

Delito de Peculado y Lesividad

El Límite del Derecho Penal ante Perjuicios
Irrelevantes

Hebert Quispe Huamán



IDEOS

Centro de Investigación
y Producción Científica

Delito de Peculado y Lesividad

El Límite del Derecho Penal ante Perjuicios Irrelevantes

Editor



Delito de Peculado y Lesividad

El Límite del Derecho Penal ante Perjuicios Irrelevantes

Hebert Quispe Huamán

Editado por

CENTRO DE INVESTIGACIÓN & PRODUCCIÓN CIENTÍFICA
IDEOS E.I.R.L

Dirección: Calle Teruel 292, Miraflores, Lima, Perú.

RUC: 20606452153

Primera edición digital, Noviembre 2024

Libro electrónico disponible en www.tecnohumanismo.online

ISBN:

Registro de Depósito legal N°: 2024-12193





Hebert Quispe Huamán

hebertquispehuaman@gmail.com

Hebert Quispe Huamán, abogado de renombre, nació en Quillabamba, Cusco, Perú, el 11 de noviembre de 1968. Con una sólida formación académica, es Bachiller en Derecho por la Universidad Particular Andina del Cusco, Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal, y Magíster en Administración con mención en Gestión Pública y Desarrollo Empresarial por la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco. Además, ostenta un Máster en Contratación Pública de la Universidad de Castilla-La Mancha, España, y estudios avanzados en análisis y prevención de la corrupción por la Universidad Internacional de La Rioja.

En su destacada carrera profesional, ha desempeñado funciones como procurador público municipal, conciliador especializado en materia de familia y asesor legal externo en instituciones públicas y privadas. Su compromiso con la excelencia en la administración de justicia lo ha llevado a participar en congresos, seminarios y diplomados, consolidando su experiencia en áreas como derecho penal, procesos administrativos y lucha contra la corrupción.

Reconocido por su capacidad académica y profesional, ha sido distinguido con diversos diplomas de honor y certificados en temas clave para la justicia y la gestión pública. También ha ejercido como docente universitario en la Universidad Andina del Cusco, compartiendo sus conocimientos y experiencia con nuevas generaciones de profesionales.

Con una trayectoria respaldada por su participación en proyectos de investigación y su enfoque en la transparencia y el desarrollo institucional, Hebert Quispe Huamán es una figura respetada en el ámbito jurídico peruano. Su visión y dedicación lo convierten en un referente en la aplicación del derecho y la gestión pública eficiente.

Este libro científico se ha originado de la tesis doctoral denominada:

**“EL DELITO DE PECULADO DOLOSO CUANDO EL
PERJUICIO PATRIMONIAL ES MINIMO O
IRRELEVANTE Y LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES
LEGITIMADORES DEL DERECHO PENAL: ULTIMA
RATIO, INTERVENCION MINIMA Y LESIVIDAD”**

Presentada por Bach. HEBERT QUISPE HUAMAN para optar el grado
de magister en Derecho Penal y Procesal Penal en la **Universidad Nacional
San Antonio Abad del Cusco**, Perú el año 2018

DEDICATORIA

A Dios por iluminar el sendero de mi vida, a mis padres Nolberto y Juliana por haberme incursionado en el mundo del derecho, a mi esposa Margarita y mis hijos Rosa Juliana, Renzo Mauricio, quienes son mi fortaleza y mi infinita gratitud a mis añorados hijos Camila Nicole y Piero quienes nos cuidan desde la eternidad, a ellos va este trabajo con afecto y cariño.

Hebert

AGRADECIMIENTOS

A los docentes de la Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco, en especial a los docentes de la Maestría en Derecho por sus enseñanzas que se han impartido en las aulas universitarias.

Un especial agradecimiento al Mg. MARIO HUGO SILVA ASTETE por su orientación jurídica y guía en el desarrollo del presente trabajo.

Hebert

ÍNDICE

DEDICATORIA	2
AGRADECIMIENTOS	3
RESEÑA	8
INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO I.....	12
1.1. SITUACION PROBLEMÁTICA	12
1.2. FORMULACION DEL PROBLEMA.....	23
1.2.1 PROBLEMA PRINCIPAL	23
1.2.2 PROBLEMAS ESPECIFICOS	23
1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	24
1.4. OBJETIVOS	27
1.4.1. OBJETIVO PRINCIPAL.....	27
1.4.2.- OBJETIVOS ESPECÍFICOS	27
CAPITULO II	30
2.1. ANTECEDENTES	31
2.2. EL DELITO DE PECULADO.....	37
2.2.1. CONCEPTO DE PECULADO	37
2.2.2. ORIGEN Y REMINISCENCIA HISTÓRICA.....	40
2.2.3 NATURALEZA JURIDICA	45
2.2.4 MODALIDADES DEL DELITO DE PECULADO	46
2.3. EL TIPO PENAL DE PECULADO AGRAVADO	52
2.4. PECULADO CULPOSO	53
2.5. AUTORIA Y PARTICACION	55
2.5.1. AUTORES Y PARTÍCIPES EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	55

2.5.2. LA TEORÍA DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER.....	58
CAPÍTULO III.....	65
3.1. EL TIPO PENAL:.....	65
3.2. EL BIEN JURIDICO TUTELADO EN EL DELITO DE PECULADO DOLOSO.....	66
3.3. TEORÍA DE LA INFRACCIÓN DE DEBERES FUNCIONARIALES ...	67
3.3.1. ESPECÍFICOS.....	67
3.4 TEORÍAS PATRIMONIALISTAS TRADICIONALES.....	68
3.5. TEORÍA DE LA PLURIOFENSIVIDAD.....	69
3.6 TEORÍA PATRIMONIALISTA FUNCIONALISTA.....	70
3.7 TOMA DE POSTURA.....	71
3.8 NATURALEZA PLURIOFENSIVA DEL PECULADO EN LA JURISPRUDENCIA.....	77
3.9 LA LESIÓN AL BIEN JURÍDICO DENTRO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. ESFERA LIMITADA DE AUTORES.....	77
3.10 BIEN JURIDICO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA JURISPRUDENCIA.....	78
3.11 TIPICIDAD OBJETIVA.....	79
3.11.1. SUJETO ACTIVO: EL FUNCIONARIO Y SERVIDOR PÚBLICO ..	79
3.11.2 SUJETO PASIVO.....	79
3.11.3 OBJETO MATERIAL DEL DELITO: CAUDALES Y EFECTOS.....	79
3.12 TIPICIDAD SUBJETIVA.....	81
CAPÍTULO IV.....	83
4.1 ALGUNAS REFLEXIONES GENERALES VINCULADAS AL PRINCIPIO DE LESIVIDAD Y MINIMA INTERVENCION.....	84
4.2 SOBRE LA LESION O PUESTA EN PELIGRO CONCRETO O ABSTRACTO DE.....	85
4.2.1. LOS BIENES JURIDICOS TUTELADOS POR LA LEY PENAL.....	85

4.3 ALTERNATIVAS AL DERECHO PENAL: MEDIOS DE CONTROL EXTRAPENALES	88
4.4. EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD Y MINIMA INTERVENCION EN LA...	90
4.4.1. JURISPRUDENCIA PENAL NACIONAL	90
4.5 PRINCIPIO DE ÚLTIMA RATIO DEL DERECHO PENAL IMPIDE SANCIONAR.....	95
4.5.1. PENALMENTE ILÍCITOS DE ESCASA TRASCENDENCIA SOCIAL.....	95
4.5.2. SALA PENAL PERMANENTE R.N. N° 3004-2012-CAJAMARCA ...	95
4.6. LA JURISPRUDENCIA DESDE LA PERSPECTIVA DEL PRINCIPIO DE MINIMA INTERVENCION	98
4.7. INTERVENCIÓN MÍNIMA Y CARÁCTER SUBSIDIARIO DEL DERECHO PENAL	101
4.8. RELEVANCIA PENAL DEL MONTO APROPIADO EN EL DELITO DE PECULADO.....	110
CAPÍTULO V	113
5.1. HIPOTESIS PRINCIPAL	114
5.2. HIPOTESIS ESPECÍFICAS	114
5.3 POBLACIÓN.....	115
5.4. MUESTRA	115
5.5 TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE DATOS	115
5.5.1 ENCUESTA.....	115
5.5.2 ANÁLISIS DOCUMENTAL	115
5.6 ENCUESTA A JUECES PENALES, FISCALES Y ABOGADOS DEFENSORES.....	116
CAPÍTULO VI.....	130
CONCLUSIONES	131
RECOMENDACIONES.....	132

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	134
PREGUNTAS PARA LA ENCUESTA	136

RESEÑA

El presente trabajo de investigación aborda un tema de especial importancia en el Derecho Penal. Se Trata del delito de peculado doloso cuando el agente o infractor se apropia de algún bien o dinero de poca importancia del patrimonio del Estado. El estudio abarca entonces los casos en que la afectación al patrimonio del Estado es mínima o insignificante. El propósito del estudio, qué duda cabe, es conocer la percepción de los operadores de justicia en torno a este tema y analizar la tendencia de la jurisprudencia actual en casos en que el patrimonio del Estado ha sido afectado de manera irrelevante. En el trabajo, como es obvio, se ha planteado adecuadamente el problema de investigación, su hipótesis y objetivos. Asimismo, se ha hecho un estudio doctrinario y jurisprudencial del delito de peculado, comprendiendo, entre otros, su concepto, su naturaleza jurídica, sus modalidades, sus elementos objetivos y subjetivos; igualmente se ha comprendido a los sujetos activos de esta conducta delictiva. Ahora bien, en lo relacionado al pronunciamiento de nuestros tribunales de justicia, se ha reproducido las sentencias más relevantes relacionadas con el tema, observando la tendencia de los jueces para resolver estos casos. Posteriormente, se ha hecho un análisis de las encuestas realizadas a los jueces, fiscales y abogados defensores, quienes han expresado su opinión de acuerdo al cuestionario estructurado. En la parte final se ha elaborado la interpretación y discusión de resultados, las conclusiones y las recomendaciones, concluyendo con la bibliografía utilizada.

Palabras clave: Peculado doloso, perjuicio patrimonial mínimo, principios del Derecho Penal.

