría al funcionario público, como aquella persona « natural o física con poder de decisión que presta servicio o trabaja para el estado. Su poder de decisión y de representación, en forma expresa determina o ejecuta la voluntad estatal a través del desarrollo de actos de naturaleza diversa, orientado siempre a la realización del bien común, que viene a ser su finalidad última.”[83]

La diferencia con el servidor público es —aún en la actualidad— el poder de decisión, puesto que a criterio de muchos, es sólo «un trabajador estatal sin mando que brinda al Estado sus conocimientos técnicos y profesionales en tareas o misiones de integración o facilitación de la que realizan los funcionarios públicos en el cumplimiento del objetivo de la administración pública: el bien

---

[82] REÁTEGUI LOZANO, Rolando. *Corrupción de Funcionarios.* Iustitia. Lima, abril, 2018. p. 71-72.

[83] REÁTEGUI LOZANO, Rolando. *Corrupción de Funcionarios.* Iustitia. Lima, abril, 2018. p. 74.

común. El servidor o empleado siempre está en una relación de subordinación frente a los funcionarios, su misión consiste en realizar diariamente las tareas que se le asignan cumpliendo órdenes que le tramiten sus superiores que normalmente son los funcionarios públicos».[84]

III. BIÉN JURÍDICO EN EL DELITO DE PECULADO

Gran parte de la doctrina estima que el bien jurídico al interior de los delitos contra la administración pública, es bipartito, tiene uno genérico y otro específico, el primero, comprende el correcto desenvolvimiento de la administración pública, y el segundo —en lo que refiere al delito de peculado—, es el patrimonio de la administración. El profesor Rojas Vargas agrega que «el objeto genérico de la tutela penal es proteger el normal desarrollo de las actividades de la administración pública. Por tratarse el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobla en dos objetos especiales merecedores de protección jurídico-penal: (a) Garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública, asegurando una correcta administración del patrimonio público, y (b) evitar el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario público o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad, garantizando el principio constitucional de fidelidad a los intereses, a que están obligados los funcionarios y servidores públicos».[85]

---

[84] REÁTEGUI LOZANO, Rolando. *Ibídem*. p. 74.

[85] ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Cuarta Edición. Grijley. Enero, 2017. p. 480.

Aquella reflexión no hace sino corroborar que en el delito de peculado, lo esencial es la afectación al patrimonio estatal, y que se transgrede con un perjuicio patrimonial de significancia, y no tan sólo con apropiaciones ínfimas.

Ahora bien, retornado al tema del bien jurídico, se han instaurado en nuestra labor al menos tres teorías que tiene la aceptación general de la comunidad jurídica, aquellas son las siguientes:

TEORÍA SUBJETIVA	**TEORÍA OBJETIVA**	**TEORÍA ECLÉTICA**
El bien jurídico tutelado es la protección del deber de fidelidad estatal; se plantea que en todos estos delitos una infracción especial un deber de obediencia y fidelidad, que es propio y exclusivo de quienes desempeñan una función de carácter público.	El bien jurídico tutelado es la protección de prestación a los ciudadanos, el ejercicios de esta función se rige por ciertos principios tradicionalmente aceptados como rectores de la actividad administrativa… y el elemento unificador de esta concepción en relación con cada una de las figuras tipificadas como delitos funcionarios, radica en que cada uno de estos ilícitos, no obstante constituir un atentado contra la correcta función pública, se concreta en una lesión a cada uno de los principios aludidos.	Combina elementos de ambos criterios, haciendo predominar elementos de uno u otro.

La doctrina actual adopta mayoritariamente la teoría objetiva”[86]

Una de las particularidades que se conlleva algún delito contra la administración pública es que conllevan un injusto de mayor trascendencia debido a que se encuentran atentando contra los intereses de la propia

[86] REÁTEGUI LOZANO, Rolando. *Corrupción de Funcionarios.* Iustitia. Lima, abril, 2018. p. 77-78.

administración, y el reproche, aun a la actualidad, sigue siendo la exigencia de los deberes de probidad y honradez que exige la función.

Sin duda, el bien jurídico en esta tipología de delitos, protege de modo general la actividad pública, es decir, la confluencia del poder brindado por el Pueblo, e instaurado a través de la democracia. Finalmente y a modo de conclusión, podríamos estimar que en «nuestro sistema se ha adoptado una doble vertiente en cuanto a la determinación del bien jurídico objeto de tutela. Por un lado, se pretende proteger la correcta función de la actividad de la Administración Pública, desde la perspectiva del correcto y probo desempeño funcional del funcionario o servidor público y, asimismo, los intereses patrimoniales que, siendo del Estado, nos interesa en general a todos como integrantes de la comunidad».[87]

IV. PERJUICIO PATRIMONIAL EN EL DELITO DE PECULADO

Cuando se hace referencia al perjuicio patrimonial al interior del delito bajo comentario, necesariamente se hace referencia a la descripción típica que presenta, es de entender que el perjuicio se encuentra establecido como el efecto consumado del delito, sin embargo, nuestra crítica estima que aquel perjuicio a la administración debe encontrar una trascendencia para activar el ius puniendi del Estado, y así encontrarnos en estricta sintonía con el principio de mínima intervención, puesto que conductas que lleven consigo un perjuicio

[87] NAKAZAKI SERVIGÓN, César. HUGO ÁLVARES, Jorge. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. HUARCAYA RAMOS, Betty. CÁCERES JULCA, Roberto. HUGO VIZCARDO, Silfredo. SALINAS SICCHA, Ramiro. VILLEGAS PAYVA, Elky. PÉREZ LÓPEZ, Jorge. CALDERÓN VALVERDE, Leonardo. Primera Edición. Gaceta Jurídica. Mayo, 2016. p.253.

ínfimo posibilitarían el uso de mecanismos alternos a la configuración del proceso penal.

ELEMENTOS MATERIALES DEL DELITO

TIPICIDAD OBJETIVA

Sujeto Activo

Conforme lo estipula el art. 387 del Código Penal, la calidad de autor la puede tener el funcionario o servidor público, constituye un delito especial propio, únicamente para aquellas personas que por razón de su función pueden apropiarse o utilizar caudales o propiedad del estado. En tal sentido, podemos decir que se trata de un garante, lo cual implica que el delito bajo comentario puede tomar su modalidad comisiva u omisiva.

Así pues, el sujeto activo es titular de una confianza que lo obliga a actuar de un modo regular respecto a los caudales y efectos de los que administra o custodia.

Como se sabe, para atribuir la responsabilidad a una persona por el delito de peculado**,** nuestro sistema no solo exige que el sujeto activo tenga la condición de funcionario público, sino, además, que ostente un vínculo funcional con los caudales o fondos del Estado.

Sujeto Pasivo

El sujeto pasivo en este tipo de delitos es el Estado como titular del patrimonio, que administren o custodien los funcionarios y servidores públicos de acuerdo a su cargo funcional.

Modalidad Típica

Como señala **Fidel Rojas Vargas** en *Delitos contra la administración pública* (Lima, 2003), solamente puede ser autor de **peculado** el funcionario o servidor público que reúna las características de **relación funcional** exigidas en el tipo penal, es decir, quien posea los caudales o efectos públicos como consecuencia de un deber de percepción, custodia o administración de los mismos.

En tal sentido, la conducta será en un principio comisiva, pues el autor del delito debe ejecutar una acción de apropiación o utilización, dando lugar también a la figura de comisión por omisión, esto cuando el funcionario permite de forma deliberad que otro sujeto se apropie de un bien de la administración, cabe indicar que este tercero puede ser funcionario o no funcionario.

Objeto Material del Delito

Se enumera como conducta típica a "caudales y efectos", el sustrato material, cuya definición conceptual debe ir concatenada con los vernos típicos empleados en el tipo penal, esto es "apropiar y utilizar", en el sentido que dichos objetos sean susceptibles de aprehensión y de desplazamiento de un lugar a otro, entendiendo que la configuración del delito de peculado supone la de sustraer el bien de la esfera de la custodia de la Administración[88]. Cabe precisar además, que no resulta necesario que los bienes sean de propiedad pública, bastando que se encuentren dentro del círculo público.

---

[88] Peña Cabrera Freyre, Alonso, *Delitos contra la Administración Pública,* Actualidad Gubernamental, 2016, p. 346.

Ahora bien, es de entender que la denominación de caudales y efectos son elementos normativos del tipo penal por lo que se hace necesario desarrollarlos a través de la dogmática penal. Cuando el legislador hace referencia a causales estima que «son 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 los bienes fiscalizados y aprehensibles con valor económico propio (mercancías, vehículos, insumos. etc.) y el dinero). El término <<Caudal>> en la doctrina española comprende a cualquier objeto, bien mueble dinero y valores negociables que posean un valor económico aunque no actual (cheques, bonos, letras, pagarés, acciones)»[89]

A su turno, en lo que respecta a efectos propios de la administración pública, es necesario señalar que «es un vocablo de ascendencia francesa que designa a los objetos, documentos y símbolos con representación económica (estampillas, sellos, material simple de oficina, distintivos oficiales, símbolos de propiedad, consignaciones judiciales, giros postales, etc.)».[90]

¿AUSENCIA DE CUANTÍA MÍNIMA?

Cierto es que nuestra normatividad nacional, estima que es intrascendente—en lo que respecta a la configuración típica— determinar una cuantía mínima en el delito de peculado, existen comentarios incluso, que han

[89] ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. Cuarta Edición. Grijley. Lima, enero, 2007. p. 497-498.

[90] ROJAS VARGAS, Fidel. *ibídem*. p. 498.

equiparado actos de corrupción a aquel funcionario que se apropia de un sol como aquel que se cuantiosas sumas económicas.

La doctrina mayoritaria encabezada por la opinión de Salinas Siccha, ha estimado que «para nuestro sistema penal, así el perjuicio ocasionado al Estado sea mínimo, igual se configura el delito de peculado. Así lo tiene establecido la jurisprudencia desde la aplicación del Código Penal de 1924. En efecto, en la ejecutoria suprema del 21 de diciembre de 1990 se argumenta que "el delito de peculado es una figura delictiva específica, en la cual para su calificación como tal no se tiene en cuenta el monto del desmedro patrimonial, por lo que no es procedente dado su cuantía considerarlo como falta. En el mismo sentido, la ejecutoria suprema del 3 de junio de 1991 prescribe que "por la naturaleza del delito de peculado, el anterior Código Penal ni el actual cuerpo de leyes contemplan la cuantía de los caudales apropiados para considerar como faltas contra el patrimonio tal ilícito penal."[91]

La opinión en referencia, más alla de la interpretación normativo literal, estima que es irrelevante la cuantía del perjuicio en el delito de peculado, sin embargo, una interpretación dogmática y cohesionando el ordenamiento jurídico, posibilitaría seleccionar aquellas conductas que conlleven una trascendencia para patrimonial para los fines de la administración, resultaría insulso instaurar procesos por la apropiación de montos insignificantes, con aquello no se hace sino arribar al más crudo normativizmo, carente de coherencia normativa.

---

[91] SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos Contra la Administración Pública. Cuarta Edición. Iustitia. Lima , septiembre, 2016 . p. 371.

NECESIDAD DE LA CUANTÍA EN EL PECULADO

En lo que respecta a nuestro ordenamiento jurídico, aún se encuentra ausente un criterio para establecer una cuantía mínima en delito de peculado, sin embargo, la Corte Suprema, como integrante de uno de los poderes del Estado, ha determinado dos propuestas legislativas a efecto de posibilitar una estándar mínimo económico para la configuración del delito de peculado, aquello se puede evidenciar a través de los proyectos de Ley, y los respectivos dictámenes correspondientes, lo que se hace necesario analizar en lo que refiere a las propuestas legislativas, es los argumentos esbozados para establecer la cuantía mínima en el delito de peculado, para el efecto, realicemos un recorrido por el análisis jurídico de dicha propuesta.

PROYECTO DE LEY núm. 4187/2010-PJ

La primera propuesta está comprendida por el «Proyecto del Poder Judicial» que entre otras reformas, pretendía variar el contenido de algunos dispositivos del Código Penal, y en específico, de gran número de delitos contra la administración pública. El proyecto bajo comentario, que en el caso concreto y en relación a nuestro tema pretendía instaurar un referente patrimonial de valoración en el peculado doloso y culposo, en la parte signada como «análisis de reforma» consignó lo siguiente:

Análisis de la Reforma

«Resulta curioso en este delito tan grave la pena sigue siendo la misma y se restringe la tipicidad con la cláusula del monto pecuniario. Es decir la Sala pelan de la Corte Suprema opta aquí por exigir mayores criterios de lesividad material de los que se aparta en el delito de Colusión. Y hay que preguntarse qué pasa con las apropiaciones o utilizaciones de caudales o efectos que no

llegan a las dos Unidades Impositivas Tributarias (que superan los 7,200 soles). ¿Tendrán que ser consideradas faltas o es que serán atípicas? Eso es lo que quería la corte Suprema, está propiciando o induciendo a apropiaciones “pequeñas”. Hay que tomar en cuenta que a los particulares se les castiga por el delito de hurto…

El criterio de costo económico de los bienes apropiados se ha utilizado en otras legislaciones penales, en el marco del peculado, para agravar la conducta, no para decriminalizarla o seguir espacios de reconducción disciplinaria. Lo cual no implica que, en la práctica, las apropiaciones o utilizaciones de mínima entidad de bienes públicos, sean vistas bajo el principio de insignificancia o de bagatela, en el marco de interpretación del operador jurídico que siempre se reconduce (o debe hacerlo) en su análisis bajo su directriz del principio de lesividad para el bien jurídico protegido.

En este escenario de reforma al delito de peculado, se considera no felices varias de las propuestas. Planteándose en cambio un texto sustitutorio, que establece una circunstancia agravante cuando el valor de lo apropiado o utilizado excede las diez unidades impositivas tributarias. Se incrementan tanto el extremo mínimo de pena del peculado doloso básico (2 a 4 años), como al crearse la modalidad agravada de peculado doloso en razón al monto de lo apropiado (6 a 10 años). Con estas cadenas de punibilidad segmentadas se posibilita al juzgador efectuar determinaciones de pena que tomen en cuenta las circunstancias que rodean la ejecución delito como las condiciones personales del sujeto infractor. Se acepta la introducción del peculado doloso».

PROYECTO DE LEY N° 4898/2010-PJ

La segunda propuesta normativa a efecto de modificar el delito de peculado, desbordo en la proyección de siguiente proyecto de ley, el cual en líneas sucintas estima que se hace necesario establecer un parámetro como circunstancia agravante del peculado doloso, el proyecto en referencia arribó a considerar suficiente 10 UIT´s para agravar la conducta. El proyecto en mención estimó los siguientes argumentos:

Análisis de la Reforma

«Con motivo de la iniciativa legislativa del Poder judicial, plasmada en el Proyecto de Ley N° 4187-2010-P-PJ…

Según se ha reiterado públicamente, resultaba necesario modificar el Capítulo II "Delitos cometidos por Funcionarios Públicos" del Título XVIII "Delitos contra la Administración Pública" del Libro Segundo –Parte Especial / Delitos- del Código Penal, para adaptar la legislación penal a las necesidades de un Estado Constitucional y a los principios que le son propios: lucha efectiva contra la corrupción – respeto al Derecho Internacional Penal Convencional en materia de delitos contra la corrupción-, mínima intervención, taxatividad típica, coherencia técnica, rigor político criminal y estricta proporcionalidad de las penal

c. Que los delitos de peculado doloso y peculado culposo, en atención a que, según el estado de la discusión, del derecho penal comparado y de los últimos Proyectos de Ley, se acepta la configuración de la entidad del perjuicio, según atendió la Ley N° 29703, como una circunstancia con entidad para construir un tipo base y tipos agravado y privilegiado. En esta perspectiva -aún cuando fuera deseable que el valor de los caudales o efectos públicos, dinero o bienes, sino excede determinado monto, deberá constituir una infracción

administrativa, según se planteó en nuestro proyecto inicial- se ha considerado necesario fijar un monto como supuesto de grave perjuicio: cien Unidades Impositivas Tributarias, y un supuesto como de mínimo perjuicio: diez unidades Impositivas Tributarias».

Como puede evidenciarse, la propuesta en mención determinó establecer un monto mínimo y otro máximo para la configuración del peculado en su modalidad base y otro agravado, estableciéndose finalmente que cuando el valor de lo apropiado supere las 10 UIT aquella conducta será considerada como peculado agravado.

V. FUNDAMENTOS PARA ESTABLECER LA CUANTÍA EN EL TIPO PENAL BÁSICO DEL PECULADO.

El profesor Ramiro Salinas Siccha, en una obra de singular trascendencia efectuó una consignación de varios argumentos a fin de establecer la irrelevancia de la cuantía en la configuración del delito de peculado. Para el efecto dejo sentado que «el carácter patrimonial prevalente en el tipo penal es una tendencia actual más racional, pues permite sustraer del ámbito punitivo conductas mínimas de poca insignificancia patrimonial (mínima intervención del estado). Esta postura es indicativa de que el injusto penal se complete en función de la gravedad de la afectación al patrimonio público administrado. Si el monto del peculado es mínimo, entonces, no debería tener relevancia penal. Estos criterios objetivos operan para el delito de peculado por apropiación y utilización. No

obstante este mismo criterio diferenciador no se establecido para los supuestos implementados en el peculado por culpa».[92]

Uno de los principales argumentos que se estima para efecto de encontrar ausente la cuantía para la configuración del delito de peculado, es que el patrimonial de la administración pública, ha sido confiado al funcionario, sobre aquello es muy reflexivo lo consignado por Huarcaya Ramos, quien estima que "el patrimonio del Estado, como bien jurídico especial tutelado por la norma penal, es más racional, al permitir establecer una aplicación real de mínima intervención del derecho penal; de suerte que casos de mínima lesividad puedan ser dejados al Derecho Administrativo sancionador. Es absurdo sancionar penalmente al agente que se apropia se cien soles o utiliza cuatro hojas de papel membretado del estado."[93]

Hasta aquí es importante dejar consignado que el perjuicio patrimonial, aun cuando no constituye un parámetro que delimita la intervención entre el derecho penal y otros mecanismos alternos de solución del conflicto. Un ejemplo muy gráfico es el establecido por las apropiaciones efectuados por sujetos de derecho ordinarios, en el marco del delito de hurto o faltas, el criterio delimitador —ante la ausencia de circunstancias agravantes— es el quantum económico.

---

[92] HUGO ÁLVAREZ, Jorge. HUARCAYA RAMOS, Betty. Delitos contra la Administración de Justicia. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios. Gaceta jurídica. Julio, 2018. p. 207-208.

[93] HUGO ÁLVAREZ, Jorge. HUARCAYA RAMOS, Betty. *Delitos contra la Administración de Justicia. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*. Gaceta jurídica. Julio, 2018. p. 214-215.

Y es que en buena cuenta lo que se pretende es «que al igual que en los delitos contra el patrimonio se establezca un límite cuantitativo para configurar el peculado como un delito, un criterio puede ser el de la remuneración mínima vital. Ello no significa que la conducta del funcionario que se apropia de un bien, por debajo del límite, quede sin consecuencia alguna. Para ello, sirve el derecho administrativo disciplinario, cuya sanción mayor es la destitución del funcionario o servidor, sin desmedro de que devuelva el bien o el valor de lo apropiado».[94] Aquella situación es del todo acertado puesto que existen mecanismo alternos al proceso penal y que igualmente podrían brindar una respuesta proporcional y coherente de criterios valorativos en relación a aquellas apropiaciones efectuadas por funcionarios.

Ahora bien, de las propuestas legislativas también han efectuados serios cuestionamientos, los planteamientos de mayor fuerza, podrán resumirse en que el deber frente a la administración no admite criterios valorativos y a su vez, que al establecer un quantum mínimo se incentivaría apropiaciones pequeñas por parte de los funcionarios, al punto de hacer una proyección del valor de la apropiación futura para no arribar al ámbito penal.

Aunque es criticable la posición que considera inadecuado la cuantía minima en el delito de peculado, resulta necesario consignar que Ramiro Salinas Siccha estima que «en el delito de peculado no hay cuantía mínima, situación que consideramos adecuada con una política frontal de lucha contra la corrupción. Tal corrupto es aquel que se apropia de diez nuevos soles como aquel que se

[94] SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos Contra la Administración Pública. Cuarta Edición. Iustitia. Lima , septiembre, 2016 . p. 372.

apropia de diez millones. Aspecto que solo debe ser tomado en cuenta por el juez al momento de individualizar o determinar la pena a imponer al acusado al momento de individualizar o determinar la pena a imponer al acusado luego del debido proceso penal."[95] Sin embargo, aquella alegación determina que causas sin trascendencia se ventilen en el ámbito penal y además, una tergiversación de los principios de mínima intervención y lesividad como bases del derecho penal.

Así las cosas, es de incidir que aunque el legislador no hubiere consignado un parámetro mínimo de cuantía se hace necesario adecuar nuestro normatividad a los principios rectores del derecho penal, puesto que su desdén podría dejar la puerta abierta a penar situaciones mínimas.

Nuestra investigación a través de los argumentos expuestos, fácilmente detallará que es necesario instaurar criterios valorativos, y de coherencia normativa a efecto de brindar un referente económico mínimo para la configuración del delito de peculado, no sorprenderá saber que en legislaciones foráneas, se estima como criterio selectivo de conductas el quantum económico, para así dar paso a mecanismos alternos al poder punitivo.

Ahora bien, el profesor Huamán Castellares, ha detallado en un comentario de singular trascendencia para esta investigación, tres argumentos por los que debe evaluarse la cuantía en el delito de peculado, el primero, ausencia de interpretación literal, el segundo denominado insignificancia penal, y por último, coherencia normativa, cada uno de aquellos criterios estima que es necesario

[95] SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos Contra la Administración Pública. Cuarta Edición. Iustitia. Lima , septiembre, 2016 . p. 373.

valorar el valor de lo indebidamente apropiado, a efecto de establecer un escenario donde con proporcionalidad se determina responsabilidad.

VI. NECESIDAD DEL PERJUICIO PATRIMONIAL

Un sector de la doctrina estima que el perjuicio patrimonial de *trascendencia*, en esencia, no es un elemento objetivo del tipo penal, bajo esta premisa, cualquier apropiación indebida, sea cual fuere su valor económico, estimaría la incoación del proceso penal, y además, una posible sanción a nivel jurisdiccional, y es que de un tiempo a esta parte gran número de causas arribadas a la Corte Suprema, han llamado poderosamente la atención por la insignificancia de su quantum patrimonial.

Salinas Siccha estima que «para configurarse el delito de peculado es necesario que con la conducta de apropiación o utilización de los bienes públicos, por parte del agente, se haya causado perjuicio al patrimonio del Estado o una entidad estatal."[96] Esta opinión como lo detallado con antelación, encuentra que el perjuicio aun cuando carezca de trascendencia, posibilitaría un escenario en el marco de investigación al interior del Ministerio Público. «La jurisprudencia nacional se ha orientado en este sentido al punto que en todo proceso penal por peculado se exige la realización de una pericia técnica contable o en su caso, de valorización, por la cual se evidencia el perjuicio patrimonial ocasionado al Estado."[97]

---

[96] SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos Contra la Administración Pública. Cuarta Edición. Iustitia. Lima , septiembre, 2016 . p. 369.

[97] SALINAS SICCHA, Ramiro. Delitos Contra la Administración Pública. Cuarta Edición. Iustitia. Lima , septiembre, 2016 . p. 369.

Una perspectiva totalmente diferente estima que «*comprometer* el dinero, porque ello, porque ello basta para hacerle perder el dinero del Estado la condición de ser una clase de fondos que solamente se mueven por actos de autoridad. Creus sostiene que el peculado no requiere necesariamente una lesión patrimonial (…), ya que es indubitable que la consumación se puede dar sin esa lesión (puede ocurrir que produzca un verdadero beneficio, y no un perjuicio de ese orden), pero ello no importa desconocer que se está ante un delito de resultado en cuanto requiere la efectiva separación del bien de la esfera de tenencia de la administración"[98] La posición bajo comentario, estima la irrelevancia de establecer parámetros de cuantía, puesto que lo que verdaderamente importa —a criterio de dicho autor— es la separación de bienes de la esfera patrimonial de la administración.

PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN

Uno de los principios sobre los cuales descansa nuestra propuesta es en efecto, el principio de mínima intervención, el cual «implica un enorme grado de violencia social y, por ello, se debe tender a su menor utilización. El contenido más esencial del principio de la mínima intervención obliga a detener la intromisión de la protección penal a través de la definición como ilícito de una conducta, en los casos en los que existen buenas posibilidades de que se cuente con estrategias de solución de conflicto menos violentas que la utilización del

[98] REATEGUI SÁNCHEZ, James. Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal. Segunda Edición. Juristas Editores. Lima. Mayo, 2017. p. 525.

sistema penal o en los casos en los cuales el ingreso del derecho penal no se encuentre legitimado desde el punto de vista de ciertos presupuestos sociales»[99]

En buena cuenta la «mínima intervención es necesidad de retracción del ámbito protagónico del poder penal y ello a la luz de más de una razón. Esta mínima injerencia no solo descansa en la idea de la posibilidad de utilizar otro medio de política social menos dañosa”.[100]

“Hoy te podría decir que el principio de mínima intervención aparece en los casos en los cuales:

1. La reacción penal es totalmente desproporcionada.
2. El daño del ilícito es mínimo.
3. La futura ley penal no protege ningún valor digno de protección, o
4. La conducta es socialmente aceptada, etcétera.”[101]

Villavicencio Terreros estima que el «Derecho penal solo debe permitir la intervención punitiva estatal en la vida del ciudadano en aquellos casos donde los ataques revisten gravemente para los bienes jurídicos de mayor trascendencia. Aquí no se trata de proteger a los bienes jurídicos de cualquier peligro que los amenazan ni buscando a través de mecanismos más poderosos,

---

[99] RUSCONI, Maximiliano Adolfo. Derecho penal Parte General. AD-HOC. Tercera Edición. Buenos Aires, Argentina, mayo, 2016. p. 206.

[100] RUSCONI, Maximiliano Adolfo. Derecho penal Parte General. AD-HOC. Tercera Edición. Buenos Aires, Argentina, mayo, 2016. p. 207.

[101] RUSCONI, Maximiliano Adolfo. Derecho penal Parte General. AD-HOC. Tercera Edición. Buenos Aires, Argentina, mayo, 2016. p. 207.

sino de <programar un control razonable de razonabilidad, seleccionando los objetos, medios e instrumentos.”[102]

PRINCIPIO DE LESIVIDAD

El principio en comentario, es considerado un límite al poder punitivo, puesto que sólo aquellas conductas de trascendencia posibilitan que se active el sistema penal, es así que «el art. IV del Título Preliminar del Código penal regula el denominado principio de lesividad en nuestro ordenamiento penal, principio que se enmarca dentro de la función del Derecho Penal, en el sentido que la pena, necesariamente, precise la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley, reconociendo de esta manera no solo los delitos de lesión, sino también la existencia de los delitos de peligro que la doctrina actual ha desarrollado»[103].

El profesor García Cavero estima que el principio de lesividad «constituye una idea sumamente interiorizada que si el Derecho penal procura proteger bienes jurídicos, el delito constituye la lesión de un bien jurídico. A partir de esta idea se explica la exigencia de cierta lesividad de la conducta delictiva para fundamentar la imposición de la pena. A esta formulación no hay nada que reprocharle en el plano conceptual, pero contrasta con una técnica de tipificación muy extendida en el Derecho penal actual. La cuestión que debe resolverse es si los delitos de peligro abstracto resultan compatibles con el principio de lesividad expresamente requerido en la norma penal. Al parecer la respuesta es

---

[102] VILLAVICIENCIO T.. Felipe.. Derecho penal parte General. Grijley. Enero, 2013. p. 92-93.

[103] REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Tratado de Derecho Penal Parte General. Legales Ediciones. Volumen 1. Lima, 2016. p. 299-300.

negativa, tanto es así que el Ante proyecto de Reforma del Código Penal de 2004 ha agregado al artículo IV una cláusula de excepción que permitiría, en ciertos casos, la utilización de los delitos de peligro abstracto como técnica legislativa."[104]

En síntesis, el principio de lesividad, estima que la afectación al bien jurídico tutelado, es un presupuesto para la intervención penal, no sorprenderá saber que la flexibilización de dicho principio actualmente ha decantado por un avance extensivo del poder punitivo.

Finalmente, este principio también ha sido desarrollado por la Corte Suprema, donde a través de un pronunciamiento determinó que el contenido del principio de lesividad implica «la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por ley", sin embargo, no cualquier lesión o puesta en peligro tiene aptitud para activar el sistema penal, sino aquellos comportamiento sumamente reprochables y no posibles de estabilización mediante otro medio de control social menos estricto; en ese sentido, para la materialización de un delito se requiere que el sujeto activo haya cometido un hecho suficientemente grave como para ser objeto de represión Penal plasmada en la imputación penal y no un simple desliz disciplinario».[105]

Ahora bien, la ausencia de criterios valorativos en relación al valor económico en el delito de peculado, implica una renuncia al principio de

---

[104] GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal parte General. Segunda Edición. Juristas Editores. Marzo, 2012. p. 129.