INTRODUCCIÓN

El delito de peculado doloso es una de las infracciones más discutidas y complejas dentro del ámbito del Derecho Penal, especialmente cuando se trata de situaciones donde el daño al patrimonio del Estado es aparentemente mínimo o de escasa relevancia. Este fenómeno plantea serias interrogantes sobre la proporcionalidad y la justificación de las sanciones penales en casos donde el perjuicio al bien jurídico tutelado —el patrimonio estatal— no parece estar a la altura de la severidad de la sanción que se impone. En particular, surge la cuestión de si, en estos casos, el Derecho Penal debería intervenir o si sería más adecuado adoptar otras alternativas menos drásticas.

Este libro aborda de manera profunda y detallada este dilema jurídico, explorando cómo debe ser tratado el peculado doloso en aquellos casos donde la apropiación de bienes o dinero del Estado afecta, en términos prácticos, solo un porcentaje mínimo del patrimonio estatal. A través de un análisis exhaustivo, el texto cuestiona si la aplicación del Derecho Penal es justa o si, por el contrario, constituye un exceso que no responde de manera adecuada a la magnitud real del perjuicio causado. Así, este libro no solo se dedica a desentrañar el concepto de peculado doloso y sus distintas modalidades, sino que también examina el marco jurídico y las implicancias de la intervención penal cuando la magnitud del daño es de carácter irrelevante.

En su recorrido, el libro ofrece una reflexión profunda sobre las implicaciones de la ley frente a los casos en los que el daño patrimonial parece insignificante. ¿Debe el Derecho Penal actuar como un medio de última ratio, solo cuando no existen otros mecanismos eficaces para proteger el patrimonio del Estado? O bien, ¿es necesario que se imponen sanciones severas aún cuando el perjuicio sea mínimo, en nombre de la integridad de los principios penales? A través de este enfoque, el autor invita a reconsiderar las normas jurídicas y la forma en que los operadores del derecho, como jueces, fiscales y abogados defensores, interpretan y aplican la ley en estos contextos.

Además, este libro se adentra en un análisis crítico de la jurisprudencia actual, recuperando las sentencias más relevantes relacionadas con el peculado doloso de bajo monto, con el objetivo de conocer cómo los tribunales están resolviendo estos casos y cómo la interpretación del Derecho Penal varía según las circunstancias. En particular, se da cuenta de la percepción que los operadores de justicia tienen sobre este tema, explorando las

respuestas de jueces, fiscales y abogados defensores a través de encuestas estructuradas que han sido parte del proceso de investigación.

Con una perspectiva jurídica que abarca tanto la teoría como la práctica, el texto se adentra en el estudio del concepto y la naturaleza del peculado doloso, sus modalidades, así como las posibles teorías sobre su infracción. A su vez, se examina cómo los principios de lesividad y mínima intervención del Derecho Penal se aplican a estos casos y cómo la jurisprudencia se ha visto influenciada por estas consideraciones.

Este libro no solo busca esclarecer las dudas sobre el tratamiento legal del peculado doloso cuando el perjuicio es mínimo, sino que también ofrece una invitación a la reflexión sobre las herramientas jurídicas más adecuadas para abordar estos casos de manera justa y equilibrada. Al concluir, invita al lector a profundizar en la comprensión de este tema tan relevante, desafiando las concepciones tradicionales del Derecho Penal y proponiendo una mirada crítica hacia las prácticas judiciales contemporáneas.

El primer capítulo, **Definición y Contexto del Problema de Investigación**, establece la situación problemática y desarrolla la formulación de un problema central y varios problemas específicos relacionados con el peculado. Se justifica la necesidad de esta investigación a partir de la creciente preocupación sobre la intervención del Derecho Penal en casos donde el daño patrimonial es mínimo, y se definen objetivos claros, tanto generales como específicos, para guiar el análisis.

En el segundo capítulo, **Fundamentos Teóricos y Marco Conceptual**, se aborda el trasfondo teórico del peculado, incluyendo sus antecedentes históricos y su concepto en el contexto jurídico actual. Este capítulo examina las modalidades del delito, diferenciando entre peculado por apropiación y peculado por utilización, y analiza el tipo penal agravado, así como el peculado culposo. Además, explora la teoría de los delitos de infracción de deber, profundizando en la responsabilidad de los sujetos activos en la administración pública y su papel en la comisión de este delito.

El **Análisis Estructural del Delito de Peculado Doloso**, tercer capítulo, detalla los elementos constitutivos del delito, tales como el bien jurídico tutelado y las diferentes teorías que interpretan el concepto de infracción del deber. A través de un estudio de las teorías patrimonialistas y la teoría de la pluriofensividad, se evalúa la relevancia de la lesión al bien jurídico dentro de la administración pública y el papel que desempeña la jurisprudencia en la interpretación de este delito. Este capítulo también incluye un análisis sobre la tipicidad

objetiva y subjetiva, centrándose en las características del funcionario público como sujeto activo y en la tipificación de los caudales y efectos como objeto material del delito.

El cuarto capítulo, **Principios de Lesividad y Mínima Intervención en el Derecho Penal**, examina principios fundamentales en la aplicación del Derecho Penal, como la lesividad y la intervención mínima. Este análisis incluye reflexiones sobre el principio de última ratio y el carácter subsidiario del Derecho Penal, cuestionando si existen alternativas extrapenales más eficaces en casos de daños patrimoniales insignificantes. Además, se revisa la jurisprudencia nacional relacionada con estos principios, analizando su evolución y aplicación en situaciones específicas.

En el quinto capítulo, **Formulación de Hipótesis y Variables**, se especifican las categorías de estudio y las hipótesis planteadas para validar los objetivos de la investigación. La hipótesis principal y las hipótesis específicas permiten delimitar el marco de análisis en relación con la pertinencia de las sanciones penales para los delitos de peculado de menor impacto patrimonial.

Metodología de Investigación, el sexto capítulo, describe el enfoque cualitativo adoptado en el estudio, explicando el tipo de investigación jurídica y los métodos de recolección de datos. Se detalla la selección de la muestra, así como el uso de encuestas y análisis documental como técnicas principales. El capítulo concluye con una revisión de los cuestionarios aplicados a jueces, fiscales y abogados defensores, quienes aportan una visión práctica de las cuestiones investigadas.

Finalmente, en el séptimo capítulo, **Discusión e Interpretación de Resultados**, se realiza un análisis interpretativo de los datos recogidos, examinando las opiniones de los operadores de justicia respecto al delito de peculado en casos de afectación mínima. La interpretación de los resultados nos permite observar tendencias y posturas jurídicas, y reflexionar sobre las recomendaciones y conclusiones planteadas.

Este libro invita al lector a profundizar en el análisis de un tema que combina aspectos teóricos y prácticos, abriendo espacio para la reflexión sobre la racionalidad en la aplicación del Derecho Penal. Al sumergirse en estas páginas, el lector podrá apreciar el delicado equilibrio entre la protección del patrimonio público y la proporcionalidad en la intervención penal, en un tema que afecta directamente la confianza en la administración pública.

CAPÍTULO I

DEFINICIÓN Y CONTEXTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

En el ámbito del derecho penal, la comprensión de los fenómenos delictivos y su impacto en la sociedad exige un enfoque minucioso que permita desentrañar no solo las dinámicas de los delitos, sino también los elementos que los configuran. En este primer capítulo, se abordará la definición y el contexto del problema de investigación, en el que el lavado de activos se erige como uno de los delitos más complejos y devastadores dentro del marco de los delitos contra la administración pública.

El fenómeno del lavado de activos, cuya naturaleza transnacional y cada vez más sofisticada desafía las capacidades de los sistemas judiciales y administrativos, se presenta como una amenaza latente para la integridad económica y moral de las instituciones públicas y privadas. Este capítulo, por lo tanto, tiene como propósito trazar las bases conceptuales del lavado de activos, describiendo su evolución, sus formas de operación, y su relación con otras conductas delictivas, como el peculado. A su vez, se establecerá el contexto en el que se desarrollan estos delitos dentro del marco jurídico peruano, evaluando las normativas nacionales e internacionales que buscan contrarrestar esta problemática.

La definición precisa del lavado de activos, su alcance, y las metodologías empleadas para ocultar el origen ilícito de los fondos, constituyen elementos clave que guiarán este análisis. De esta manera, se pondrán en evidencia los retos que enfrenta el sistema penal para hacer frente a este fenómeno y las implicaciones de su tratamiento dentro del derecho penal contemporáneo. En resumen, el presente capítulo establecerá las premisas necesarias para adentrarse en el estudio detallado de los casos de lavado de activos en el Perú, contextualizando la importancia de su comprensión para la lucha contra la corrupción y la defensa del orden público.

1.1. SITUACION PROBLEMÁTICA

En los últimos años, el Perú ha sido testigo de un alarmante incremento en la incidencia de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos, especialmente aquellos relacionados con el peculado y la colusión. Estos delitos, que se caracterizan por la malversación o el uso indebido de fondos públicos, afectan gravemente la integridad del

Estado y desestabilizan las estructuras de confianza en las instituciones gubernamentales. El peculado implica la apropiación o desvío de bienes del Estado para beneficio personal, mientras que la colusión involucra acuerdos ilícitos entre servidores públicos y particulares, con el fin de obtener ganancias a expensas de recursos públicos. En ambos casos, la disposición indebida de dinero del Estado juega un papel central, lo que convierte al control y la transparencia en factores clave para mitigar estos ilícitos y garantizar la correcta administración pública.

Uno de los aspectos más preocupantes es la identificación de las entidades públicas con mayor cantidad de casos de corrupción. Las municipalidades distritales y provinciales, así como los gobiernos regionales, han sido señalados como los niveles de gobierno con la mayor concentración de estos delitos. Esta tendencia responde a varios factores estructurales, entre los cuales destacan la gran disponibilidad de recursos financieros que manejan estas entidades, sin un sistema de control efectivo para su uso adecuado. En muchos casos, la falta de personal especializado en áreas de fiscalización y supervisión, junto con la ineficiencia de los mecanismos existentes para prevenir y detectar irregularidades, facilita que se cometan actos de corrupción. Este déficit en la capacidad de control institucional se ve exacerbado por la falta de voluntad política para implementar reformas sustanciales en el sistema de gestión pública.

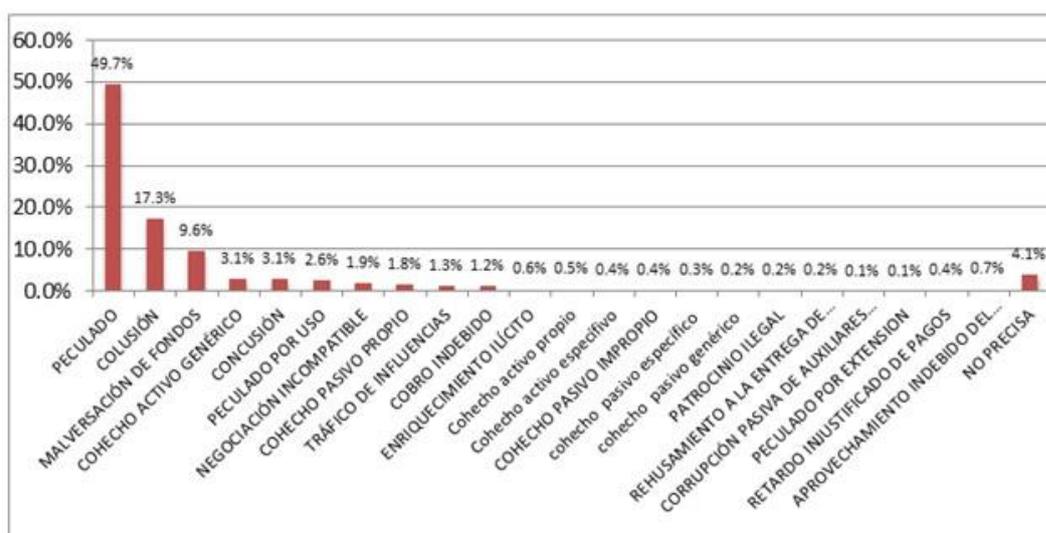
Además, la existencia de espacios de control institucionales limitados o, en algunos casos, inexistentes, contribuye significativamente al deterioro de la transparencia en la administración pública. Las municipalidades y gobiernos regionales, al manejar grandes montos de recursos provenientes de impuestos y transferencias del Estado, se convierten en focos de vulnerabilidad, donde las oportunidades para el desvío de fondos son numerosas y, muchas veces, difíciles de detectar a tiempo. La desconfianza en las instituciones encargadas de ejercer el control, como las contralorías y los órganos de fiscalización, ha llevado a una cultura de impunidad, en la cual los funcionarios corruptos a menudo escapan de la justicia debido a la falta de eficacia de los procedimientos de investigación y sanción.

Un dato fundamental que refleja esta situación y que actualmente forma parte de la información disponible para la defensa del Estado en casos de corrupción es el reflejado en el gráfico siguiente. Este dato no solo pone de manifiesto la magnitud del problema, sino que también permite observar cómo los recursos públicos se ven comprometidos en un círculo vicioso de malversación y falta de transparencia. El gráfico es un punto de partida para entender las dinámicas de corrupción dentro de los niveles de gobierno que más

recursos administran, así como para identificar las fallas en los procesos de control que permiten que los actos delictivos prosperen.

Este contexto resalta no solo la gravedad del problema, sino también la importancia de entender los factores estructurales y sistémicos que facilitan la proliferación de delitos de peculado y colusión. Es esencial que se analicen las causas profundas que permiten que estos actos de corrupción sigan ocurriendo, ya que no basta con sancionar a los responsables, sino que es necesario implementar reformas estructurales en los sistemas de gestión y control. El fortalecimiento de las instituciones encargadas de fiscalizar y la promoción de una cultura de integridad y responsabilidad en el servicio público son pasos cruciales para combatir la corrupción de manera efectiva y duradera.

El análisis detallado de esta problemática se convierte en un componente esencial para el diseño de políticas públicas orientadas a erradicar la corrupción, así como para el desarrollo de mecanismos más eficaces de supervisión que aseguren el uso correcto de los recursos del Estado. En este sentido, la información disponible, como la mostrada en el gráfico, se convierte en una herramienta valiosa para tomar decisiones informadas, que no solo busquen la sanción de los culpables, sino que también fortalezcan los cimientos de la democracia y la transparencia en el país.



Elaboración: Observatorio de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción

“De lo que podemos colegir, los tipos penales más recurrentes entre los casos de corrupción a nivel nacional son los de peculado y colusión. El delito de peculado se atribuye a los administradores o perceptores de fondos públicos que, al tener la responsabilidad de gestionar recursos del Estado, se apropian para sí mismos o para terceros del dinero que se les ha confiado. Este delito se convierte en una de las formas más insidiosas de corrupción, pues no solo implica la malversación de recursos, sino también el incumplimiento de la obligación fiduciaria que los funcionarios públicos tienen con el Estado y la ciudadanía. Es decir, el peculado no solo afecta la integridad del Estado, sino que también socava la confianza de la sociedad en sus instituciones. Por otro lado, el delito de colusión se refiere al acuerdo previo entre un funcionario público, que por razón de su cargo interviene en cualquier etapa de la contratación de servicios o adquisición de bienes, y un proveedor, con el fin de defraudar al Estado. Este tipo de delito involucra prácticas como el fraude en licitaciones públicas, la sobrevaloración de contratos o la creación de condiciones que favorezcan a determinados proveedores en detrimento del interés general. La colusión, al igual que el peculado, implica una manipulación directa de los recursos públicos, pero en este caso, el daño es aún más profundo, ya que involucra a actores externos que se benefician de un sistema de contratación pública viciado.

Ambos delitos, aunque distintos en su naturaleza, comparten un factor común: la disposición indebida de dinero público, un recurso que debería ser administrado con la máxima transparencia y responsabilidad. En el fondo, tanto el peculado como la colusión destruyen el propósito mismo de la función pública, que es servir al bienestar común y asegurar que los recursos del Estado sean utilizados para fines legítimos y en beneficio de la población. En consecuencia, no solo se ven afectadas las arcas del Estado, sino también el tejido social, pues estos delitos erosionan la confianza de la ciudadanía en la gestión pública, fomentando un ciclo de desconfianza e impunidad.

Este patrón recurrente se observa de manera alarmante en la mayoría de los casos de corrupción que enfrenta el Estado. Un 60% de los casos relacionados con delitos de corrupción involucran la utilización inapropiada de dinero público por parte de funcionarios encargados de administrarlo. En estos casos, los recursos son apropiados para fines personales o desviados hacia terceros sin justificación legal alguna. La naturaleza misma de estos delitos es devastadora, pues no solo afecta los recursos que deberían ser destinados a proyectos de desarrollo, salud, educación e infraestructura, sino que también perpetúa la

pobreza y la desigualdad social, dado que los recursos se destinan a intereses privados en lugar de al bienestar colectivo.

Asimismo, una parte significativa de estos delitos también está vinculada con la disposición de dinero público para la adquisición de bienes o servicios, donde el funcionario, encargado de gestionar el proceso, concierta previamente con un proveedor determinado, en un acto de fraude contra el Estado. Este tipo de comportamiento corrompe el proceso de contratación pública, que debería ser transparente y competitivo, garantizando que los bienes y servicios adquiridos sean los más adecuados y económicos para el Estado. Sin embargo, en estos casos de colusión, la prioridad no es la eficiencia o la utilidad pública, sino el beneficio privado de los actores involucrados, lo que contribuye a inflar los costos para el Estado y a disminuir la calidad de los bienes y servicios adquiridos.

En ambos casos, el común denominador es la manipulación y mal uso de los recursos estatales, lo que pone en evidencia la gravedad de la corrupción que afecta directamente a las arcas del Estado. Esta corrupción no solo tiene un impacto económico inmediato, sino que también contribuye a la desestabilización de las instituciones democráticas y al debilitamiento de la gobernanza. La impunidad que a menudo acompaña a estos delitos genera un efecto negativo en el tejido social, ya que la ciudadanía percibe que los responsables no enfrentan las consecuencias de sus actos. Este fenómeno crea un círculo vicioso de desconfianza en las instituciones públicas, lo que a su vez alimenta más corrupción y debilita el Estado de derecho.

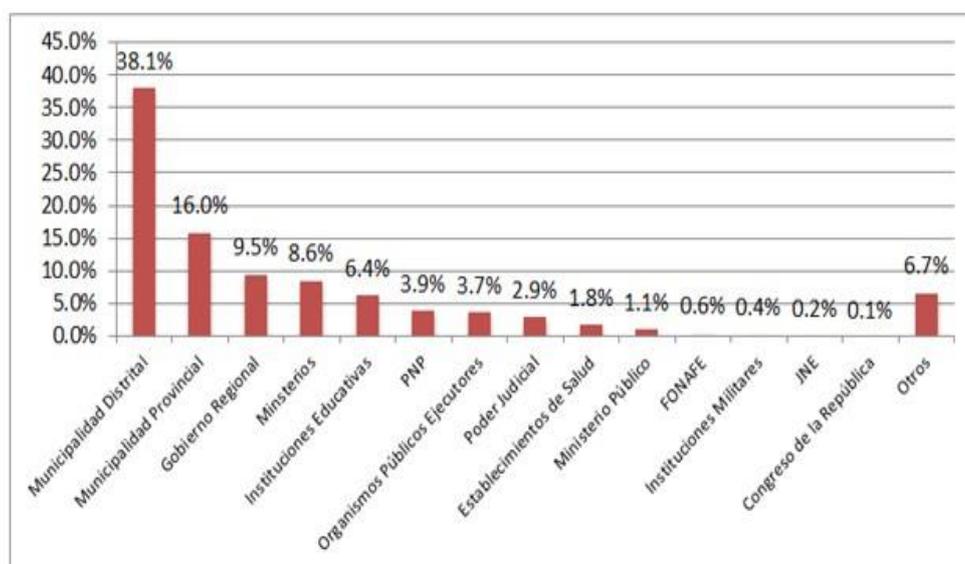
Es importante resaltar que, dentro del catálogo de delitos contra la administración pública, no todas las conductas delictivas están necesariamente relacionadas con la afectación directa al patrimonio del Estado. Esto implica que el bien jurídico protegido por las leyes que sancionan los delitos contra la administración pública no se limita únicamente a la protección de los recursos financieros del Estado. El daño causado por estos delitos también incluye la pérdida de legitimidad y confianza en las instituciones públicas, lo que, a largo plazo, tiene consecuencias aún más devastadoras que la simple pérdida económica. Este tipo de corrupción también afecta el funcionamiento adecuado de la administración pública, impidiendo que los recursos sean utilizados para sus fines legítimos, lo que a su vez reduce la calidad de los servicios públicos y perpetúa la desigualdad social.