[105] R.N. N° 3763-2011-Huancavelica, del 29-01-2013, ff.jj. 7-11. Sala Penal Permanante.

lesividad, y sobre el particular es necesario precisar que «no es una nueva idea renunciar a la teoría de bienes jurídicos y querer reemplazarla en todo o en parte con otras formulaciones de la tarea del Derecho penal, en especial por la protección de “deberes”. Así, ya para Binding el “núcleo” de la lesión del bien radicaba en la *desobediencia*; y el mismo Gallas, en sus primeras publicaciones (durante la época nacionalsocialista) afirma que, frente a las consideraciones funcionales de la teoría de bienes jurídicos, tendría preeminencia una <valoración ética de la lesión del deber>.[106]

En materia del principio de lesividad la Corte Suprema ha tenido entre otros un pronunciamiento uniforme respecto a la importancia propiamente dicha de la lesividad en el derecho penal, en específico el delito de peculado:

“Un pronunciamiento que sobresale entre los anteriores es el “caso de las hojas bond”. Aquí la Corte Suprema evalúa la responsabilidad de un abogado que, trabajando de asesor legal de una universidad pública de Huancavelica, utiliza cuatro hojas bond para redactar una apelación para uno de sus clientes privados. En este caso, además de tomarse los anteriores argumentos, la idea principal es: En virtud del principio de lesividad, la pena necesariamente precisa de la lesión o puesta en peligro tiene aptitud para activar el sistema penal (…) añade… (…) lo acabado de mencionar tiene correlato en la teoría de la imputación objetiva en virtud de cuyos fundamentos se tiene que la configuración de la tipicidad atraviesa un filtro de valoración por el cual alcanzan el nivel de una conducta típica solo aquellos comportamientos que expresen el significado

[106] ABANTO VASQUEZ, Manuel. Dogmática Penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública. Grijley. Lima, 2014. p. 50-51.

de una relevancia social o que produzcan una “perturbación social” en sentido objetivo (…) le hace pasible de sanciones administrativas, pero no penales porque el hecho en sí mismo no produce “una perturbación social” que dote de relevancia penal a la conducta de manera que justifique una intervención tan drástica del Derecho Penal.”[107]

Ciertamente la actividad o desarrollo del sistema penal incluye la necesidad precisa de la lesión o puesta en peligro, pero esta lesión debe estar relacionada con el principio de lesividad o afectación al bien jurídico, en el caso del peculado el bien jurídico patrimonio. Ello con el fin de realizar un adecuado estudio de la teoría de la imputación objetiva, permitiéndose así la correcta aplicación de la sanción penal o en buena cuenta la intervención drástica del Derecho Penal. Buscando de esta manera el bienestar general o bien común, tras la persecución del la actividad criminal.

PRINCIPIO DE INSIGNIFICANCIA

La protección del bien jurídico en los delitos como parte integral de la sociedad y del individuo, deben prever ciertas características mínimas para el ejercicio del poder punitivo, en ese sentido:

“(…) el principio de intervención mínima del Derecho Penal que consiste en que el Derecho Penal deja de ser necesario para proteger a la sociedad cuando dicha protección se puede conseguir por otros medios (…) es relevante y aplicable el principio de subsidiariedad, según el cual el Derecho Penal no ha

---

[107] ORE GUARDIA, Arsenio. LAMAS PUCCIO, Luis. BRAMOT –ARIAS TORRES, Luis. NAKASAKI SERVIGÓN, César. Tomo 101. Gaceta Penal & procesal penal. Especial. El delito de Colusión en la Jurisprudencias Vinculante. Gaceta Jurídica. Noviembre, 2017.p. 179.

de sancionar todas las conductas vulneradas de los bienes jurídicos que protege (…) solo castiga las modalidades de ataque más peligrosas para ellos –el Derecho Penal protege el bien jurídico contra los ataques de especial gravedad-; que ambos postulados integran el llamado principio de intervención mínima del Derecho penal que consiste en que la intervención del estado solo se justifica cuando es necesaria para el mandamiento de su organización (…)”[108]

Entendiéndose en buena cuenta que el principio de Insignificancia, es materia específica en los delitos contra el bien jurídico “patrimonio”, es el caso de hurto simple y peculado, enfocando claro está en los montos mínimos para que sean considerados propiamente como delitos sancionables con una pena, por medio del Derecho Penal y no con otros medio de solución de conflictos.

VII. PARAMETROS DE CUANTÍA Y MÍNIMA INTERVENCIÓN INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Una de las garantías elevadas a nivel constitucional es el la tutela jurisdiccional efectiva, aquella directriz implica entre alguna de sus expresiones, el recibir una respuesta oportuna, ajustada a derecho y proporcional por parte del órgano jurisdiccional, es de entender que en el caso que nos ocupa, una respuesta acorde a apropiaciones ínfimas, guarda estricta correspondencia con el derecho administrativo sancionador, y no por el contrario, la incoación del proceso penal en estricto.

---

[108] ORE GUARDIA, Arsenio. LAMAS PUCCIO, Luis. BRAMOT –ARIAS TORRES, Luis. NAKASAKI SERVIGÓN, César. Tomo 101. Gaceta Penal & procesal penal. Especial. El delito de Colusión en la Jurisprudencias Vinculante. Gaceta Jurídica. Noviembre, 2017.p. 177-178.

A lo dicho el Tribunal constitucional en el Expediente N.° 763-2005-PA/TC-LIMA caso Inversiones la Carretera S.A. en sus fundamentos 6, 7, 8 y 9 exponen: "…la tutela judicial efectiva es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio. En un sentido extensivo, la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido. En otras palabras, con la tutela judicial efectiva no solo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia."[109]

Así pues la interpretación normativa que realiza el Tribunal y entendiendo aplicación generalizada, atiende la necesidad de la aplicación el análisis de la mínima cuantía. De ahí que Peña Cabrera afirma que "Según los dictados de un Estado Social y Democrático de Derecho, el control constitucional de las leyes, es un imperativo categórico, sobre todo, cuando los preceptos legales cuestionados, son de materia penal (sustantivo, procesal y de ejecución), tomando en cuenta la relevancia constitucional de los interés jurídicos

[109] Sentencia del Tribunal Constitucional. EXP. N.° 763-2005-PA/TC-LIMA caso Inversiones la Carretera S.A. 13 días del mes de abril de 2005. Con asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo

en juego."[110] Señala además que "El asunto es que un control de constitucionalidad, no pasa únicamente por fijar criterios interpretativos interpretativos que tiendan a fijar la aplicación correcta de la norma penal, sino por analizar rigurosamente, si el precepto se conduce con la naturaleza de las instituciones jurídico-penal y, si el supuesto de hecho se corresponde con el bien jurídico tutelado."[111]

Entendiéndose entonces, que para la aplicación correcta de una tutela jurisdiccional efectiva, en el presente, se debe realizar un análisis profundo e interpretativo de la cuantía y sus parámetros, siendo este el camino para evitar futuras conjeturas, interpretaciones erróneas o contrarias al fin supreso constitucional del bienestar social.

CRITERIOS VALORATIVOS

Un factor que necesariamente debe incidir en la configuración típica del peculado, es la valoración del quantum económico apropiado indebidamente, aquello sin lugar a duda, es un referente de la *trascendencia* de la conducta, y a su vez, el *perjuicio patrimonial* ocasionado a la administración.

De manera que para estructurar correctamente la configuración del delito de peculado debe existir un análisis de los criterios de valoración, en conjunción con los principios de la mínima intervención, el principio de lesividad, el criterio o filtro de valoración típica que es acompañado por el ejercicio del poder punitivo como ultima ratio. Así pues Arismendiz hace una crítica respecto a la estructura

---

[110] PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Sexta Edición. Idemsa. Lima, julio, 2017. p.73.

[111] PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Derecho Penal Parte General. *Ibídem.* p. 75

del delito de peculado con las siguientes inferencias: “la estructura típica del peculado, tanto doloso como culposo, no requiere expresamente la existencia de un perjuicio patrimonial concreto, como ´si opera, típicamente, en el delito de colusión agravada, en el cual el perjuicio patrimonial es un elemento descriptivo del tipo penal, por tal motivo BARRIOS ALVARADO, indica que es un delito contra la administración pública y no contra la propiedad: a consecuencia de que el servidor traiciona sus deberes, quebranta la correcta marcha patrimonial de la administración pública. Por ende en razón de las consideraciones esbozadas respecto al bien jurídico “patrimonial” no es exigible para la configuración de este ilícito penal”[112]

Según ha señalado Arismendiz no es necesaria la aplicación de estricto análisis de la cuantía como parte del delito de peculado, sin embargo, más adelante detalla que: “A pesar de lo expuesto, actualmente, determinados criterios jurisprudenciales vienen interpretando que el tipo penal de peculado, tanto en su forma dolosa o culposa, necesita, identificar la naturaleza del sujeto interviniente, su relación funcionarial y vinculación con el bien jurídico, la procedencia o identificación de los caudales y efectos públicos y el perjuicio patrimonial concreto…”[113]

Teniendo en cuenta lo anterior, y a nuestra consideración si es necesaria una evaluación de criterios valorativos; primero, respecto de la mínima

---

[112] ARISMEDIZ AMAYA, Eliu. Manual de Delitos contra la Administración Pública. Cuestiones Sustanciales y Procesales. Primera Edición. Instituto Pasífico. Junio, 2018.p.487.

[113] [113] ARISMEDIZ AMAYA, Eliu. Manual de Delitos contra la Administración Pública. Cuestiones Sustanciales y Procesales. *Ibídem.* p.488.

intervención del Derecho penal; segundo, la lesividad a consecuencia de la desvinculación del patrimonio del estado de su esfera de dominio teniendo en cuenta los principios de la insignificancia o significancia del valor.

COHERENCIA NORMATIVA

Cuando se detalla la necesidad de establecer un referente mínimo en el delito de peculado, se estima una alusión a lo que acontece en torno a los delitos patrimoniales, y en específico al delito de hurto puesto que también implica una indebida apropiación, claro está, con algunas particularidades propias del delito. Lo importante hasta aquí es señalar que en hurto, —cuando el valor económico del bien apropiado— no supera UNA REMUNERACION mínima, y la conducta se encuentra ausente de circunstancias agravantes, se configura sólo la modalidad básica.

Al comentar la cuantía en el delito de hurto, el profesor James Reátegui detalla que «Uno de los mayores problemas que ha presentado el delito de hurto en cuanto a aplicabilidad judicial es: ¿si es necesaria la exigencia de una remuneración mínima vital de la cosa mueble hurtada para la aplicación del delito de hurto agravado? En la lógica que todo tipo agravatorio debe contener todo y cada uno de los elementos estructurales del tipo básico.

Como es sabido, había algunas Salas Penales de la Corte Suprema en nuestro país que exige el cumplimiento de la remuneración mínima vital de la cosa mueble para su configuración agravatoria. Así por ejemplo… R.N. N° 4531-2005… «dentro de este contexto debe precisarse que el solo despojo del dinero al agraviado no resulta suficiente para establecer la concurrencia de la figura penal anotada –como delito-, en cuanto a la legislación nacional ha establecido como condición el valor del objeto de la acción –diferencia cuantitativa-; que, en

tal sentido, cuando el valor no sobrepasa las cuatro remuneraciones mínimas vitales estaremos frente a una falta contra el patrimonio…”[114]

La Corte Suprema también ha establecido la distinción entre la modalidad básica y agravada, y para el efecto —aún tratándose del delito patrimonial— detallo que «diferente es el criterio político criminal que rige para el delito de hurto simple, que por ser una conducta de mínima lesividad y en observancia a los principios de mínima intervención y última ratio del Derecho penal, demanda que se fije un valor pecuniario mínimo a fin de diferenciarlo de una falta patrimonial”[115]

Ahora bien, es sabido que la política criminal determina casi siempre el decurso de las respuestas normativas ante conflictos sociales, en ocasiones erróneamente, sin embargo, la naturaleza jurídica del delito de peculado, más allá de los deberes funcionales, es el perjuicio patrimonial que acaso se hubiere ocasionado a la administración, es el referente para catalogar una conducta como delictiva.

La cuantía en el delito de peculado, conforme a nuestra aproximación debería ser entendía bajo un requisito objetivo del tipo penal, y la distinción entre un parámetro habilitador del poder punitivo o en su defecto, recorrer instancias del derecho administrativo sancionador. El profesor Reátegui Sánchez, detalla comentando los delitos contra el patrimonio que «ahora bien, fijar una cuantía es

---

[114] REATEGUI SÁNCHEZ, James. Delitos contra el Patrimonio. Primera Edición. Legales Ediciones. Lima, 2018. p.81-82.

[115] REATEGUI SÁNCHEZ, James. Delitos contra el Patrimonio. Primera Edición. Legales Ediciones. Lima, 2018. p.81-84. Cfr. Acuerdo Plenario N° 01-2011.

un asunto de política criminal para delimitar los delitos y las faltas contra el patrimonio. Por consiguiente, la cuantía del objeto material del delito de hurto es un elemento de su tipicidad penal y no es una condición objetiva de punibilidad como algunos pretenden sostener; en consecuencia, complementa el desvalor de la acción, y que se integra por lo “normativo-jurídico” descrito en el artículo 444 del Código Penal».[116]

[116] REATEGUI SÁNCHEZ, James. Delitos contra el Patrimonio. Primera Edición. Legales Ediciones. Lima, 2018. p.81-85-86.