En otros términos, el daño al Estado puede ocurrir incluso sin que se toque un solo centavo del erario público. La alteración de la confianza pública, la manipulación de los

procesos administrativos y la creación de sistemas viciados son daños intangibles que afectan profundamente la estructura de la gobernanza y la eficacia del sistema democrático. De esta manera, la corrupción no solo compromete el patrimonio material del Estado, sino también la estabilidad de las instituciones encargadas de gobernar y administrar el país.

En este contexto, resulta fundamental identificar cuáles son las instituciones que más frecuentemente se ven involucradas en casos de corrupción a nivel nacional. Este análisis permite no solo detectar los puntos más críticos donde se concentra la corrupción, sino también ofrecer una base para implementar reformas estructurales en las entidades públicas que podrían estar siendo más vulnerables a estos actos ilícitos. Conocer las instituciones involucradas es el primer paso para entender las dinámicas internas que permiten que estos delitos prosperen y, por ende, establecer medidas de control más efectivas y sistemas de supervisión que contribuyan a la erradicación de la corrupción en el ámbito público. Al identificar las debilidades dentro de estas instituciones, es posible diseñar políticas públicas más efectivas, implementar sistemas de control más rigurosos y fortalecer los mecanismos de rendición de cuentas, lo que podría ayudar a restaurar la confianza ciudadana en el gobierno y garantizar una mejor utilización de los recursos públicos.

La corrupción no es solo un desafío económico, sino también un problema institucional y social que requiere de un enfoque integral para su resolución. Las reformas deben abordar tanto la parte estructural como la cultural de la corrupción, estableciendo medidas que promuevan la transparencia, la rendición de cuentas y la ética pública. Solo a través de un esfuerzo conjunto para erradicar la corrupción y restaurar la confianza en las instituciones se podrá lograr un Estado más justo, equitativo y eficiente.



Elaboración: Observatorio de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción

“Contradiendo la última encuesta de percepción elaborada por Proética, las tres instituciones con más casos de corrupción a nivel nacional son de presencia nacional e incidencia regional: las municipalidades distritales, las municipalidades provinciales y los gobiernos regionales. Estas tres instituciones suman el 63,6% del total de casos de corrupción en todo el país, lo que refleja una clara tendencia hacia la concentración de estos delitos en niveles de gobierno más cercanos a la población. Esta situación pone en evidencia una problemática de gobernanza a nivel local y regional, donde las estructuras de control y fiscalización suelen ser más débiles, lo que facilita la apropiación indebida de recursos públicos. La falta de vigilancia efectiva, sumada a la elevada autonomía y la disponibilidad de recursos, crea un caldo de cultivo para la corrupción, afectando la eficiencia de los servicios públicos y generando desconfianza en las instituciones.

Es preocupante que más de la mitad de los casos de corrupción del país se concentren en instituciones que administran recursos propios, deben cumplir con metas de gasto y cuentan con altos niveles de autonomía. Esta autonomía, que debería garantizar una gestión más flexible y eficiente, se ha convertido en un factor que facilita la malversación de fondos. Las municipalidades y gobiernos regionales no solo administran el presupuesto general, sino también recursos provenientes de la explotación de recursos naturales, especialmente el canon minero y otros fondos derivados de actividades extractivas. La magnitud de estos

recursos, que deberían contribuir al desarrollo económico y social de las regiones, se ve comprometida cuando es mal gestionada o desviada hacia fines personales. Este patrón es evidente en los casos de corrupción más recurrentes, como el peculado y la colusión, que implican el uso indebido de recursos públicos para fines privados, a través de prácticas como el desvío de fondos destinados a obras públicas o la manipulación de procesos de contratación.

El dinero que el Estado gestiona no es suyo, sino de la colectividad. Los recursos públicos deben estar destinados al cumplimiento de los fines constitucionales del Estado, entre los cuales se destacan la promoción del bienestar común y el desarrollo de la sociedad. Es crucial que los funcionarios públicos asuman con responsabilidad la gestión de estos recursos, priorizando los intereses colectivos por encima de cualquier beneficio personal. La responsabilidad fiduciaria de los funcionarios implica no solo una obligación legal, sino también ética. Sin embargo, cuando estos recursos se malgastan, desvían o se utilizan para favorecer intereses privados, se vulneran los derechos de los ciudadanos y se socava la confianza en las instituciones del Estado.

Cuando se observa que los recursos públicos no se emplean correctamente, se enfrenta una doble problemática: por un lado, la pérdida directa de fondos que podrían haber sido utilizados para mejorar la infraestructura, la educación, la salud o el acceso a servicios básicos; por otro lado, el impacto en la gobernanza, al generar un clima de impunidad y desconfianza. El deterioro de la transparencia en la gestión pública contribuye a la perpetuación de la corrupción, lo que, a su vez, facilita que los ciudadanos pierdan la fe en sus instituciones y en la capacidad del Estado para cumplir con sus funciones. En este contexto, el derecho penal juega un papel fundamental al proporcionar los mecanismos necesarios para sancionar los delitos contra la administración pública y proteger el patrimonio del Estado.

El derecho penal, desde una perspectiva subjetiva, se refiere a la facultad exclusiva del Estado para imponer sanciones. Sin embargo, esta facultad está limitada por principios fundamentales que garantizan un castigo justo y proporcional. El derecho penal no puede ser ejercido de manera arbitraria ni puede violar los derechos fundamentales de las personas. Los principios informadores del derecho penal, como el principio de intervención mínima, el principio de legalidad, el principio de culpabilidad y el principio non bis in ídem, son los pilares que aseguran que el castigo sea justo, adecuado y proporcional al hecho cometido. Estos principios buscan garantizar que el poder punitivo del Estado sea ejercido con el

debido respeto a las garantías constitucionales, evitando el abuso de poder y la imposición de penas desproporcionadas.

El principio de intervención mínima, por ejemplo, establece que solo en aquellos casos en los que realmente se pone en peligro un bien jurídico de importancia para la sociedad, el Estado debe intervenir penalmente. Este principio asegura que el derecho penal no sea utilizado de manera excesiva ni para sancionar conductas que no representen una amenaza real para el orden público. El principio de legalidad, por otro lado, asegura que no se puedan imponer sanciones sin que exista una ley previa que las autorice, lo que garantiza que el derecho penal no sea aplicado de manera retroactiva ni en base a interpretaciones arbitrarias. El principio de culpabilidad establece que no se puede castigar a una persona sin que haya existido una conducta voluntaria y responsable, lo que evita la criminalización de conductas sin la debida intención del autor. Finalmente, el principio non bis in ídem impide que una persona sea juzgada más de una vez por los mismos hechos, garantizando la seguridad jurídica y evitando la doble persecución.

Estos principios no solo limitan el poder punitivo del Estado, sino que también tienen la finalidad de proteger a los individuos de posibles abusos, asegurando que las sanciones se apliquen de manera justa y respetuosa con los derechos humanos. La correcta aplicación del derecho penal, dentro de estos límites, es esencial para mantener la legitimidad del sistema de justicia y para garantizar que los castigos sean efectivos y justos, sin caer en el abuso o en la persecución injustificada. Solo a través de una aplicación rigurosa de estos principios se puede lograr un sistema de justicia penal que actúe de manera adecuada frente a los delitos de corrupción y, al mismo tiempo, garantice el respeto de los derechos fundamentales de las personas involucradas.

“El principio de intervención mínima, en su carácter de última ratio del derecho penal, constituye un pilar fundamental para el ejercicio del poder punitivo del Estado, al establecer un límite a la utilización de las penas. Este principio no solo implica una limitación a la severidad de las sanciones, sino también a la propia aplicación del derecho penal. La regla establece que las sanciones penales deben restringirse a lo estrictamente necesario, y solo deben ser aplicadas cuando no existan otras opciones menos invasivas y eficaces. De acuerdo con este enfoque, las sanciones penales no deben abarcar todas las conductas lesivas a los bienes jurídicos, sino solo aquellas que impliquen un peligro claro y grave para el orden público, los derechos fundamentales o el bienestar de la sociedad. Esta postura refleja una

crítica a la tendencia a usar el derecho penal como una solución para todo tipo de problemas sociales, y aboga por un enfoque más selectivo y racional en su aplicación.

Además, el principio de intervención mínima también refleja una postura filosófica y práctica que subraya que la pena es una medida extrema, cuyas consecuencias son irreversibles y, en muchos casos, desproporcionadas. En este sentido, se concibe que la pena no es la solución perfecta para los problemas sociales, sino más bien una herramienta que debe ser utilizada solo en los casos más graves, cuando otros métodos no penales no resultan eficaces. Es por ello que el legislador ha adoptado el principio de última ratio, convencido de que el derecho penal debe intervenir solo cuando no sea posible recurrir a otros mecanismos legales, como medidas administrativas, educativas, restaurativas o preventivas. Este enfoque pretende garantizar que el derecho penal no se convierta en un instrumento de control social excesivo ni de sanción desproporcionada, lo que sería perjudicial tanto para la libertad individual como para el correcto funcionamiento del sistema judicial.

El principio de intervención mínima también responde a una concepción de la función del derecho penal en una sociedad democrática, en la que se privilegia la libertad individual y la dignidad humana. En este sentido, el exceso de intervención penal puede poner en peligro estos valores, reduciendo el espacio para el ejercicio pleno de los derechos fundamentales. Al limitar la intervención penal a lo estrictamente necesario, se busca preservar la libertad individual de los ciudadanos, evitando que el Estado se convierta en un ente opresivo y controlador. Así, la excesiva aplicación de la ley penal puede resultar incompatible con los principios de autonomía y libertad personal que deben regir en una sociedad democrática.