CAPÍTULO V

CUANTÍA EN EL DELITO DE PECULADO

(ANÁLISIS Y DIAGNÓSTICO DE PRONUNCIAMIENTOS RELEVANTES)

I. PRELIMINARES

En lo que refiere hasta aquí, hemos esbozado en capítulos anteriores, algunos argumentos a efecto de comprender el fundamento de posibilitar sanciones en el delito de peculado, aun cuando la cuantía sea intrascendente. Aquellas alegaciones tiene en efecto que brindar un estándar de realidad aterrizando en el plano material, por lo cual, se ha efectuado un análisis de algunos pronunciamientos —de mayor relevancia—, en el marco de las sentencias de la Corte Suprema

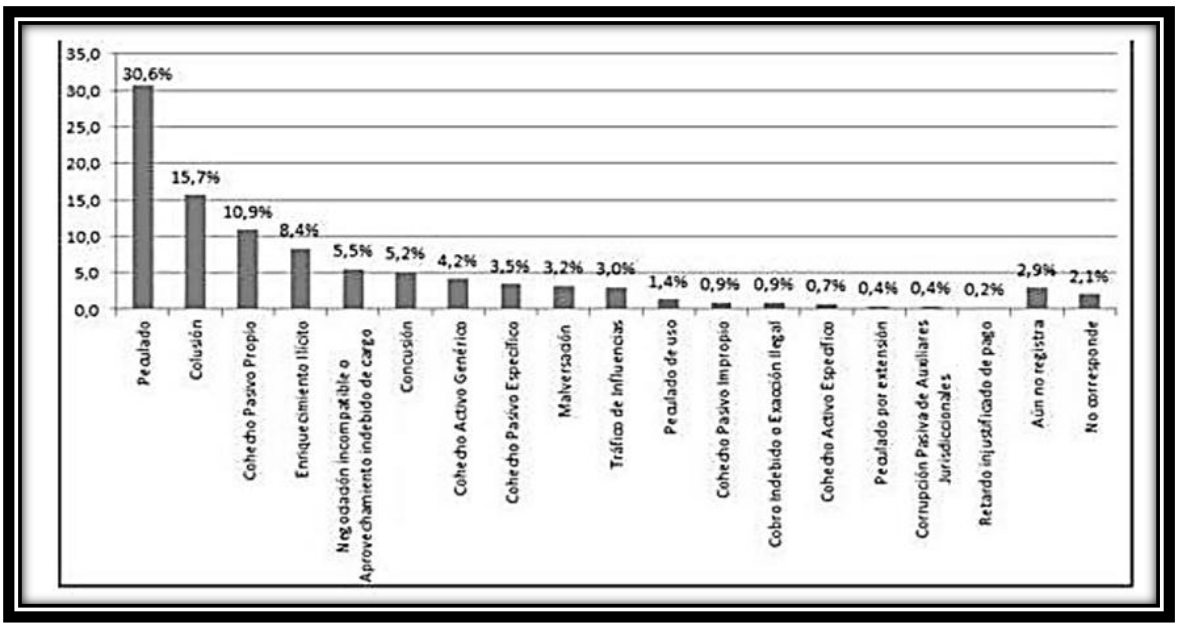
Ahora bien, es mayoritariamente aceptado que es práctica judicial la que determina, las más de las veces, el contenido de una u otra institución, y es sólo a través del estudio de casos concretos que se puede arribar a conclusiones relativamente certeras sobre nuestro objeto de estudio. Así las cosas, sólo

podríamos obtener una visión panorámica de la necesidad de implementar parámetros para establecer una cuantía mínima en el delito de peculado.

Para tal efecto, serán materia de análisis y comentario, algunos datos obtenidos sobre los procesos en casaciones en las que se procesó por el delito de peculado

Gráfico núm. 1

INCIDENCIA DE LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN. ESPECIAL REFERENCIA AL DELITO DE PECULADO, CONFORME AL AÑO 2011 AL 2012.



Fuente y elaboración: Procuraduría Anticorrupción[117].

Comentario:

Conforme se evidencia del gráfico núm. 1, se detalla la incidencia de los delitos contra la administración pública en su catálogo pormenorizado, lo que llama poderosamente la atención es la ocurrencia del delito de peculado que es objeto de análisis en la presente investigación. No sorprenderá saber que en el marco de delitos contra la administración pública, la comisión del delito de peculado, ocupa el primer lugar con poco más del 30% de incidencia delictiva lo

[117] Informe Temático núm. 125/2014-2015. Delitos de Corrupción en países de la región. Marco Normativo y Estadísticas. Congreso de la República, 2015, p. 9.

cual, por si sólo, brinda ya un gran referente en cuanto a la trascendencia y número de procesos que se desarrollan al interior del Poder Judicial.

Es interesante resaltar que al ser el delito de peculado el de mayor incidencia delictiva, quizá un factor determinante en aquello fuese que se inicia el proceso penal por la apropiación de cantidades ínfimas o con casi nula trascendencia o afectación patrimonial, lo cual lleva a reflexionar sobre la necesidad de un parámetro de cuantía mínimo para la configuración de aquel delito. Po r último, piénsese en que el cuadro arriba presentado obedece a un periodo anterior a la gran parte de reformas procesales, lo posibilitaría que en efecto, la incidencia de aquel delito sería mayor en años próximos.

Gráfico núm. 2

PROCESOS EN DELITOS DE CORRUPCIÓN CONFORME A LAS FISCALÍAS SUPERIORES ESPECIALIZADAS EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS POR DISTRITO FISCAL 2013.

DISTRITO FISCAL	TOTAL	% CARGA ASIGNADA
ANCASH	296	21.8%
APURIMAC	160	11.8%
AYACUCHO	93	6.8%
CALLAO	52	3.8%
HUANCAVELICA	110	8.1%
HUANUCO	66	4.9%
JUNIN	97	7.1%
LIMA	259	19.1%
LIMA NORTE	43	3.2%
LIMA SUR	34	2.5%
LORETO	28	2.1%
PASCO	42	3.1%
SANTA	57	4.2%
UCAYALI	21	1.5%
TOTAL	1,358	100%

FUENTE: Sistema de Gestión Fiscal - SGF, Fiscalía Coordinadora Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios. ELABORADO: Oficina de Racionalización y Estadistica – ORACE.

Comentario:

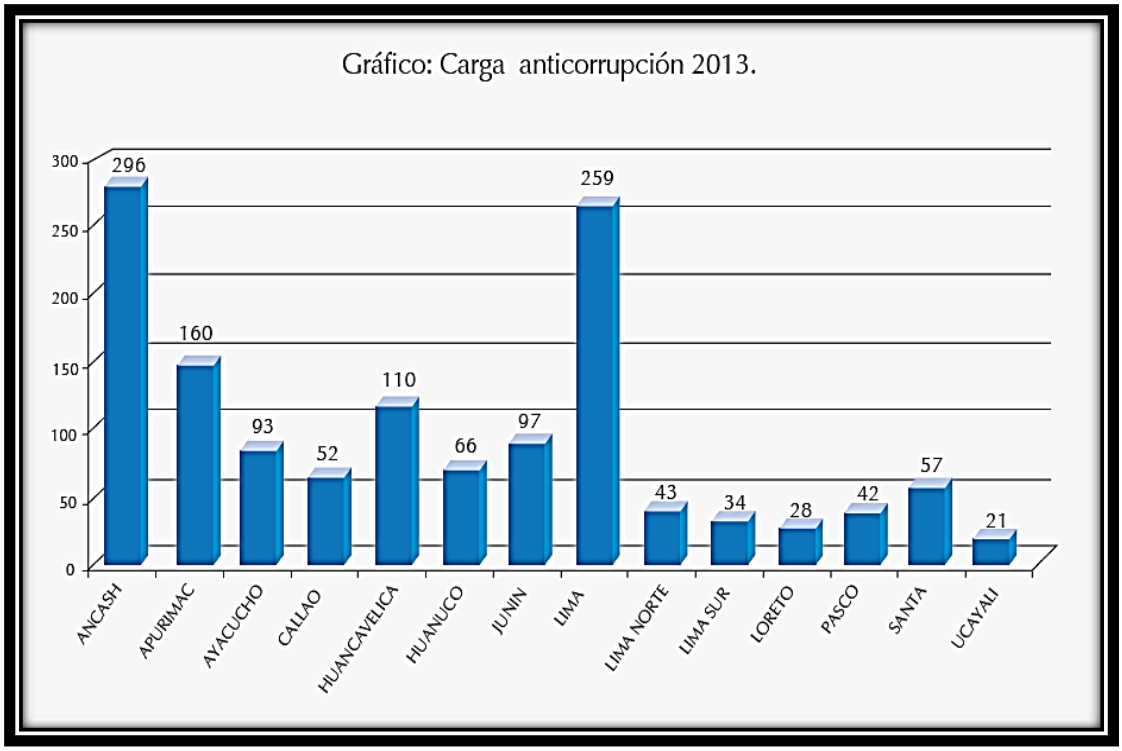
El gráfico bajo comentario, detalla en específico la carga procesal que afronta las fiscalías especializadas en cada distrito fiscal, lo cual en efecto, posibilita conocer los estándares de incidencia delictiva en cuanto a departamento se refiere, preciso es indicar que en el cuadro bajo examen se encuentra ausente la Fiscalía Especializada en delitos de Corrupción de Arequipa, y aquello obedece en buena cuenta, a que para la fecha, no se

encontraba aún en funcionamiento, siendo su implementación con posterioridad. Ahora bien, durante el análisis del cuadro, bien se puede evidenciar que el distrito con mayor incidencia en delitos de corrupción es Ancash, que encuentra un 21.8% de procesos en trámite. El segundo lugar, a su turno, es el distrito fiscal de Lima, con un 19.1%.

Un dato importante y de singular trascendencia es que el efecto de la centralización no opera en cuanto a temas de corrupción puesto que distritos fiscales como Huancavelica, Apurímac, e incluso Ayacucho, presentan también un alto incide de incidencia delictiva en delitos de corrupción, sin más, resta tan sólo dejar consignado que los fenómenos recientes han develado grandes índices de corrupción que necesariamente hacen posible la instauración de reformas no sólo a nivel normativo, sino además, de parámetros de precaución y prevención.

Gráfico núm. 3

PROCESOS EN DELITOS DE CORRUPCIÓN CONFORME A LAS FISCALÍAS SUPERIORES ESPECIALIZADAS EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS POR DISTRITO FISCAL 2013.



FUENTE: Sistema de Gestión Fiscal - SGF, Fiscalía Coordinadora Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios. ELABORADO: Oficina de Racionalización y Estadística – ORACE[118].

Comentario:

Durante el año 2013 el sistema anticorrupción equipo un reducido número de reformas en lo que se refiere a delitos contra la administración

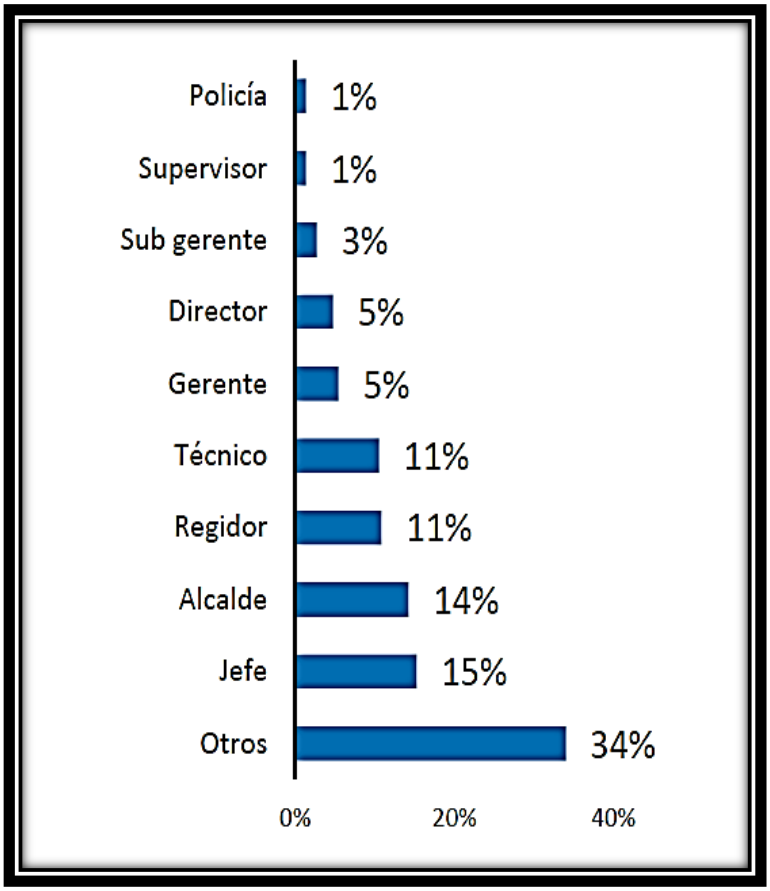
[118] Fiscalía de la Nación. Ministerio Público. Anuario Estadístico 2013. Oficina Central de Planificación y Presupuesto Oficina de Racionalización y Estadística, p. 12.

pública, es recién con posterioridad, que las políticas de lucha contra la corrupción, una de aquellas políticas estuvo determinada por el alto índice de criminalidad en cuanto a este catálogo delictivo, donde el funcionario perteneciente al Estado era quien atentaba contra la Administración.

En datos por analizar, lleva a considerar importancia lo acontecido en el distrito Fiscal de Ancash, donde se evidenciaron 296 procesos de corrupción de funcionario, un porcentaje mayor incluso al de la ciudad capital, donde su incidencia delictiva arribó a 259 procesos por corrupción de funcionarios. A su turno, un número reducido pero no menos importante comprende los distritos fiscales de Callao, Huánuco, Santa y Ucayali.

Gráfico núm. 4

PROCESOS EN DELITOS DE CORRUPCIÓN, EN REFERENCIA AL SUJETO ACTIVO CONFORME AL INFORME DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO.



FUENTE: Serie de Informes Defensoriales, Defensoría del Pueblo[119]

Comentario:

Conforme se evidencia del gráfico núm. 4, se han consignado los partícipes de delitos contra la administración pública, no sorprenderá saber que los dos grandes parámetros están conformados por el regidor y alcaldes —aún cuando estos son un número limitado—, se evidencia que en esencia, aquellos

[119] **Serie de Informes Defensoriales, Defensoría del Pueblo, Lima, p.**

son los directos partícipes, sea en alguna de las modalidades de partición delictiva, dígase autores, cómplices o instigadores. A su turno, y con menor incidencia, funcionarios que ocupan cargos menores, encuentran menor incidencia criminal, constituyendo porcentajes relativamente menores.

Por último, resta tan sólo detallar que al ser un interviniente especial el funcionario público, adquiere mayor disvalor su conducta al efectuar actividades en perjuicio de la administración pública.

Gráfico núm. 6

MODALIDADES ESPECÍFICAS DEL DELITO DE PECULADO

Modalidades frecuentes de peculado archivadas

Temas	Modalidades
Ejecución de obras o servicios	1. Apropiación de dinero producto de planillas fantasmas en obras o servicios
	2. Apropiación de dinero producto de comprar una menor cantidad de bienes que la presupuestada
	3. Apropiación de dinero destinado a obras no concluidas, no iniciadas o realizadas con materiales de menor costo o calidad
	4. Apropiación de materiales de construcción u otros comprados en exceso para una obra
	5. Cobro en exceso por falsificación de boletas de venta a terceros
	6. No presentación de documentos contables que sustenten la ejecución del gasto
Uso de bienes de la entidad	7. Uso de vehículos de la entidad para fines personales
	8. Uso de combustible para fines personales
	9. Uso indebido de computadoras de la entidad
Rendición de cuentas	10. No rendición de cuentas de dinero otorgado a funcionario para fines específicos (eventos, compras por campañas, caja chica, alimentación, medicinas, talleres, etc.)
	11. No rendición de cuentas de viáticos*
Sustracción de parte de terceros	12. Sustracción de material de oficina
	13. Sustracción de bienes por parte de terceros cuya administración había sido dada a un funcionario (laptops, entre otros)
Otros	14. Apropiación de dinero de bonificaciones, pensión, deudas, beneficios u otras obligaciones por parte de funcionarios
	15. Apropiación de dinero producto de la venta de terrenos
	16. No entrega a la autoridad de bienes incautados
	17. Cobro de doble remuneración

FUENTE: Serie de Informes Defensoriales, Defensoría del Pueblo, Lima, p. 52 a 53.

Comentario:

Un dato de relevancia, es la modalidad delictiva utilizada por quienes realizan apropiaciones o uso de caudales asignados a su cargo, aquellos funcionarios incorporan a su patrimonio bienes pertenecientes a la administración pública.

En la modalidad de apropiación encontramos las más diversas apropiaciones circunstanciadas a escenarios propios de la administración, el de mayor incidencia, al interior de las obras públicas, y a su vez, la compra o adquisición de bienes para la administración.

Gráfico núm. 7

INCIDENCIA DE LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS EN EL AÑO 2017.

FUENTE: Pagina WEB Oficial del Poder Judicial[120]

Comentario:

El gráfico arriba detallado consigna los casos de corrupción de funcionarios que afronta el Poder Judicial para el año 2016, se han establecido a las ciudades de Lima Sur, Lima, Ancash y Junin como las de mayor incidencia criminal en el marco de delitos de corrupción. Un dato importante es que la cifra

[120] Consulta web efectuada con fecha 15 junio del 2018.

anuncia la creación de juzgados especializados en corrupción, y además, que los caos de gran envergadura, serán de conocimiento del Sistema Nacional Especializado.

El delito de peculado conforme a las estadísticas, encuentra un porcenta cuantificable en 829 procesos sentenciados, mediante el cual se sancionó a autoridades que se apropiaron de dinero o efectos confiados a su cargo. Otros delitos que comprenden a un considerable número de sentenciados figuran colusión (222), ilícito por el que se castigó a quienes defraudaron al Estado en las adquisiciones o contrataciones, y aprovechamiento indebido de cargo (153) por usar su función de manera irregular en su beneficio o de terceros.

Igualmente, se sancionó a exalcaldes, exgobernadores, exmagistrados y altas autoridades por cohecho pasivo propio (75), abuso de autoridad (71) y peculado por uso (65), entre otros delitos.

Gráfico núm. 8

CARGA PROCESAL EN FISCALÍAS ESPECIALIZADAS

FISCALÍAS	APELACIÓN DE DENUNCIA		APELACIÓN DE EXPEDIENTE		CONSULTAS		EXCLUSIÓN FISCAL		EXPEDI-ENTES		INCIDENTE - EXPEDIENTE		QUEJAS		TOTAL GENERAL		% DE ATENCIÓN
	INGRESADO	ATENDIDO	INGRESADO	ATENDIDO	INGRESADO	ATENDIDO	INGRESADO	ATENDIDO	INGRESADO	ATENDIDO	INGRESADO	ATENDIDO	INGRESADO	ATENDIDO	INGRESADO	ATENDIDO	
ESPECIALIZADAS EN DELITOS DE CORRUPCION DE FUNCIONARIOS	575	562	6	6	197	194	13	13	77	58	7	6	620	618	1,495	1,457	97.46
NACIONALES ESPECIALIZADAS EN DELITOS DE CORRUPCION DE FUNCIONARIOS	81	81			36	36							5	5	122	122	100.00
NACIONALES ESPECIALIZADAS CONTRA LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA	98	98	18	18	3	3	1	1	66	42	3	2	16	16	205	180	87.80
NACIONALES ESPECIALIZADAS EN DELITOS DE LAVADO DE ACTIVOS Y PERDIDA DE DOMINIO	15	15	30	30	61	61	4	4	16	5			146	145	272	260	95.59
ESPECIALIZADA EN DELITOS DE TRATA DE PERSONAS									17	14			5	4	22	18	81.82
PENALES NACIONALES (*)									178	115			118	20	296	135	45.61
TOTAL	769	756	54	54	297	294	18	18	354	234	10	8	910	808	2,412	2,172	90.05

FUENTE: Sistema de Gestión Fiscal - SGF, Sistema de Información al Trabajo Fiscal – SIATF.

ELABORADO: Oficina de Racionalización y Estadística - ORACE[121]

Comentario:

El gráfico núm. 8 detallada la carga procesal de las Fiscalías especializadas en investigación criminal, se observa fácilmente que a Junio del 2018 —conforme al informe—, la labor y cantidad de incidentes atendidos pertenece a la Fiscalía Especializada en Corrupción de Funcionarios.

Las demás fiscalías, dígase especializadas en crimen organizado e incluso lavado de activos, tiene una incidencia menor, conforme a las estadísticas, lo cual implica corroborar nuevamente, que la labor del Ministerio

[121] Ministerio Público. Fiscalía de la Nación. Boletín Estadistico 2018, Fiscalía de la Nación, Edición Digital, p. 42

Público en su labor de lucha contra la corrupción es en el entendido, la de mayor incidencia.

Gráfico núm. 8

DELITOS REGISTRADOS EN FISCALÍAS PROVINCIALES PENALES Y SEGÚN TIPO DE DELITO GENÉRICO A NIVEL NACIONAL

ENERO - JULIO 2017 Y ENERO - JULIO 2018.

DELITOS GENÉRICOS	2017 ENERO - JULIO		2018 ENERO - JULIO	
	N° DELITOS	%	N° DELITOS	%
CONTRA LA VIDA, EL CUERPO Y LA SALUD	124,204	30.10	169,895	34.81
CONTRA EL PATRIMONIO	125,197	30.34	148,299	30.39
CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA	50,005	12.12	50,096	10.27
CONTRA LA FAMILIA	33,341	8.08	36,830	7.55
CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	28,623	6.94	28,151	5.77
CONTRA LA LIBERTAD	25,433	6.16	26,768	5.49
CONTRA LA FE PÚBLICA	12,471	3.02	13,589	2.79
DELITOS AMBIENTALES	3,088	0.75	3,877	0.79
LEY DE DELITOS INFORMÁTICOS	1,357	0.33	2,085	0.43
CONTRA LA TRANQUILIDAD PÚBLICA	2,273	0.55	1,907	0.39
OTROS DELITOS GENÉRICOS (*)	6,636	1.61	6,436	1.32
TOTAL	412,628	100.0	487,933	100.0

FUENTE: Sistema de Información al Trabajo Fiscal - SIATF y Sistema de Gestión Fiscal - SGF

ELABORADO: Oficina de Racionalización y Estadística - ORACE

Comentario:

Al mes de julio del 2018, se registraron en el Ministerio Público 487,933 delitos penales de los cuales la mayor incidencia se presentan en los delitos contra la vida el cuerpo y la salud con 169,895, representando el 34.81%, seguido de los delitos contra el patrimonio con 148,299, representando el 30.39% y los delitos contra la seguridad pública con 50,096, representando el 10.27%, mientras que los menores delitos se registran en delitos contra la tranquilidad pública con 1,907 representando el 0.39% y en delitos informáticos ley N°30096

con 2,085, representando el 0.43% y 3,877 en delitos ambientales representando el 0.79% de delitos registrados.

El gráfico núm. 10 consigna la totalidad de delitos —a junio del 2018—, que acontecieron y se investigaron al interior del Ministerio Público, tan sólo en los 6 primeros meses del presente año, el Ministerio Público, soporta una carga de 28.151 casos sobre delitos contra la administración pública, lo cual debería llevarnos al análisis sobre la necesidad de reformas normativas, y centrar a atención debida en casos que si requieren la activa participación de todo el aparato funcional.

II. ANÁLISIS DE CASOS CONCRETOS

CASO núm. 1

DATOS GENERALES:

R.N. núm. : 238-2009-PUNO

DELITO : PECULADO

IMPUTADO : C.R. y Colquehuabnca Churata

AGRAVIADO: Estado

HECHOS MATERIA DEL PROCESO

La acusación atribuye a los encausados C.R. y Colquehuabnca Churata que en su condición de trabajadores de la Municipalidad Provincial de San Román, y en particular en su calidad de vigilantes del depósito Municipal se apropiaron de diversas piezas de vehículo de placa de rodaje número XU3-709 de propiedad de E.M.H. que fue entregado en custodia luego que participara en un accidente de tránsito ocurrido el 19 de septiembre del 2005. Cuando el agraviado el veinte del mismo mes se constituyó al depósito municipal a retirar su vehículo, se constató a su insistencia que le faltaban los siguientes accesorios: once botones del sistema eléctrico, un botón de ventana, veinte relays, un flasher de emergencia, cinco fusibles.

PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL

La corte Suprema al analizar el caso en mención detalló en uno de sus considerandos lo siguiente:

QUINTO: Del acta de internamiento del vehículo al depósito municipal y del acta de constatación de perdida se acredita que falta sólo un alternador y un

relay —y no todo lo que indica la acusación fiscal—, sin embargo, preciso es indicar que debe aplicarse el principio de mínima intervención en Derecho Penal que consiste en que el derecho penal deja de ser necesario para proteger a la sociedad cuando dicha protección puede conseguirse por otros mecanismos, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales.

DECISIÓN FINAL

Luego del respectivo procedimiento, la Corte Suprema determinó que NO HABER NULIDAD en la sentencia, en el extremo que absuelve a los procesados de la acusación fiscal formulada en su contra, por el delito de peculado por extensión en agravio del estado y de E.M.H..

COMENTARIO Y APRECIACIÓN

El pronunciamiento en referencia, quizá es uno de los primeros en los que se determina que ante la ausencia de trascendencia económica en los bienes objeto del delito, se deba proceder a confirmar la absolución de los procesados en torno a la acusación fiscal, y todo aquello en atención a la aplicación del principio de mínima intervención.

CASO núm. 2

DATOS GENERALES:

R.N. N° **:** 3616-03-CUSCO

DELITO **:** Peculado Culposo

IMPUTADO **:** S.F. TORRES MENDOZA

AGRAVIADO: El estado

HECHOS MATERIA DEL PROCESO

De la revisión de y análisis de los actuados no se ha determinado que el encausado R.A.P.C. durante su gestión como coordinador de los centros de producción y prestación de servicios de la universidad de San Antonio Abad del Cusco. Haya incurrido en irregularidad, durante el periodo comprendido entre el mes de marzo a abril del año 1997, por lo que ante la insuficiencia que favorece a todo justiciable, debiendo absolver al citado encausado.

PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL

Que respecto a la acusada S.F. TORRES MENDOZA existe una mínima lesividad ya que el faltante advertido asciende a S/. 402.80 cantidad que inclusive ha sido restituida antes del inicio de la instrucción, por lo que no se ha penetrado el tipo penal imputado, careciendo su conducta de contenido penal, sin perjuicio de la inexistencia de la lesividad a que se contrae el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal pues ha quedado probado que no se ha probado un perjuicio económico al estado y además no existe adecuación del hecho imputado a la descripción que se hace en la ley penal; en consecuencia: Declararon no haber nulidad en la sentencia recurrida de F.C.V.

DECISIÓN FINAL

Que falla declarando infundada la excepción de prescripción deducida por la procesada S.F.T.M.; en cuanto absuelva a R.A.P CALLO (peculado culposo).

COMENTARIO Y APRECIACIÓN

Básicamente en el caso concreto, existe incidencia en el principio de mínima lesividad, que va dirigida la necesidad como ultima ratio de la aplicación penal, además de la austera trascendencia de la cuantía, además de no haberse probado la existencia propiamente del perjuicio patrimonial en contra del Estado. En consecuencia no se presenta un verdadero acto lesivo conforme al artículo IV del Título Preliminar del CP.

CASO núm. 3

DATOS GENERALES:

R.N. N° **:** 3763-2011 HUANCAVELICA

DELITO **:** Peculado Uso

IMPUTADO **:** Ricardo Alejandro Vera Donaires

AGRAVIADO: Universidad Nacional de Huancavelica.

FECHA **:** 29 de enero de 2011

HECHOS MATERIA DEL PROCESO

Según acusación fiscal se imputa a Ricardo Alejandro Vera Donaires, servidor público que se desempeñaba como abogado de la oficina de asesoría legal de la Universidad nacional de Huancavelica, haber utilizado papel membretado de propiedad de dicha casa de estudios cuatro hojas bond con sello de agua, con el fin de redactar un escrito a favor de Jesús Ángel Vásquez Ampa a quien patrocina de manera particular; habiendo presentado ante el Segundo Juzgado Penal de la Corte Superior de Huancavelica. Infiriéndose que la elaboración del escrito se realizó con los equipos de cómputo e impresión de la citada Universidad; ello a que el representante del Ministerio Público formulara acusación por el delito de peculado doloso, previsto en el primer párrafo del artículo 387 del CP.

PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL

QUINTO:… el Derecho Penal no puede arrogarse todo comportamiento socialmente indeseado, sino solo aquellos sino aquellos que revisten suma gravedad y que son posibles de reversión con medios de control social menos severos

SEXTO: …uno de los principios legitimadores del Derecho penal es el principio de intervención mínima, admitido únicamente por la doctrina penal… ha de reducir su intervención a aquellos que sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general… el carácter subsidiario del Derecho penal, también denominado de ultima ratio que, al orientar la solución del conflicto a una sanción menos gravosa que la pena, delimita el campo de acción de la intervención penal únicamente a aquello que sirva eficazmente a la prevención general positiva de la pena.

SÉPTIMO: En la misma línea se encuentra el principio de lesividad, por el cual "**la pena necesariamente precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por ley**". Sin embargo, no cualquier lesión o puesta en peligro tiene aptitud para activar el sistema penal, sino solo aquellos comportamientos sumamente reprochables y no pasibles de estabilización mediante otro medio de control social menos estricto; en ese sentido, para la materialización de un delito se requiere que el sujeto activo haya cometido un hecho lo suficientemente grave como para ser objeto de represión penal y no un simple desliz disciplinario

OCTAVO: … correlato de la tipicidad atraviesa in filtro de valoración por el cual alcanzan el nivel de una conducta típica sólo aquellos comportamientos que expresen el significado de una relevancia social, o que produzcan una "perturbación social" en sentido objetivo… de lo contrario la intervención del derecho penal plasmada en la imputación jurídico-penal no reflejaría las expectativas normativas de la sociedad por una genuina protección penal.