Una de las principales manifestaciones de la intervención mínima es la descriminalización de ciertas conductas que, si bien pueden ser vistas como inmorales o indeseables, no afectan de manera significativa a los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal. Este fenómeno de descriminalización responde a un cambio en la percepción social y en la valoración de ciertos comportamientos. Por ejemplo, conductas que en el pasado fueron consideradas delitos, como ciertos tipos de consumo o conducta sexual, pueden dejar de ser tipificadas penalmente si se considera que ya no representan una amenaza real para el orden público o los intereses sociales. De esta manera, el principio de intervención mínima se convierte en un mecanismo que permite ajustar el derecho penal a las transformaciones sociales y a las nuevas necesidades de protección que surgen en una sociedad dinámica.

Además, el principio de intervención mínima implica también una reflexión sobre la necesidad de sustituir las penas tradicionales, que suelen ser punitivas y retributivas, por otras formas de sanción menos perjudiciales para el condenado y más alineadas con los fines de reintegración y rehabilitación. Esto ha llevado a una revisión de las políticas penales, con la inclusión de penas alternativas como el trabajo comunitario, las medidas de reparación del daño o la suspensión de la pena. Estas alternativas, además de ser menos gravosas, buscan un enfoque más rehabilitador, orientado a la reinserción social del delincuente, en lugar de fomentar su exclusión. De este modo, el derecho penal no solo busca castigar la conducta ilícita, sino también promover la regeneración del infractor dentro de la sociedad, fortaleciendo su respeto por las normas y el orden público.

Por otro lado, el principio de intervención mínima es un límite claro a la acción judicial, lo que asegura que los jueces no extiendan la aplicación del derecho penal más allá de lo que establece la ley. Este principio evita la aplicación excesiva de sanciones, asegurando que la interpretación de la ley se ajuste a los hechos estrictamente previstos en ella. Al limitar la interpretación judicial, el principio garantiza que la pena solo se aplique a aquellos actos que estén claramente tipificados como delitos, y solo a aquellos que hayan sido cometidos de forma culpable. Esto también reduce el riesgo de que el sistema judicial sea utilizado para fines políticos o para fines de control social en exceso.

En este contexto, el Tribunal Constitucional desempeña un papel esencial, ya que sus decisiones vinculantes garantizan que la aplicación del derecho penal se realice de acuerdo con los principios fundamentales de justicia, proporcionalidad y legalidad. Las sentencias del Tribunal Constitucional proporcionan un marco claro y restrictivo en cuanto a las intervenciones penales, evitando que se produzcan interpretaciones judiciales excesivas que amplíen innecesariamente el ámbito de la ley penal. De esta manera, el principio de intervención mínima contribuye a asegurar que el derecho penal se aplique de manera justa, coherente y respetuosa con los derechos humanos, manteniendo un equilibrio adecuado entre la protección del orden público y la libertad individual.”¹

¹ Fuente: Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción

1.2. FORMULACION DEL PROBLEMA

1.2.1 PROBLEMA PRINCIPAL

¿Cuáles son las consecuencias jurídicas, sociales y económicas de la penalización del delito de peculado doloso cuando el perjuicio patrimonial irrogado al Estado es mínimo o irrelevante? Este problema aborda una cuestión crucial en el ámbito del derecho penal, que concierne a la aplicación de la pena en casos donde el daño causado al erario público es de escasa magnitud. La penalización en tales casos plantea un desafío en cuanto a la proporcionalidad de la sanción y el impacto que esta genera en el sistema judicial y en los recursos del Estado. En la práctica, la tipificación de ciertos delitos de peculado doloso, aun cuando los perjuicios sean menores, podría estar desviando la atención de casos de mayor gravedad, afectando la eficiencia del sistema penal y provocando efectos no deseados en la administración pública.

1.2.2 PROBLEMAS ESPECIFICOS

1. **¿En qué medida la penalización del delito de peculado doloso, cuando el perjuicio patrimonial irrogado al Estado es mínimo o irrelevante, cumple con los fines de prevención del delito?** La prevención general y especial son los pilares de la función punitiva del derecho penal. Sin embargo, cuando el perjuicio económico es irrelevante, cabe preguntarse si la penalización efectiva de este delito cumple realmente con la finalidad de disuadir futuros delitos de mayor envergadura. Si bien es cierto que la legislación penal busca prevenir la corrupción en cualquier forma, es necesario evaluar si el castigo a daños menores realmente contribuye a una cultura de legalidad o si, por el contrario, resulta ineficaz frente a los delitos más graves que afectan sustancialmente al patrimonio del Estado.
2. **¿En qué medida la penalización del delito de peculado doloso, cuando el perjuicio patrimonial irrogado al Estado es mínimo o irrelevante, genera una carga procesal innecesaria al sistema penal?** Uno de los problemas recurrentes en la aplicación de la justicia penal es la saturación del sistema judicial con casos de baja relevancia, los cuales no solo desvían recursos y esfuerzos, sino que también generan un colapso en la capacidad de los tribunales para atender casos de mayor impacto social. En este sentido, se hace necesario cuestionar si la penalización de delitos de peculado con perjuicios mínimos contribuye al aumento de la carga

procesal y si existe un desequilibrio entre los recursos invertidos y los resultados obtenidos.

3. **¿En qué medida la penalización del delito de peculado doloso, cuando el perjuicio patrimonial irrogado al Estado es mínimo o irrelevante, vulnera el principio non bis in ídem?** El principio non bis in ídem, que garantiza que una persona no sea juzgada dos veces por el mismo hecho, se encuentra en riesgo cuando se penalizan conductas que, debido a su escasa trascendencia, no justifican una sanción penal en términos de proporcionalidad. Cuando los perjuicios causados son mínimos o irrelevantes, se podría argumentar que se vulnera dicho principio al generar procesos judiciales repetidos o innecesarios para situaciones que no constituyen un peligro real o significativo para el bien jurídico protegido. La aplicación de la pena en tales casos podría resultar en una doble penalización de hechos que no cumplen con los criterios establecidos por la ley para ser considerados verdaderos delitos de peculado.

La formulación de estos problemas busca sentar las bases para un análisis profundo sobre la eficacia de la legislación vigente en relación con el peculado doloso, específicamente en lo que se refiere a las implicancias que surgen cuando los daños patrimoniales al Estado son de naturaleza mínima. La respuesta a estas preguntas permitirá reflexionar sobre la necesidad de revisar y ajustar las políticas públicas en materia penal, de manera que se garantice una justicia más equitativa, eficiente y centrada en los problemas que realmente afectan al bienestar común.

1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La importancia de este trabajo de investigación radica en la necesidad de abordar con profundidad las implicancias de la penalización del delito de peculado doloso, especialmente en aquellos casos donde el perjuicio patrimonial causado al Estado es mínimo o irrelevante. A continuación, se detallan las razones fundamentales que sustentan la realización de este estudio:

1. **La tendencia hacia la despenalización de conductas de mínima significancia patrimonial:** Vivimos en una época en la que el sistema penal enfrenta un grave problema de sobrecarga. En este contexto, resulta relevante cuestionar la pertinencia de la intervención del Derecho Penal en casos en los que el daño patrimonial es marginal o incluso inexistente. La teoría detrás de esta tendencia es que las conductas

que no afectan gravemente el patrimonio público no deben ser tratadas con la misma severidad que aquellos delitos que sí representan un verdadero riesgo para el bienestar de la sociedad y el funcionamiento del Estado. Si el monto del peculado es mínimo, la penalización podría resultar desproporcionada y contraproducente, pues desvía recursos que podrían destinarse a investigar y procesar delitos más graves. Así, se aboga por una revisión crítica de las prácticas judiciales que se centran en delitos menores, y una reconsideración del concepto de justicia para evitar que el sistema penal se sobrecargue con casos que no justifican su intervención.

2. **El Derecho Penal debe centrarse en la sanción de comportamientos de alta gravedad:** Es esencial que el Derecho Penal no se convierta en un mecanismo para sancionar todos los comportamientos socialmente indeseados, sino que su intervención debe reservarse para aquellos actos de mayor gravedad que realmente impliquen una amenaza al orden público y a la integridad del Estado. De este modo, se evitaría la utilización innecesaria de la sanción penal para conductas de escasa trascendencia. Esta posición es respaldada por la idea de que las conductas menores pueden y deben ser abordadas por otros medios, como el Derecho Administrativo o el Derecho Civil, que ofrecen soluciones menos severas y más eficientes. De no hacer esto, el sistema penal corre el riesgo de volverse ineficaz y perder su capacidad de actuar en casos verdaderamente relevantes para el interés público.
3. **La necesidad de una intervención penal mínima y bien justificada:** El principio de mínima intervención es uno de los pilares fundamentales del Derecho Penal, y esta investigación busca enfatizar su relevancia en el contexto de los delitos de peculado doloso. La intervención penal debe ser vista como un recurso excepcional, que solo debe utilizarse cuando otras medidas menos invasivas no sean capaces de resolver el conflicto. La penalización de conductas mínimas puede llevar a una sobrecarga de los tribunales y a un uso innecesario de los recursos del sistema de justicia, desviándolos de la atención de los casos que verdaderamente lo ameritan. Además, este enfoque puede contribuir a la deshumanización del proceso judicial, en el que se castiguen hechos de menor relevancia sin considerar su contexto social o la posibilidad de aplicar medidas alternativas que promuevan la reinserción social.
4. **La pena como respuesta a una afectación significativa de bienes jurídicos protegidos por la ley:** En el ámbito del Derecho Penal, la pena debe responder a la afectación de bienes jurídicos que justifiquen su imposición. No todas las lesiones o

daños a estos bienes deben ser objeto de una respuesta penal, ya que no todos los daños son igualmente graves o irreparables. De esta manera, se debe evaluar si el daño causado al patrimonio público en casos de peculado doloso con perjuicios mínimos es suficientemente grave como para activar el sistema penal. El principio de proporcionalidad debe guiar esta evaluación, asegurando que la respuesta penal sea adecuada a la magnitud del delito. En aquellos casos en que la afectación sea mínima, la intervención penal puede resultar innecesaria y desproporcionada, lo que hace que el Estado incurra en un gasto procesal innecesario y, en muchos casos, inequitativo.

5. **El Derecho Penal como último recurso (última ratio):** El Derecho Penal debe actuar como un recurso último para la resolución de los conflictos sociales más graves, aquellos que no pueden ser resueltos por otras vías más eficaces y menos punitivas. La intervención del Estado en forma de sanciones penales debe ser vista con cautela y solo cuando otros mecanismos de control social, como las sanciones administrativas o civiles, no sean suficientes. Al aplicar el Derecho Penal en casos donde el perjuicio es mínimo, se corre el riesgo de debilitar la efectividad del sistema penal, que debe centrarse en los casos que realmente requieren la aplicación de penas. Además, la penalización desmedida de conductas menores puede llevar a una acumulación de casos que podrían haberse resuelto de manera más adecuada mediante otras formas de sanción, lo que genera una sobrecarga en el sistema judicial.
6. **El impacto en los principios fundamentales del Derecho Penal:** Un aspecto fundamental que este trabajo pretende analizar es el impacto que la penalización de conductas de mínima relevancia tiene sobre los principios básicos del Derecho Penal, como la proporcionalidad, la culpabilidad y el non bis in ídem. La aplicación de penas desproporcionadas puede violar estos principios, afectando la equidad y justicia del sistema penal. Además, se debe reflexionar sobre cómo las sanciones penales innecesarias pueden generar una carga procesal que no solo afecta a los acusados, sino también al sistema judicial y a la sociedad en general. Al aplicar el Derecho Penal de manera indiscriminada, se puede desvirtuar su función principal: proteger los bienes jurídicos esenciales para la convivencia social y el funcionamiento del Estado.

En conclusión, esta investigación busca profundizar en la necesidad de una revisión crítica de la penalización del delito de peculado doloso en casos donde el perjuicio patrimonial es mínimo. Este análisis no solo tiene relevancia en términos jurídicos, sino también en su impacto social y en la eficiencia del sistema judicial. El Derecho Penal debe

intervenir solo cuando sea estrictamente necesario, y solo en aquellos casos donde la gravedad del delito lo justifique. Con esta investigación, se espera contribuir a una visión más equilibrada y racional de la aplicación de la justicia penal en el contexto de los delitos contra la administración pública.

1.4. OBJETIVOS

1.4.1. OBJETIVO PRINCIPAL

El objetivo principal de esta investigación es identificar, analizar y evaluar las consecuencias que genera la penalización del delito de peculado doloso cuando el perjuicio patrimonial irrogado al Estado es mínimo o irrelevante. Se busca no solo determinar si esta intervención punitiva cumple con su objetivo de protección de los bienes públicos, sino también examinar si la aplicación de sanciones penales es realmente adecuada y proporcional al daño ocasionado. Además, se pretende evaluar si la intervención del Derecho Penal en estos casos es efectiva para desincentivar la repetición del delito o si, por el contrario, el castigo se vuelve desproporcionado y genera efectos colaterales no deseados, como una sobrecarga judicial innecesaria o una erosión de la confianza pública en el sistema de justicia.

1.4.2.- OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. **Verificar en qué medida la penalización del delito de peculado doloso, cuando el perjuicio patrimonial irrogado al Estado es mínimo o irrelevante, cumple con los fines de prevención del delito:** Este objetivo se enfoca en evaluar si la penalización de delitos con daños patrimoniales mínimos tiene una real efectividad en la prevención de conductas similares. En muchos casos, las sanciones penales buscan prevenir la reincidencia y disuadir a otros posibles infractores. Sin embargo, es fundamental analizar si la penalización de conductas que implican un daño menor realmente cumple con esta función o si se podrían utilizar otras estrategias más efectivas y menos costosas, tales como sanciones administrativas, medidas preventivas o programas de educación y sensibilización para los funcionarios públicos. Este objetivo incluye la revisión de estudios y comparaciones internacionales sobre la eficacia de la pena frente a las conductas de peculado en diversos contextos.
2. **Determinar en qué medida la penalización del delito de peculado doloso, cuando el perjuicio patrimonial irrogado al Estado es mínimo o irrelevante,**

genera una carga procesal innecesaria al sistema penal: En este punto se busca determinar si la penalización de este tipo de delitos genera un impacto significativo en la sobrecarga del sistema judicial. La investigación pretende explorar si los casos relacionados con peculado doloso de bajo impacto económico suponen una carga adicional para los tribunales y los recursos del sistema penal, cuando otras formas de resolución de conflictos, como las sanciones administrativas o civiles, podrían ser igualmente efectivas para castigar y corregir el comportamiento del funcionario público. Se analizará cómo esta sobrecarga judicial afecta la eficiencia y capacidad de respuesta del sistema de justicia penal, además de los costos sociales que implica el procesamiento de estos delitos.

3. **Examinar en qué medida la penalización del delito de peculado doloso, cuando el perjuicio patrimonial irrogado al Estado es mínimo o irrelevante, vulnera el principio non bis in idem:** Este objetivo se centrará en estudiar si, en los casos en que el daño causado al patrimonio del Estado es mínimo, se está incurriendo en una violación del principio constitucional "non bis in idem", que protege a los ciudadanos de ser juzgados y sancionados dos veces por el mismo hecho. En este sentido, se investigará si la penalización del delito de peculado doloso en casos de menor magnitud puede interpretarse como una forma de doble castigo, especialmente si las mismas conductas ya han sido abordadas por otras vías, como la sanción administrativa o una corrección interna dentro de la institución pública. Se revisarán sentencias nacionales e internacionales sobre este principio y se evaluará la relación entre las distintas sanciones y la garantía del debido proceso.

Objetivos adicionales de la investigación: Más allá de los objetivos específicos, la investigación también tiene la intención de hacer una reflexión más profunda sobre las políticas públicas actuales en materia de sanción del peculado doloso, especialmente en casos donde el perjuicio patrimonial es mínimo o irrelevante. Se pretende proponer reformas legislativas que puedan hacer más eficiente la aplicación de sanciones penales, evitando la criminalización excesiva de conductas que no afecten gravemente los intereses públicos. Para esto, se explorarán alternativas al Derecho Penal, como el Derecho Administrativo y el Derecho Civil, para resolver conflictos de menor envergadura de manera más adecuada. También se evaluarán posibles cambios en la forma de procesar estos casos, con el fin de optimizar el uso de los recursos judiciales y garantizar una justicia más accesible y eficiente.

Además, se investigará cómo este enfoque más racional y adaptado a la magnitud del daño puede contribuir a una mayor confianza en el sistema judicial, al demostrar que el Derecho Penal no se emplea de manera desproporcionada ni punitiva cuando no existe un daño grave o significativo al patrimonio público. La investigación también incluirá un análisis comparativo con otros países que hayan implementado políticas similares y los resultados que han obtenido en términos de eficacia y justicia social.

Finalmente, se espera que los resultados de este estudio proporcionen insumos útiles para los legisladores, autoridades judiciales y otros actores clave en la toma de decisiones políticas, para que puedan promover un sistema de justicia penal más justo, equilibrado y efectivo, que se enfoque en castigar los delitos verdaderamente graves sin sobrecargar innecesariamente al sistema penal.

CAPITULO II

MARCO TEORICO

El estudio de los delitos contra la administración pública, en particular el peculado, exige una comprensión exhaustiva y detallada tanto de los fundamentos teóricos del derecho penal como de las estructuras jurídicas que definen y sancionan tales conductas ilícitas. En este capítulo, se procederá a una profunda exploración del marco teórico que sustenta la aplicación de las normas penales relativas al lavado de activos, destacando la estrecha relación entre los delitos económicos, el lavado de dinero y el peculado. Este análisis permitirá ofrecer una visión integral de la problemática que enfrentan los sistemas jurídicos, especialmente en Perú, en el marco de la lucha contra la corrupción y los crímenes financieros.

El marco teórico abordará de manera pormenorizada las definiciones y elementos esenciales de los delitos de lavado de activos y peculado, y se examinarán las teorías doctrinales que explican las dinámicas del crimen organizado, el uso ilícito de los recursos públicos y las estrategias para el encubrimiento y la legitimación de fondos provenientes de actividades delictivas. De igual manera, se discutirá el contexto normativo en el que estos delitos se inscriben, tanto a nivel nacional como internacional, con especial atención a los compromisos asumidos por el Estado peruano en materia de prevención y sanción de los delitos de lavado de dinero y corrupción pública.

Además, se abordarán las principales corrientes doctrinales que explican el fenómeno del lavado de activos, así como las teorías que vinculan este delito con la corrupción pública, destacando las herramientas jurídicas utilizadas para dismantelar redes criminales que operan en el sector público. En este sentido, se discutirá el papel crucial de la prevención y la detección temprana de estos ilícitos, a través de las políticas públicas, los mecanismos de auditoría y el fortalecimiento de las instituciones encargadas de velar por la transparencia en el uso de los recursos del Estado.

Este capítulo no solo servirá como un marco conceptual para comprender los principios que rigen la tipificación de estos delitos, sino que también proporcionará las bases necesarias para abordar las discusiones más complejas sobre la interpretación, aplicación y reforma de las leyes que rigen el lavado de activos y el peculado. Se ofrecerá un análisis de las implicancias jurídicas y sociales de estos delitos, y se subrayará la importancia de un

enfoque multidisciplinario que combine el derecho penal con otras áreas del conocimiento, como la economía, la criminología y las ciencias políticas.

Asimismo, se presentará una revisión crítica de las principales sentencias y jurisprudencia relacionadas con el lavado de activos y el peculado en el contexto peruano, destacando las tendencias interpretativas que han marcado los procesos judiciales más relevantes y las implicaciones de estas decisiones en la lucha contra la corrupción. Finalmente, se concluirá con una reflexión sobre las posibles áreas de mejora en la legislación y la práctica judicial, con el fin de ofrecer un marco normativo más robusto y eficaz en la prevención y sanción de los delitos contra la administración pública y la legitimación de fondos ilícitos.

2.1. ANTECEDENTES

En la tesis titulada "El delito de peculado como delito de infracción del deber", presentada en la Universidad San Martín de Porres en 2011 bajo la dirección del doctor Raúl Pariona Arana, se abordaron diversas conclusiones clave que reflejan la evolución y los desafíos en la comprensión y tratamiento del peculado en el marco del derecho penal peruano. En primer lugar, se observa una tendencia creciente a despenalizar conductas de escasa relevancia patrimonial, en especial aquellas que no implican un daño significativo al patrimonio público administrado. Esta tendencia, sin embargo, no debe confundirse con el trato que se da a los bienes en los programas sociales, donde la magnitud del patrimonio estatal es irrelevante.