CASO CONCRETO

NOVENO: … el comportamiento del recurrente… no es aceptable… que le hace pasible de sanciones administrativas, pero no penales porque el hecho en sí mismo no produce una “perturbación social” que dote de relevancia penal a la conducta de manera que justifique una intervención tan drástica del Derecho Penal mediante la Pena… corresponde absolver al imputado de la acusación fiscal por el delito imputado…

DECISIÓN FINAL

Declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia… que condenó a Ricardo Alejandro Vera Donaires como autor del delito contra la administración pública, en la modalidad de peculado de uso… **Reformándola ABSOLVIENDO** a Ricardo Alejandro Vera Donaires**.**

COMENTARIO Y APRECIACIÓN

Como bien lo ha señalado la Corte Suprema, el derecho penal no puede ahogar sus esfuerzos punitivos en conductas intrascendentes como el uso de hojas bond, haciendo caso omiso a principio de la mínima intervención del Derecho penal; o el principio de lesividad que exige una afectación considerable al bien jurídico circunstancia que el presente caso no se da; en ese sentido es claro que el filtro de la conducta típica deberá objetivamente más eficaz en su aplicación, para evitar el como bien se mencionó el ahogamiento de los esfuerzos punitivos.

CASO núm. 4

DATOS GENERALES:

R.N. N° **:** 2676-2014 PUNO

DELITO **:** Peculado Doloso

IMPUTADO **:** LUICIANO MENDOZA APAZA

AGRAVIADO: El Estado

HECHOS MATERIA DEL PROCESO

Se atribuye al procesado Luciano Mendoza Apaza, que en su condición de alcalde de la Municipalidad del Centro Poblado de Alto Puno, durante el año 2004 haberse apropiado de bienes del referido municipio, consistentes en un tampón, un perforador, una calculadora, un engrapador, dos sellos de cancelado y un fechador, así como de S/. 27.00, bienes que fueron entregados por la secretaria de la referida municipalidad.

PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL

SEXTO: … este Supremo Tribunal no puede soslayar el hecho en este caso particular y excepcional, que uno de los principios fundamentales legitimadores del Derecho Penal es el de Intervención Mínima, admitido únicamente por la doctrina penal, según el cual el Derecho penal ha de reducir su intervención a aquello que sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general, tanto más, si existen otros mecanismos legales, incluso de la propia administración municipal para resarcirse de una posible falta justificación documental de bienes o apreciables económicamente… Esta situación no merecía una intervención penal, pues no producía una perturbación social que dote de relevancia penal a la conducta, de manera que justifique una intervención

tan drástica del derecho penal mediante la pena, precisamente, por no transgredir las barreras mínimas que habitan la actuación del derecho penal, que es de última ratio… Que siendo así, esta duda justificada y la poca trascendencia del evento, hacen justificable la aplicación del artículo 301 Código de Procedimientos Penales.

DECISIÓN FINAL

Declararon: **HABER NULIDAD** en la sentencia que condenó a LUCIANO MENDOZA APAZA como autor del delito contra la Administración Pública en la modalidad de peculado doloso… **REFORMÁNDOLA** absolviendo a LUCIANO MENDOZA APAZA.

COMENTARIO Y APRECIACIÓN

La trascendencia social o afectación comunitaria, es uno de los elementos que como bien lo indica el Corte Suprema debe ser soslayado para ser objeto de encausamiento penal, no debiéndose permitir la intervención penal en casos de perturbación social mínima, como el apoderamiento de S/. 27.00, existiendo otros mecanismos legales.

CASO núm. 5

DATOS GENERALES:

R.N. N° **:** 3004-2012 CAJAMARCA

DELITO **:** Peculado Doloso

IMPUTADO : Alejandro Douglas Mori Chávez

AGRAVIADO: El Estado (Municipalidad Distrital de Yonán)

HECHOS MATERIA DEL PROCESO

Se imputa al acusado Alejandro Douglas Mori Chávez que durante su gestión como alcalde de la Municipalidad de Yanán – Tembladera, en circunstancias que trasladó las oficinas de dicha municipalidad hacia domicilio, indebidamente trasladó la línea telefónica de la entidad edil, asignada con el número 57-60-15, efectuando llamadas telefónicas de carácter personal a los países de Argentina e Italia, durante los meses de octubre, noviembre y diciembre del 2002 situación que conllevo a que el municipio le restrinjan el servicio del uso del servicio telefónico.

PRONUNCIAMIENTO JUDICIAL

TERCERO: … como ha sostenido el TC en la sentencia 12-2006-PI/TC el derecho penal debe representar el medio o recurso más gravoso para limitar o restringir el derecho a la libertad de las personas y, por tanto, debe reservarse para las violaciones más intolerables…

CUARTO: En esta línea argumentativa se tiene… el principio de mínima intervención, lo que supone que el ejercicio del poder de punición tiene que ser el último recurso disuasivo que puede utilizar el estado… este principio es únicamente admitido por la doctrina penal… carece de este sentido la

intervención del derecho penal cuando existe la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico, como las sanciones propias del Derecho Administrativo y del Derecho Civil…

QUINTO: … el principio de lesividad que señala que en la aplicación de la norma penal… debe existir la vulneración del bien jurídico, sea por lesión o por puesta en peligro, conforme lo prevé el artículo IV del Título preliminar del CP… sin embargo no cualquier lesión o puesta en peligro tiene aptitud para activar el sistema penal, sino solo aquellos comportamientos sumamente reprochables y no posibles de estabilización mediante otro medio de control social menos estricto.

SEXTO: … en la teoría de la imputación objetiva, en virtud de cuyos fundamentos se tiene que la configuración de la tipicidad atraviesa un filtro de valoración por el cual alcanzan el nivel de una conducta típica solo aquellos comportamientos que expresen el significado de una relevancia social, o que produzcan una perpetración social en el sentido objetivo…

CASO CONCRETO

SÉPTIMO: …la conducta del recurrente… si bien la misma constituye un comportamiento contrario a la norma

NOVENO: …tal conducta no es pasible de represión penal, pues dada su intrascendencia…

DECISIÓN FINAL

Declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia que condenó a Alejandro Douglas Mori Chávez como autor del delito contra administración Pública en su

modalidad de peculado de uso indebido de bienes públicos. **REFORMÁNDOLA ABSOLVIENDO** a Alejandro Douglas Mori Chávez

COMENTARIO Y APRECIACIÓN

La correcta aplicación de la teoría de la imputación objetiva, corresponde a un filtro de valoración de los principios de mínima intervención del Derecho Penal y del principio de lesividad, que según lo expuesto por el tribunal la conducta de llevar una línea telefónica a su domicilio para el uso individual, no incluye un comportamiento trascendente, incluso siendo esta un conducta contraria a la normatividad. Esto debido a la falta de afectación social.

III. BENEFICIOS CON EL ADVENIMIENTO DE LA REFORMA

Dentro de las vicisitudes que traería consigo la reforma del art. 387 CP, y consecuentemente, el establecer un parámetro de la cuantía mínima para la configuración en el delito de peculado, se encuentran diversos aspectos que coadyuvarían positivamente a la labor anticorrupción. Entre aquellos podemos nombrar al menos tres evidencias de la necesidad de establecer aquel aspecto normativo.

IV. CORRESPONDENCIA ENTRE LA SANCIÓN Y LA INFRACCIÓN

Sin duda alguna, gran número de apropiaciones que incluso arriban a pronunciamiento por parte de la Corte Suprema, determinan que sea aquel tribunal el que determine su absolución, sin embargo, es considerablemente oneroso para el Estado, instaurar el aparato judicial, por apropiaciones ínfimas, y que se caracterizan por su escasa trascendencia en el valor pecuniario y en ocasiones, ausencia de perjuicio patrimonial para con la Administración.

V. GESTIÓN FISCAL EFICAZ CONTRA PROCESOS TRASCENDENTES

La carga procesal es uno de los factores que mayor incidencia tiene en la labor fiscal, aún cuando una investigación sea nominada como sencilla, existe siempre la labor de los sujetos procesales —y aquello acorde a derecho— de plantear cuestiones incidentes les, instar actos de investigación e incluso plantear cuanto mecanismo procesal considere necesario. La situación detallada líneas arriba no hace sino evidenciar que aún tratándose de procesos con relativa o carente de complejidad, conllevan el uso de espacio y tiempo en la labor del Ministerio Público.

VI. COHERENCIA NORMATIVA

Al interior de nuestra normatividad, y en los diversos dispositivos normativos, encontramos circunstancias atenuantes como agravantes, algunas de estas últimas sirven para modificar la responsabilidad penal, puesto que conllevan un mayor injusto. Una de aquellas circunstancias es la consignada en el segundo párafo del art. 387 CP, el cual detalla que «cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con penal privativa no menor de ocho ni mayor de doce años». Fácilmente podrá evidenciarse que el valor de lo apropiado, inserta un mayor marco punitivo, sin embargo, tratándose del tipo básico, no existe ningún referente económico para configurar el delito.

Es buena cuenta, la configuración típica del delito de peculado, podría acontecer con la apropiación de montos relativamente ínfimos en su valor pecuniario, es decir, una cuantas hojas bond membretadas, […]. Aquella situación origina que se instauren procesos que efectuando un costo beneficio, resultan un gasto al Estado insulto, puesto que la operatividad del sistema penal, estima que deben sancionarse conductas de trascendencia normativa, y que en efecto —aunque no lo exige el tipo penal— un perjuicio de trascendencia para la Administración Pública.

CAPÍTULO VI

PROPUESTA LEGISLATIVA

I. CUESTIONES PRELIMINARES

A efecto de concretizar los lineamientos antes descritos, es que se hace necesaria una reforma al dispositivo legal en cuestión, la trascendencia de la cuantía mínima en el delito de peculado y su incidencia en el perjuicio patrimonial —aun cuando no sea un elemento normativo del tipo penal—, es de suma importancia para viabilizar la labor de los operadores jurídicos. Resulta significativamente incoherente normativamente que se establezca parámetros para establecer la existencia de un delito de peculado agravado, y se encuentre ausente un quantum mínimo de referencia para el delito de peculado en su modalidad básica.

II. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

a. Objeto del proyecto

La presente reforma legal tiene por objeto, como enseguida se verá, la modificatoria del art. 387 del Código Penal, referente a la ausencia de

parámetros mínimos de cuantía para la configuración del delito de peculado. La propuesta en referencia tiene como propósito concretizar los fines del derecho penal, y en específico, sus fundamentos de acción, y además, lograr una coherencia normativa en lo referente a la operatividad de los delitos contra la administración pública.

b. Antecedentes

La regulación normativa del delito de peculado, ya en su modalidad básica o agravada, ha determinado a través de los años diversas modificatorias normativas, sin embargo, la de mayor importancia es aquella referida a un parámetro máximo para determinar el delito en su modalidad agravada, circunstancia que fue agregada a través de la Ley núm. 29758 del 2011, en la cual se introduce el parámetro económico para cuantificar el peculado agravado, sin embargo, las modificaciones legislativas han brindado nula atención a establecer parámetros mínimos para establecer la configuración del peculado básico, en lo que respecta a un referente económico mínimo.

Es recién con un pronunciamiento judicial de la Corte Suprema[122], que se presentaron dos proyectos de ley que posibilitaron una reforma a efecto de establecer un quantum mínimo para la configuración del peculado básico, los proyectos en referencia son 4187-2010-PJ y además, el signado con núm. 4898-2010-PJ.

c. Fundamentación de la propuesta

Una de las cuestiones que caracteriza al Derecho penal, es que aquel se basa en principios rectores que caracterizan su accionar, uno de aquellos es la

[122] Casación Huancavelica.

mínima intervención, que implica el usos de mecanismos alternativos anteriores al derecho penal a efecto de la resolución de conflictos de trascendencia, sin embargo, con la expansión del derecho penal aquellas directrices han sufrido una tergiversación material.

El principio de mínima intervención implica que «el Derecho penal sólo debe intervenir en los casos estrictamente necesarios, es decir, cuando el problema o conflicto social no pueda resolverse con los otros medios de control social extrapenales. El derecho penal no es un instrumento de control más, sino que, a causa de las consecuencias de su aplicación, deviene en un mecanismo especialmente problemático para los ciudadanos y la sociedad»[123].

La opinión en referencia estima tres aspectos a considerar sobre el principio de *mínima* intervención, el primero, la necesidad, entendida aquella como la trascendencia en la lesividad al bien jurídico, el segundo, la subsidiariedad, que en esencia comprende la posibilidad de brindarle respuesta al conflicto a través de otros medios, y por último, la excepcionalidad del Derecho penal y la introducción a nuestro ordenamiento jurídico.

En consecuencia, el principio de mínima intervención es un referente que estima la trascendencia de la conducta para poder activar el sistema penal. Piénsese en apropiaciones ínfimas y que en esencia, se encuentran carentes de afectación en cuanto a la administración pública. Es por aquellas consideraciones que se hace necesario establecer parámetros mínimos y tomar

---

[123] García Cavero, Percy, *Derecho Penal. Parte General*, Jurista Editores, Lima, p. 136.

como referente un estándar mínimo de operativización, que en efecto sería la RMV.

d. Análisis costo beneficio

La presente reforma no generará gasto alguno al erario nacional, por el contrario, promoverá un sistema de administración de justicia oportuna y además, beneficiará al sistema anticorrupción, posibilitando que se brinde mayor atención y espacio de investigación a procesos de trascendencia.

e. Efecto de la norma a nivel nacional

La referida iniciativa legislativa, obedece a garantías constitucionales que toda persona tiene al encontrarse inmersa en un proceso penal, y además posibilita que exista cohesión de criterios jurisdiccionales, efectivizando los fines del proceso penal y la valoración de principios de derecho material, como es en efecto, la mínima intervención.

f. Reforma legal

El contenido actual del art. 387 CP, estima que cualquier apropiación o uso, cual fuere el valor pecuniario configure el delito de peculado, aquello sin lugar a duda, transgrede diversos principios rectores de derecho penal, y en específico, la mínima intervención, al imposibilitar mecanismos alternos al proceso penal. Luego de la eventual reforma el art. 469 CPP, quedaría redactado de la siguiente manera:

Art. 387 CP: « El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos mayores a *una UIT*, 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.

CONCLUSIONES

PRIMERA: Existe una estrecha relación entre derecho penal y Constitución, obedece a una estrecha vinculación entre principios, prerrogativas y límites necesarios para su actuación al interior de nuestro sistema jurídico. Es de entender que la interpretación de los diversos dispositivos normativos contenidos en nuestra legislación penal, necesariamente deberán tener como referente a los parámetros de nuestro Estado de Derecho.

SEGUNDA: El principio de mínima intervención, encuentra actuación, cuando la dificultad o el problema social no pueda ser solucionado por algún otro fragmento del ordenamiento jurídico. Entiéndase entonces que sólo aquellas afectaciones de mayor trascendencia a bienes jurídicos, deben ser castigadas por el derecho penal.

TERCERA: La doctrina ha instaurado tres parámetros instrumentales para la correcta aplicación del principio de mínima intervención, el primero, la subsidiariedad, entendida como mecanismo de contingencia, el segundo, la

fragmentariedad, entendida como la división del Derecho a través de mecanismos alternos y diferentes al Derecho penal, y por último, considerada por algunos autores, la última ratio, que en esencia comprende la consignación de conductas que merecen el reproche penal puesto que trascienden al parámetro social.

OCTAVA: Actualmente existen un sinnúmero de conductas catalogadas en nuestro Código Penal que evidenciarían algún reproche por parte de nuestro sistema jurídico, sin embargo, aquellas no encuentran la trascendencia necesaria para el reproche penal.

QUINTA: En el peculado encontramos un delito pluriofensivo por un lado están los intereses patrimoniales de la administración pública, y por el otro lado tutelar los deberes funcionales. Es de notar que el peculado al proteger los intereses patrimoniales se enfrenta a caudales, bienes u otros valores que tienen la capacidad de ser cuantificables. Entonces a mayor valor del bien o caudal implicaría necesariamente un mayor reproche por parte de la normativa penal, pero está lógica tiene severas críticas, dado que nos enfrentamos a un delito que protege a la vez dos intereses, razón por la que autores de renombre han criticado el cuantificar el valor de los bienes, caudales o efectos.

SEXTA: La fijación de la cuantía busca disuadir en los posibles agentes la posibilidad de comisión del delito y salvaguardar aquellos caudales y efectos con cierto valor. La razón de proteger estos bienes responde a que se considera que requieren mayor importancia por el derecho penal, nada obsta para considerar aquellas conductas que atenten bienes con un valor o monto mínimo puedan ser considerados con una pena menor o como una atenuante.

SÉPTIMA: Cuando se hace referencia al perjuicio patrimonial al interior del delito bajo comentario, necesariamente se alude a la descripción típica que presenta, es de entender que el perjuicio se encuentra establecido como el efecto consumado del delito, sin embargo, nuestra crítica estima que aquel perjuicio a la administración debe encontrar una trascendencia para activar el ius puniendi del Estado, y así encontrarnos en estricta sintonía con el principio de mínima intervención, puesto que conductas que lleven consigo un perjuicio ínfimo posibilitarían el uso de mecanismos alternos a la configuración del proceso penal.

OCTAVA: La doctrina mayoritaria ha estimado que «para nuestro sistema penal, así el perjuicio ocasionado al Estado sea mínimo, igual se configura el delito de peculado.

NOVENA: El delito de peculado es una figura delictiva específica, en la cual para su calificación como tal se debe tener en cuenta criterios normativos y valorativos, por lo cual se hace necesario establecer una cuantía mínima para su configuración, direccionando aquellas conductas de apropiaciones ínfimas.

BIBLIOGRAFÍA

Abeo Sabogal, Diego Alonso, «El principio de proporcionalidad» en *Veinte Años de vigencia del Código Penal Peruano*, Grijley, Lima, 2012.

Actualidad Penal, Instituto Pacífico, Agosto, núm. 14, 2015, p. 21.

Avalos Rodríguez, Constante Carlos, *Mecanismos de simplificación procesal en el Código Procesal Penal de 2004*, Gaceta Jurídica, Lima, 2014.

Bernales Ballesteros, Enrique, *La constitución de 1993. Análisis comparado*, Quinta edición, Editora RAO, 1999.

Castillo Alva, José Luis, La motivación suficiente en materia penal, en *Principios fundamentales del nuevo proceso penal*, Gaceta Jurídica, Lima, 2013.

Coaguila Valdivia, Jaime*, Los derechos del imputado y la tutela de derechos en el nuevo Código Procesal Penal*, Gaceta Jurídica, 2013.

Colección Reforma, *Jurisprudencia Nacional Código Procesal Penal*, Tomo I, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Lima, 2012.

Cuarezma Terán, Sergio J., ¿La justicia penal para la economía?» en *El proceso Penal Acusatorio*, Instituto Pacífico, Lima, 2015.

Cubas Villanueva, Víctor, *El nuevo proceso penal peruano. Teoría y práctica de su implementación*, Palestra, Lima, 2009.

De la Cruz Espejo, Marco, *El Nuevo Proceso Penal*, Idemsa, Lima, 2007.

Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, EDIAR, Buenos Aires, 2005.

García Cavero, Percy, *Derecho Penal, Parte General*, Jurista Editores, Lima, 2012.

García Toma, Víctor. *La ley en el Perú. Técnica de elaboración, interpretación, aplicación e integración*, Lima, 1995.

Gastón Abellán Marina & García Figueroa, Alfonso J., *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, Palestra, Lima, 2005.

Guerrero López, Iván Salomón, ¿Common Law en el Perú? Jurisprudencia penal vinculante, Idemsa, Lima, 2009-

Hurtado Pozo, José, *Manual de Derecho Penal Parte General I*, Grijley, Lima, 2005.

Mendoza Ayma, Francisco Celis, *Constitución y Justicia Penal*, Adrus, Arequipa, 2005.

Mendoza Ayma, Francisco Celis, *Presupuesto acusatorio. Determinación e individualización de la pena. Proceso Penal. La medida del dolor*, Jurista Editores, Lima, 2015, p. 244.

Mendoza Ayma, Francisco Celis, *La necesidad de una imputación concreta en la Construcción de un proceso penal cognitivo*, Idemsa, Lima, 2015.

Monroy Gálvez, Juan, «art. 139 inc. 3» en *La Constitución Comentada, análisis artículo por artículo*, Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.

Montero Aroca, Juan, *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Tirant to Blach, Valencia, 1997.

Nakazaki Servigón, César, «Estudio Introductorio» en *Los delitos contra la administración pública en la Jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, Lima, 2013.

Neyra Flores, José Antonio, *Tratado de Derecho Proceso Penal*, Tomo I, Idemsa, Lima, 2015.

Neyra Flores, José Antonio, *Tratado de Derecho Proceso Penal*, Tomo II, Idemsa, Lima, 2015.

Neyra Flores, José Antonio, *Manual del Nuevo Proceso Penal & de Litigación Oral*, Idemsa, Lima, 2010.

Oré Guardia, Arsemio, *Jurisprudencia sobre la aplicación del Nuevo Código Procesal Penal*, Vol. 2, Academia de la Magistratura, Lima, 2012.

Pérez López, Jorge, «El derecho a la no autoincriminación» en *Principios fundamentales del nuevo proceso penal*, Gaceta Jurídica, Lima, 2013

Peña Cabrera, Alonso Raúl, *Exégesis Nuevo Código Procesal Penal*, tomo II, Rodhas, Lima, 2007.

Peña Cabrera Freyre, Alonso R., *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos. Perspectivas dogmáticas y político criminales*, Jurista Editores, Lima, 2009.

Rodrigo Cerda San Martín, *El nuevo proceso penal. Constitucionalización, principios y racionalidad probatoria*, Grijley, Lima, 2011.

Rubio Correa, Marcial, *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Tomo V, Fondo de la PUCP, Lima, 1999.

Salas Beteta, Christian, *El Proceso Penal Común*, Gaceta Jurídica, Lima, 2012.

Salas Beteta, Christian, «Juicio previo, oral, público y contradictorio» en *Principios fundamentales del nuevo proceso penal*, Gaceta Jurídica, Lima, 2013.

Sack Ramos, Sylvia Jacqueline, La responsabilidad civil en el nuevo proceso penal, Ideas, 2014.

Sánchez Velarde, Pablo, *El Nuevo Proceso Penal*, Idemsa, Lima, 2009.

San Martín Castro, César, *Derecho Procesal Penal*, Grijley, Lima, 2014.

Urquizo Olaechea, José, «art. 2 inc. 24, literal D» en *La Constitución Comentada, análisis artículo por artículo*, Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, tercera edición, Trotta, España, 1999.

ANEXO

UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN AGUSTÍN

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE POSTGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

TRASCENDENCIA DE LA CUANTÍA EN EL DELITO DE PECULADO Y SU INCIDENCIA EN EL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN

PROYECTO DE TESIS PRESENTADO POR:

MELINA ZULEMA LIZARRAGA AMESQUITA

PARA OPTAR GRADO ACADÉMICO DE:

MAGISTER EN DERECHO PENAL

AREQUIPA – PERÚ

2018

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

I. PREÁMBULO

Actualmente y con ocasión del escenario jurídico nacional, han adquirido singular atención los delitos cometidos en el marco de la lucha anticorrupción, y más aún, han saltado a la vista algunas deficiencias normativas, que en uno u otro caso, podrían encontrar reparo a través de reformas legislativas. Y es que de un tiempo a esta parte, los delitos «contra la administración pública», han determinado quizá, gran número de férreos debates en los diversos aspectos problemáticos que entrañan.

Ahora bien, tomando como punto de partida el contexto detallado con antelación, es que la investigación aquí presentada, abordará el tratamiento de delito de peculado (art. 387 CP), y en específico, la trascendencia de la cuantía para la configuración del tipo penal en su modalidad básica, y su incidencia en el principio de mínima intervención, evidenciando la ausencia de parámetros normativos para catalizar conductas que realmente lesionen el bien jurídico protegido.

Así las cosas, es de entender que la investigación abordará el tratamiento jurídico brindado a esta institución a través de los diversos pronunciamientos jurisdiccionales, a nivel de la Corte Suprema, comprobando que algunos acontecimientos de apropiaciones ínfimas podrían merecer un reproche a nivel de mecanismos alternos, diferentes al proceso penal, con la finalidad de establecer criterios de valoración para una decisión acorde a estándares de legalidad.

II. PLANTEAMIENTO TEÓRICO

1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1 ENUNCIADO DEL PROBLEMA

«TRASCENDENCIA DE LA CUANTÍA EN EL DELITO DE PECULADO Y SU INCIDENCIA EN EL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN»

1.2 PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA

La política criminal actual, ha desplegado un gran número de recursos normativos con la finalidad de sancionar y evitar actos de corrupción al interior de la administración pública. Aquello bien se puede evidenciar, a través de las reformas normativas, y en específico, en la imposibilidad de brindar una pena suspendida —en algunos delitos—, y a su vez, en la duplicidad de plazos de prescripción. Sin embargo, existe un escenario que trasciende en nuestro quehacer jurídico nacional, y aquel es el enjuiciamiento de apropiaciones ínfimas y de transcendencia mínima en el marco del delito de peculado.

1.3 EXPOSICIÓN DEL PROBLEMA ESPECÍFICO

El delito de peculado —en sus modalidades—, estima que aquel funcionario público que incorpora a su patrimonio bienes de la administración, es pasible de una sanción penal, y en buena cuenta, establece una pena considerable para la infracción en referencia, sin embargo, el dispositivo legal contenido en el art. 387 CP, carece de parámetros en relación al *quantum* económico, necesario para la configuración del delito, lo cual hace posible que toda apropiación, sea cual fuere el referente patrimonial, estime una sanción probable.

1.4 ENFOQUE ANALÍTICO Y CRÍTICO DEL HECHO

El legislador nacional, omitió detallar parámetros de cuantía mínimos para la configuración típica del delito de peculado en su modalidad base, preciso es indicar que al momento de establecer la modalidad agravada, aquel determinó un estándar económico significativo (10 UITs). Aquella situación no hace sino estimar que las más diversas apropiaciones del patrimonio estatal —por ínfimas que aquellas sean— puedan ventilarse ante el órgano jurisdiccional, lo que incidiría directamente en la prevalencia del principio de mínima intervención en el derecho penal. Necesario se hace entonces, establecer un referente económico mínimo y brindar espacio al ámbito administrativo para sancionar aquellas conductas.

1.5 ALTERNATIVA DE SOLUCIÓN DEL PROBLEMA

Posiblemente —al igual en la legislación foránea—, la reforma normativa comprenda la solución a aquella problemática, estableciéndose estándares económicos significativos y parámetros a efecto de evaluar la trascendencia penal de algún suceso de incorporación patrimonial por parte del funcionario público, entendiéndose que la modalidad dolosa e imprudente, tendrán referentes económicos disímiles. En consecuencia, pretendemos formular una modificatoria al dispositivo legal en mención (art. 387 CP) a fin de plasmar lo detallado con antelación.

2. DELIMITACIÓN DE INTERROGANTES

En la presente investigación, tienen singular trascendencia las preguntas detalladas a continuación:

2.1 PREGUNTAS GENERALES

A. ¿Cuál es la trascendencia de la cuantía para la configuración típica del delito de peculado en su modalidad básica, y su incidencia en el principio de mínima intervención?

2.2 PREGUNTAS ESPECÍFICAS

A. ¿Es el principio de mínima intervención mermado en su contenido esencial con la ausencia de un parámetro económico mínimo para la configuración típica del delito de peculado en su modalidad básica?

B. ¿Cuál es la incidencia de la ausencia de parámetros económicos mínimos para la configuración del delito de Peculado?

C. ¿Es necesario establecer parámetros económicos para seleccionar aquellas acciones con la idoneidad suficiente para la configuración típica del delito de Peculado?

D. ¿Cuál es el tratamiento jurisdiccional que brinda la Corte Suprema al delito de peculado ante un referente patrimonial mínimo?

E. ¿Es necesario establecer una cuantía mínima en relación al delito de peculado en su modalidad básica?

3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

La presente investigación, se encuentra determinada a través de los objetivos que se expresan a continuación:

3.1 OBJETIVO GENERAL

A. ¿Cuál es la trascendencia de la cuantía para la configuración típica del delito de peculado en su modalidad básica, y su incidencia en el principio de mínima intervención?

3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

A. Determinar si el principio de mínima intervención es mermado en su contenido esencial con la ausencia de un parámetro económico mínimo para la configuración típica del delito de peculado en su modalidad básica.

B. Establecer cuál es la incidencia de la ausencia de parámetros económicos mínimos para la configuración del delito de Peculado.

C. Determinar la necesidad de establecer parámetros económicos para seleccionar aquellas acciones con la idoneidad suficiente para la configuración típica del delito de Peculado.

D. Determinar cuál es el tratamiento jurisdiccional que brinda la Corte Suprema al delito de peculado ante un referente patrimonial mínimo

E. Establecer si es necesario establecer una cuantía mínima en relación al delito de peculado en su modalidad básica

4 HIPÓTESIS

«***Dado que*** acorde a lo establecido en el art. 387 CP, el delito de peculado se configura sin una cuantía mínima, lo cual implicaría una transgresión al principio de mínima intervención. Entonces, ***es razonable inferir que*** es necesario establecer parámetros económicos mínimos para la configuración típica del delito de peculado. ***Por tanto***, resultará necesario proponer una modificación legislativa del artículo 387 CP, de armonizarlo con nuestro ordenamiento jurídico».