En segundo lugar, la tesis resalta que el fracaso de la intervención punitiva del derecho penal en el delito de peculado ha sido la principal justificación de esta investigación. A pesar de los esfuerzos por parte del Congreso de la República para modernizar los tipos penales relacionados con los delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración pública, especialmente en lo que respecta a los delitos de peculado (contenidos en los artículos 387 a 392 del Código Penal), las reformas introducidas no han logrado resolver las múltiples dudas que persisten sobre estas figuras penales. Aunque el ajuste de las tipologías penales a una intervención más racional y proporcional en cuanto a las penas parecía ofrecer una mejor tutela de los valores e intereses jurídicos protegidos, las incógnitas continúan siendo un reto. En este sentido, la tesis propone una modernización del Derecho Penal peruano con un enfoque más eficaz para abordar los desafíos contemporáneos.

Por último, en relación al peculado doloso, la propuesta de la tesis señala que, según la norma penal peruana, ambas modalidades de peculado (la apropiación y la utilización indebida de los bienes públicos) son tratadas con el mismo nivel de ilicitud, a pesar de que existen claras diferencias cuando se examinan desde una perspectiva patrimonialista o de protección del derecho de propiedad del ente público. En particular, en la modalidad de "utilización", no siempre se produce una vulneración directa del patrimonio público. Este enfoque, según la tesis, ha generado un exceso en la penalización de esta modalidad, afectando el principio de proporcionalidad, ya que no se toma en cuenta la magnitud del perjuicio causado. Como resultado, se propone un tratamiento diferenciado para ambas modalidades de peculado, ajustando la pena a la gravedad del delito cometido, para así asegurar una respuesta penal más justa y proporcional (Pariona Arana, 2011, p. 120).

Este análisis refleja la necesidad de adaptar el marco penal a las nuevas realidades sociales y económicas, reconociendo las diferencias entre las distintas formas de peculado y ajustando las respuestas punitivas a las circunstancias de cada caso, garantizando de este modo una justicia más equilibrada y eficaz.

En la tesis titulada "*La administración desleal del patrimonio público como modalidad delictiva especial del delito de peculado doloso*", presentada en el año 2014 en la Pontificia Universidad Católica del Perú por el bachiller Rafael Hernando Chanján Documet, se realiza un análisis exhaustivo sobre la naturaleza del delito de peculado, específicamente en su modalidad de "peculado por apropiación", planteando importantes reflexiones respecto a la manera en que debe entenderse y sancionarse este tipo de conductas delictivas en el ámbito de la administración pública. Esta tesis propone un enfoque innovador en la interpretación de este delito, destacando su dimensión funcional y operativa en lugar de limitarse únicamente al aspecto patrimonial o económico.

Una de las conclusiones clave de la investigación, entre otras, es la siguiente: el delito de *peculado por apropiación* se consuma en el momento en que se produce la "expropiación" de los bienes públicos en perjuicio de la Administración, perturbando así el bien jurídico protegido, el *patrimonio público en sentido funcional*. Este concepto trasciende la noción de simple apropiación material, ya que no se refiere únicamente a la sustracción de un bien tangible, sino a la afectación de las funciones y capacidades operativas que dichos bienes tienen dentro de la estructura de la administración pública. En este sentido, la consumación del delito no exige que se produzca un beneficio económico inmediato para el sujeto activo (el funcionario

público que comete el delito) o para un tercero, ni que se registre un empobrecimiento contable de la administración pública como sujeto pasivo.

Este análisis propone una revisión crítica de la concepción tradicional del peculado, que generalmente se enfoca en el enriquecimiento ilícito del funcionario público. Según Chanján, el delito de peculado no necesariamente se materializa a través de un enriquecimiento directo o tangible del funcionario público, ni de una pérdida patrimonial inmediata para la administración pública. En cambio, el delito se consuma cuando el recurso público es apropiado de forma tal que se impide o limita su uso para los fines para los cuales estaba destinado, afectando gravemente las capacidades funcionales del aparato estatal. Esto implica una afectación a la administración pública no solo en términos materiales, sino también operacionales, lo que afecta directamente su eficacia y eficiencia en la gestión pública.

Por tanto, el concepto de “apropiación” no debe ser interpretado en su sentido más estrecho, como la transferencia física de bienes públicos al patrimonio personal de un funcionario, sino como una alteración del control sobre dichos bienes, lo cual puede ocurrir incluso si no hay un beneficio económico inmediato o una apropiación contable directa. La *apropiación* se refiere más bien a la sustracción del recurso de su contexto funcional, privando a la administración de su utilización adecuada para la ejecución de proyectos públicos, la prestación de servicios o el cumplimiento de fines de interés general. Esto expande la comprensión del delito, sugiriendo que el daño no solo se mide en términos de la pérdida patrimonial cuantificable, sino en la incapacidad de la administración para cumplir con sus funciones fundamentales debido a la sustracción o el mal manejo de los bienes públicos.

La propuesta de Chanján plantea un desafío importante para la práctica del derecho penal, ya que requiere una revalorización del concepto de patrimonio público. En lugar de centrarse exclusivamente en la cuantificación de la pérdida económica o patrimonial, esta perspectiva invita a entender el daño desde un punto de vista funcional, en el que la afectación a la capacidad operativa del Estado debe ser igualmente considerada como una forma de perjuicio. En consecuencia, la tipificación del delito de peculado por apropiación, en este nuevo enfoque, debe contemplar no solo la evidencia de la sustracción física de los bienes, sino también la alteración de su utilidad pública y su destino funcional.

Además, esta visión más holística de los delitos de peculado abre la puerta a una revisión de las penas y sanciones asociadas, sugiriendo que estas deben ser calibradas no solo

en función del daño económico directo causado al patrimonio público, sino también según la magnitud de la alteración de las capacidades funcionales del Estado. La tesis concluye que la ley penal debe adaptarse a esta visión ampliada del delito, incorporando criterios más complejos y completos en la evaluación de los daños causados por los funcionarios públicos que se apartan de su deber. En este sentido, la *apropiación* ya no es vista simplemente como una cuestión de propiedad, sino como una cuestión de control y uso funcional de los recursos públicos, lo cual exige una respuesta punitiva que no se limite a la sanción por el empobrecimiento económico del Estado, sino que también tenga en cuenta el daño a su operatividad.

Esta tesis, por tanto, desafía la interpretación tradicional y propone una reformulación más adaptada a la realidad actual de la administración pública y sus interacciones con el derecho penal. La mirada funcionalista que se ofrece en este trabajo subraya la necesidad de que el sistema penal evolucione para abordar de manera efectiva las complejidades del peculado y otros delitos relacionados con el manejo de recursos públicos. En resumen, la propuesta de Chanján invita a repensar la manera en que el derecho penal peruano protege el patrimonio público, ampliando la noción de daño y adecuando las sanciones a la naturaleza del delito cometido, de manera que se garantice una protección más eficaz y acorde con los principios de justicia y proporcionalidad (Chanján, 2014, p. 204).

En el artículo titulado “*El delito de peculado en la legislación, jurisprudencia y doctrina peruana*”, Ramiro Salinas Siccha aborda una discusión detallada sobre el tratamiento legal del delito de peculado doloso en el sistema penal peruano, haciendo especial énfasis en la relevancia de la cuantía del perjuicio patrimonial ocasionado al Estado. Salinas Siccha subraya una cuestión fundamental: el tipo penal de peculado, conforme al artículo 387° del Código Penal peruano, no hace distinción alguna sobre la cantidad del perjuicio económico para que el delito se configure. Esto se diferencia de otras legislaciones, como la española, que establece umbrales cuantitativos para determinar la gravedad de la infracción.

El autor explica que en el sistema penal peruano, incluso cuando el perjuicio patrimonial al Estado sea mínimo, el delito de peculado sigue existiendo y se tipifica como tal. Esta postura ha sido respaldada por la jurisprudencia peruana desde la implementación del Código Penal de 1924, que ha mantenido un enfoque más amplio sobre lo que constituye un perjuicio al patrimonio público. Según Salinas Siccha, este enfoque ha sido confirmado en diversas ejecutorias supremas, en las cuales se ha dejado claro que el delito de peculado no depende de la magnitud del perjuicio económico causado al Estado. Es decir, la mera

apropiación o utilización ilícita de bienes públicos por parte de un funcionario público ya configura el delito, sin que se considere el monto del perjuicio como un factor determinante.

En la Ejecutoria Suprema del 21 de diciembre de 1990, la Corte Suprema argumenta que el delito de peculado no debe ser clasificado como una falta, aunque el perjuicio económico sea de escasa cuantía. La Corte reafirma que el elemento clave para la configuración del delito es el acto de apropiación de los bienes públicos por parte de un funcionario, y no la cuantía del daño patrimonial causado. Esta interpretación ha sido consistente a lo largo del tiempo, con la misma posición reiterada en la Ejecutoria Suprema del 3 de junio de 1991, que también subraya la independencia de la cuantía del perjuicio en la tipificación del delito.

Una ejecutoria aún más reciente, fechada el 13 de enero de 2004, profundiza en la noción de que la cuantía del perjuicio no debe ser un factor determinante en la legislación penal peruana cuando se trata de delitos cometidos por funcionarios públicos, particularmente en lo relativo al peculado. El Tribunal considera que el aspecto más relevante es el uso indebido de los bienes públicos para fines ajenos a los fines del servicio público, sin importar el valor económico del bien apropiado o utilizado ilícitamente.