5 VARIABLES

OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

TIPO	VARIABLE	INDICADORES
VARIABLE INDEPENDIENTE (CAUSA DEL PROBLEMA)	CUANTÍA EN EL DELITO DE PECULADO	PATRIMONIO ESTATAL CAUDALES Y EFECTOS REFERENTE ECONÓMICO FUNCIONARIO PÚBLICO INFRACCIÓN DEL DEBER
VARIABLE DEPENDIENTE (EFECTO DEL PROBLEMA)	PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN	POLÍTICA CRIMINAL OPERATIVIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. LESIVIDAD MATERIAL. TRASCENDENCIA MÍNIMA

ÁREA DE CONOCIMIENTO

Campo: Ciencias Jurídicas

Área: *Derecho Penal. Parte Especial*

Línea: Delito de Peculado (art. 387 CP)

TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN

La investigación en referencia será «explicativa» y «propositiva».

6. JUSTIFICACIÓN

La investigación en referencia, abordará uno de los temas que ha adquirido mayor preponderancia en el panorama nacional, como es en efecto, la cuantía mínima para la configuración del delito de peculado, y la necesidad de establecer parámetros para su trascendencia en el Derecho penal, y en específico, la trascendencia de aquella conducta ante el principio de mínima intervención, entendiendo que a la actualidad existe una expansión del panorama penal.

Ahora bien, el estudio efectuado tiene como principal objetivo establecer la necesidad de criterios valorativos en razón de la cuantía en el delito de peculado, y a su vez, armonizar las decisiones adoptadas por la Corte Suprema. Es en este sentido, que se hace preciso, una modificatoria al dispositivo contenido en el art. 387 CP, a efecto que se encuentre acorde a parámetros de constitucionalidad y legalidad, máxime si ya en el panorama normativo, existen diversos escenarios donde es requerida la cuantía básica para establecer relevancia penal.

7. MARCO CONCEPTUAL

Con la finalidad de ahondar en un mejor entendimiento de la problemática a investigar, y brindar algunos matices que fueron esgrimidas por la Doctrina e incluso también, por nuestras máximas instancias de la judicatura, es que se hace necesario detallar los conceptos siguientes:

a. DELITO DE PECULADO

El delito de Peculado importa aquella conducta delictiva atribuida a un funcionario público —en pleno ejercicio de su actuación funcionarial— quien aprovechando indebidamente su posición de custodio de caudales o efectos —de propiedad del estado-— se apropia de los mismos, para luego sacarlos de la esfera de la Administración y así ejercer un nuevo dominio sobre los mismos[124]. Es de entender, que el principal referente del delito, recae en la apropiación en sí, dejando de lado el *quantum* económico, que el funcionario hubiere incluido a su patrimonio.

SUJETO ACTIVO

Únicamente podrá ser quien tenga con el Estado una relación funcionarial específica. El sujeto activo del delito es así titular de una confianza que le obliga a actuar de un modo determinado regular respecto a los caudales y efectos que percibe, administra o custodia[125].

SUJETO PASIVO.

"Es el estado como titular y dueño del patrimonio que administran, custodian o perciben os funcionarios o servidores públicos en razón del cargo funcional, y de forma mediata los comunitarios como naturales destinatarios de los fondos públicos que son apropiados indebidamente por los *intraneus*"[126].

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

En la doctrina existen distintas posiciones sobre el bien jurídico protegido a través del tipo penal de peculado. Aquí algunas posiciones más relevantes:

a. El peculado como un delito de carácter netamente patrimonial.

b. El peculado como un delito cuyo contenido de injusto se agota en la infracción de un deber del cargo.

c. El peculado como un delito de naturaleza pluriofensiva.

---

[124] Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl. *Delitos Contra la Administración Pública,* Instituto Pacífico, Lima, 2016, p. 338.

[125] Reátegui Sánchez, James. *Delitos Contra la Administración Pública*, Ediciones Legales, Lima, 2017, p. 491.

[126] Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl, *ibídem*, p. 345.

De las tres posiciones actualmente destaca la última; el peculado como un delito de naturaleza pluriofensiva: el bien jurídico está formado por distintos aspectos: el patrimonio público y la Administración Pública[127]. En buena cuenta, lo que establece un sector mayoritario, es la existencia de un bien jurídico genérico, como es la administración pública, y uno específico, que en el caso de este delito sería el patrimonio estatal.

CONDUCTA TÍPICA.

Conformada por lo verbos rectores «apropiar» o «utilizar», entendiendo que el "apoderamiento" sería sustraer la cosa de la esfera de custodia del legítimo tenedor para ingresarlo en la propia esfera; por otro lado la "sustracción" solamente implicaría "apartar, separar, extraer" la cosa de la esfera de la custodia en que el bien se encontraba legalmente… en opinión predominante por la doctrina nacional es que el acto de apropiar 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[128].

TIPICIDAD SUBJETIVA.

Está determinada por el conocimiento del sujeto activo en el carácter del bien jurídico público y de la relación funcional, así como la intensión de apropiarse o dar uso privado a los bienes. En esa medida el dolo del sujeto activo involucra dos elementos, en primer lugar el hecho de que funcionario o servidor público sea consciente de que las conductas de apropiación o utilización que lleva a cabo involucran bienes que constituyen parte del patrimonio del Estado; y en segundo lugar que el sujeto activo lleve a cabo la acción con la intención de dar un uso privado o particular a los bienes en cuestión[129].

---

[127] Nolasco Valenzuela, José y Ayala Miranda, Érika, Delitos contra la Administración Pública, Tomo I, Ara Editores, Lima, 2013, p. 535.
[128] Reátegui Sánchez, James. *Ibídem*, p. 492.
[129] Reátegui Sánchez, James, *Ibídem*, p. 515 a 516.

CONSUMACIÓN

Siendo el peculado doloso por apropiación un delito de resultado, el momento consumativo se producirá cuando el funcionario público se apropie de los fondos públicos que percibe, administra o custodia por razón de su cargo. En este caso fijamos el momento consumativo del peculado depende del significado dogmático jurídico que se le dé a la "apropiación" de fondos públicos.

B. PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN

Uno de los principios rectores al interior de nuestro Derecho penal, es en efecto, la intervención mínima, aquel precepto entraña en buena cuenta, el uso de mecanismo alterna a la intervención punitiva, y conlleva además, un parámetro de trascendencia para la operatividad del poder punitivo. En palabras del profesor Villavicencio Terreros, el principio de mínima intervención implica que «el Derecho Penal sólo debe permitir la intervención punitiva estatal en la vida del ciudadano en aquellos casos donde los ataques revisten gravedad para los bienes jurídicos de mayor trascendencia»[130].

Ahora bien, el principio en referencia tiene una expresión bipartita, el primero, principio de *subsidiaridad*, el cual implica que el catalogar una conducta como delito al interior del Derecho penal, sólo puede admitirse cuando hubieren fallado, y nos encontremos ante la ausencia de mecanismos idóneos para brindar respuesta a aquella conducta, el segundo, a su turno, denominado principio de *fragmentariedad*, implica que el derecho punitivo, encuentra innecesario reprimir todas aquellas conductas que se suscitan en el escenario jurídico, sino que aquel seleccionado las de mayor trascendencia social.

Aunque es mayoritariamente aceptado que el fundamento del principio de mínima intervención es la imposibilidad de utilizar otro medio de control social institucionalizado, Maximiliano Rusconi, detalla que aquel argumento resulta

[130] Villavicencio Terreros, Felipe, *Derecho Penal, Parte General*, Grijley, Lima, 2013, p. 92.

incompleto y que en efecto, existen algunos presupuestos que justifican la existencia de este principio: ***a)*** reacción penal es socialmente reprochada, ***b)*** el daño del ilícito es mínimo, ***c)*** la ley futura no protege ningún valor digno, ***d)*** la conducta es socialmente aceptada[131].

Aquí no se trata de proteger a los bienes jurídicos de cualquier peligro que los amenazan a través de mecanismos más poderosos, sino de <programar un control razonable de la criminalidad, seleccionando los objetos, medios e instrumentos>. Por eso que intervenga el Derecho Penal —junto con sus graves consecuencias—su presencia debe ser absolutamente imprescindible y necesaria, ya que de lo contrario generaría una vulneración a este principio.[132]

El profesor García Cavero, estima que el principio de subsidiaridad, tiene una vertiente cualitativa y cuantitativa, en el plano cualitativo, la subsidiaridad significa que solamente los bienes jurídicos más importantes pueden legitimar la intervención del Derecho penal. En este sentido, las conductas que cuestionan la vigencia de aspectos que no son esenciales para la constitución del sistema social, no pueden dar pie a una sanción penal, aun cuando se encuentren generalizadas y no exista manera de reducir su tasa de incidencia con otros mecanismos de control[133].

La subsidiaridad tiene además una expresión cuantitativa, en el sentido que no podrá recurrirse al derecho penal si las conductas disfuncionales pueden controlarse suficientemente con otros medios de control menos lesivos. Se presenta como puede verse, una cierta vinculación entre el sistema penal y los otros sistemas de control, de manera tal que en la medida que los órdenes extrapenales puedan solventar las situaciones relevantes de conflicto, el Derecho penal no se verá obligado a intervenir en la solución de estos conflictos.

---

[131] Rusconi, Maximiliano, *Derecho penal. Parte general*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2016, p. 207.
[132] Villavicencio Terreros, Felipe, *Ibídem*, p. 93.
[133] García Cavero, Percy, *Derecho Penal. Parte General*, Idemsa, Lima, 2012, p. 136.

8. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

Luego de una búsqueda generalizada en los bancos de información y catálogos físicos como virtuales de las Universidades Nacionales y Privadas, se ha logrado identificar que a la actualidad existen sólo dos trabajos destinados a la *cuantía en el delito de peculado* en su modalidad básica, las investigaciones en referencia serán las detalladas a continuación:

A. Pariona Arana, Raúl, *El delito de peculado como delito de infracción del deber,* USMP, 2015. El estudio en referencia, centra su atención en la estructura típica del delito de peculado, evidenciando su naturaleza jurídica, y enfatizando la labor del funcionario al interior de la administración pública. Un apartado de la investigación, se encuentra dedicado a evidenciar la relevancia del monto apropiado, para luego concluir que normativamente no es exigible un referente económico mínimo para la comisión del delito.

B. Torres Pachas, David, Caso Universidad Nacional de Huancavelica. Trascendencia de la cuantía en el delito de peculado. PUCP, 2016. Gran parte de la investigación arriba detallada, brinda atención a un caso en concreto, que tuvo lugar en la Universidad Nacional de Huancavelica, donde se efectuó una apropiación de cuatro hojas bond. Preciso es indicar que el estudio revela la necesidad de establecer parámetros de selectividad a efecto de no criminalizar conductas de mínima trascendencia.

III. PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

1. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE VERIFICACIÓN

TÉCNICA	INSTRUMENTO
REVISIÓN DE BIBLIOGRAFÍA	FICHA BIBLIOGRÁFICA
REVISTAS ESPECIALIZADAS	FICHA HEMEROGRÁFICA
REVISIÓN DE SENTENCIA	FICHA DOCUMENTAL

2. CAMPO DE VERIFICACIÓN

Ubicación espacial: Corte Suprema

Ubicación temporal: **Periodo 2015-2018**

Unidades de Estudio: Casos Emblemáticos.

3. ESTRATEGIAS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

La información requerida para la presente investigación será recogida en forma personal. Respecto a la información documental y material bibliográfico, será determinado por los diferentes dispositivos legales relacionados con el tema materia de investigación, doctrina y jurisprudencia sobre la materia; el material se podrá recabar en las bibliotecas especializadas en Derecho, así como de la Biblioteca personal del graduando.

IV. CRONOGRAMA DE TRABAJO

	I Mes	II Mes	III Mes	IV Mes	V Mes	VI Mes	VII Mes	VIII Mes	IX Mes
Proyecto de Investigación									
Aprobación									
Recolección de información y bibliografía									
Análisis y diagnostico									
Revisión del asesor									
Redacción final									

V. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA PRELIMINAR

A. BIBLIOGRAFÍA ESPECIALIZADA

Arana Morales, William, *Manual de Derecho Proceso Penal*, Gaceta Jurídica, Lima, 2014. Abeo Sabogal, Diego Alonso, «El principio de proporcionalidad» en *Veinte Años de vigencia del Código Penal Peruano*, Grijley, Lima, 2012.

Bernales Ballesteros, Enrique, *La constitución de 1993. Análisis comparado*, Quinta edición, Editora RAO, 1999.

Castillo Alva, José Luis, La motivación suficiente en materia penal, en *Principios fundamentales del nuevo proceso penal*, Gaceta Jurídica, Lima, 2013.

Colección Reforma, *Jurisprudencia Nacional Código Procesal Penal*, Tomo I, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Lima, 2012.

Cubas Villanueva, Víctor, *El nuevo proceso penal peruano. Teoría y práctica de su implementación*, Palestra, Lima, 2009.

Cubas Villanueva, Víctor, *El Proceso Penal. Teoría y Práctica*, Palestra, Lima, 2003.

De la Cruz Espejo, Marco, *El Nuevo Proceso Penal*, Idemsa, Lima, 2007.

García Toma, Víctor. *La ley en el Perú. Técnica de elaboración, interpretación, aplicación e integración*, Lima, 1995.

Gastón Abellán Marina & García Figueroa, Alfonso J., *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, Palestra, Lima, 2005.

Guerrero López, Iván Salomón, ¿Common Law en el Perú? Jurisprudencia penal vinculante, Idemsa, Lima, 2009.

Mendoza Ayma, Francisco Celis, *Constitución y Justicia Penal*, Adrus, Arequipa, 2005.

Montero Aroca, Juan, *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Tirant to Blach, Valencia, 1997.

Nakazaki Servigón, César, «Estudio Introductorio» en *Los delitos contra la administración pública en la Jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, Lima, 2013.

Nolasco Valenzuela, José, Delitos contra la Administración Pública, Ara Editores, Lima, 2013.

Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl, *Delitos contra la Administración Pública*, Instituto Pacífico, Lima, 2016.

Rojas Vargas, Fidel, *Derecho Penal. Estudios Fundamentales de la Parte General y Especial*, Gaceta Jurídica, Lima, 2014.

Rubio Correa, Marcial, *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Tomo V, Fondo de la PUCP, Lima, 1999.

Salas Beteta, Christian, *El Proceso Penal Común*, Gaceta Jurídica, Lima, 2012.

Salinas Siccha, Ramiro, *Delitos contra la Administración Pública*, Iustitia, Lima, 2015.

Sánchez Velarde, Pablo, *El Nuevo Proceso Penal*, Idemsa, Lima, 2009.

San Martín Castro, César, *Derecho Procesal Penal*, Grijley, Lima, 2014.

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, tercera edición, Trotta, España, 1999.