En este sentido, Salinas Siccha también aborda una propuesta de reforma legislativa contenida en el Proyecto de Ley N° 4187/2010-PJ22, presentado por la Corte Suprema. Este proyecto proponía introducir un umbral mínimo para la cuantía del perjuicio en los casos de peculado doloso, estableciendo un límite de 2 unidades impositivas tributarias (UIT) para el delito doloso y 2 remuneraciones mínimas vitales para el peculado culposo. La idea detrás de esta propuesta era poner un límite a las apropiaciones menores por parte de los funcionarios públicos, sugiriendo que solo aquellas apropiaciones que superaran cierto monto deberían ser consideradas como delito penal. Sin embargo, esta propuesta fue rechazada por la Comisión de Justicia del Congreso, que consideró que la introducción de un umbral cuantitativo podría disminuir la gravedad del delito y permitir que las apropiaciones de menor cuantía fueran vistas como infracciones menores. En lugar de permitir que conductas de apropiación “pequeña” sean tratadas con menor severidad, la Comisión de Justicia consideró que cualquier apropiación, sin importar su monto, debía ser tratada con la misma seriedad bajo el principio de lesividad, es decir, la afectación del bien jurídico protegido, en este caso, el patrimonio público.

La Corte Suprema, tras este rechazo legislativo, modificó su enfoque y, en un segundo Proyecto de Ley 24, presentado al Congreso en julio de 2011, reconoció la necesidad de considerar la entidad del perjuicio como una circunstancia que podría influir en la sanción, pero no en la tipificación del delito. Según este proyecto, la cuantía del perjuicio debería ser vista como un factor a considerar al momento de aplicar la pena, no para excluir la tipificación del delito en sí. La propuesta era que se fijara un monto de daño grave como base para la construcción de tipos penales, con una sanción más grave para aquellos casos en los que el perjuicio superara un umbral determinado, como el de diez unidades impositivas tributarias (UIT). No obstante, esta propuesta también fue discutida de forma crítica, ya que podría haber abierto la puerta a una interpretación más laxa del delito de peculado, sobre todo en casos de apropiaciones menores, lo cual no fue bien recibido por todos los sectores del Congreso.

Salinas Siccha, sin embargo, sostiene que la ausencia de un umbral cuantitativo para el delito de peculado en la legislación peruana es adecuada dentro de una política penal de lucha contra la corrupción. La falta de un límite mínimo para la cuantía del perjuicio no significa que las apropiaciones menores sean tratadas de forma indiferente, sino que la gravedad del acto de peculado debe ser apreciada según la naturaleza del ilícito y no en función del monto apropiado. El autor considera que la conducta corrupta de un funcionario público debe ser sancionada con el mismo rigor independientemente del valor del bien apropiado, ya que la corrupción socava la confianza pública y afecta la integridad de las instituciones del Estado. Según Salinas Siccha, lo importante es que el sistema penal peruano se enfoque en la gravedad del acto ilícito en su conjunto, no solo en el monto económico involucrado. El juez, en el proceso penal, deberá tomar en cuenta la cuantía solo al momento de individualizar la pena, y no como un factor para excluir la configuración del delito.

En conclusión, Salinas Siccha afirma que la legislación peruana, al no establecer un umbral mínimo de cuantía para el delito de peculado, ha adoptado una postura más amplia y efectiva en la lucha contra la corrupción. La corrupción, tanto en su forma más pequeña como en su manifestación más grave, debe ser perseguida con la misma determinación, y la falta de un umbral de cuantía permite que todos los casos de peculado sean tratados con la misma gravedad, sin dar espacio a la minimización de la importancia de actos ilícitos menores. La tipificación del peculado debe centrarse en el abuso del poder y el uso indebido de los recursos públicos, no en la magnitud del daño económico, lo que refleja un enfoque

integral en la protección del patrimonio público y la sanción de los funcionarios corruptos. (Salinas Siccha, s.f., p. 10).

2.2. EL DELITO DE PECULADO

2.2.1. CONCEPTO DE PECULADO

El término *peculado* proviene del latín *peculatus*, que se refiere a la apropiación indebida de un *peculio*, o bienes ajenos. Este delito se configura cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, sustrae o se apropia de recursos públicos que le han sido confiados para su manejo o administración. El *peculado* no solo abarca el robo directo de caudales del erario público, sino también su mal manejo o uso para fines ajenos al servicio público.

El diccionario de la Real Academia Española define el *peculado* como "delito que consiste en el hurto de caudales del erario, hecho por aquél a quién está confiada su administración". Esto refleja su carácter esencialmente relacionado con el abuso de poder por parte de un funcionario encargado de la gestión de bienes o fondos públicos. El acto ilícito de apropiarse de lo que no le pertenece en calidad de administrador de bienes del Estado es una de las formas más graves de corrupción dentro de las instituciones gubernamentales, pues mina la confianza pública en las estructuras del poder.

Por su parte, Cabanellas (2003) define el *peculado* como "la sustracción, apropiación o aplicación indebida de los fondos públicos por aquél a quien está confiada su custodia o administración" (p. 172). Esta definición subraya la responsabilidad que tienen los funcionarios públicos sobre los recursos del Estado, y cómo el abuso de esa confianza constituye un delito. La infracción se hace aún más grave cuando se considera que el responsable tiene la obligación de proteger y administrar esos fondos en beneficio del interés colectivo y no en su propio beneficio o el de terceros.

Luis Carlos Pérez, citado por Reyna Alfaro (2009), ofrece una interpretación que amplía el concepto de *peculado* al señalar que este delito no se refiere únicamente a la apropiación ilícita, sino también a la incorrecta aplicación de los bienes o recursos confiados a una persona. Según Pérez, el *peculado* se da cuando alguien es encargado de administrar o custodiar ciertos bienes con un fin específico, pero utiliza esos recursos de forma indebida. Para que el delito de *peculado* sea plenamente reconocido, es necesario que los bienes sustraídos o mal administrados sean públicos, y que la persona que comete el delito tenga

una responsabilidad explícita sobre esos recursos, lo que le otorga la obligación de gestionarlos adecuadamente.

Este delito adquiere una mayor dimensión cuando se aplica al contexto de los funcionarios públicos, quienes, al tener a su disposición recursos del Estado, deben garantizar su uso adecuado. El *peculado* no solo es una violación a la confianza pública, sino que también representa un acto de corrupción institucional, ya que los recursos mal manejados o apropiados afectan directamente el bienestar de la sociedad, desviando fondos destinados a mejorar los servicios y la infraestructura pública. En este sentido, el *peculado* se configura como un delito contra la administración pública, ya que corrompe el sistema desde dentro, aprovechando las mismas estructuras que deberían garantizar el bienestar social.

Este tipo de delitos tiene un impacto profundo en la confianza del ciudadano en sus instituciones. La apropiación indebida de recursos públicos no solo despoja al Estado de fondos necesarios para su funcionamiento, sino que también daña la imagen de las instituciones públicas, perpetuando un ciclo de desconfianza y deslegitimación. La lucha contra el *peculado* se ha convertido, por tanto, en un eje central de las políticas anticorrupción, buscando sancionar severamente a aquellos que, estando en posiciones de poder, abusan de su autoridad para obtener beneficios personales a costa del erario público.

En conclusión, el *peculado* es un delito particularmente grave porque implica una traición a la confianza depositada por el Estado en sus funcionarios. La malversación o sustracción de recursos públicos no solo es un acto de deslealtad, sino que tiene consecuencias muy perjudiciales para el desarrollo económico y social de un país. Por ello, la legislación y la jurisprudencia deben asegurar que los castigos sean proporcionales a la gravedad del delito y que se establezca una cultura de responsabilidad y transparencia en la gestión pública.

“La concepción de este tipo de delito es doctrinariamente uniforme, aún la división que planteaba don Francesco Carrara de Peculado Propio y Peculado Impropio es un buen referente, para resolver los casos en que confluye la presencia de funcionarios públicos y ciudadanos particulares. Entendemos por peculado el abuso de dineros públicos que efectúa un funcionario público a quien le han sido confiados o entregados para que les dé un empleo o uso determinado, y se apropia de los mismos. Es igualmente peculado el abuso en beneficio de un tercero. Cuando nos referimos al abuso de dineros públicos, pensamos en la figura de la apropiación indebida pues el funcionario público recibe el dinero o la administración de

los fondos públicos para darle un empleo o uso determinado, v en el ejercicio de la función pública o con ocasión de ella, abusa de su ejercicio, apropiándose de los dineros de los que es custodio”.

“Cuando interviene un particular en este tipo de delito que es de mano propia o de sujeto activo calificado, el particular incurre es una suerte de hurto de dineros públicos que no le han sido consignados. En lo personal hemos mantenido y mantenemos el criterio de que no puede darse la figura o el tipo penal del Peculado si no hay la participación de un funcionario público, que en ejercicio de cargo abuse de los dineros públicos. Si el particular se apropia de dineros públicos sin la participación de un funcionario público, cometerá un delito contra la propiedad como el de hurto, robo, estafa o apropiación indebida. La conducta del particular no es impune, sino que debe ser adecuada correctamente al tipo penal sancionador”.

“Para el profesor Maggiore «es la apropiación de dinero o de cosa mueble perteneciente a la administración pública, cometido por un funcionario público o encargado de un servicio público que por razón de su cargo está en posesión de esos bienes. Hay ofensa al deber de fidelidad del funcionario para con la administración pública». Dice SOLER que «el concepto de peculado es muy simple: consiste en extraer lo que en la caja está, en impedir que ingrese lo que como funcionario público se recibe para hacerlo ingresar, finalmente en emplear los fondos públicos en uso privado». El ilustre penalista argentino, se ubica en la línea de quienes sostienen que el peculado consiste en la apropiación indebida de los caudales públicos por la persona a cuya custodia han sido encomendados”

“En realidad es una verdadera forma de defraudación, porque hay el empleo del abuso de la función, con la diferencia que recae sobre determinados bienes considerados como de pertenencia de la administración pública efectuado por una persona, funcionario público o no, que los recibe el razón del cargo o de la calidad que ostenta, para darle un empleo o uso determinado”.

“Por nuestra parte hemos dicho que el peculado se constituye por la apropiación de fondos o caudales públicos o privados, especialmente determinados, (como dineros que se encuentran en los bancos privados), cometidos por funcionarios públicos o personas encargadas de un servicio público, que defraudan o abusan de la confianza en ellos depositada, apropiándose de los bienes recibidos en razón de su cargo” (Ibidem).

2.2.2. ORIGEN Y REMINISCENCIA HISTÓRICA

Hugo Vizcardo (2016) nos dice a este respecto: “El origen de este tipo de delito lo encontramos en el Derecho Romano, con el nacimiento del denominado Crimen Kepentundarum o crimen de prevaricación, que es el tipo delincucional genérico dirigido a frenar los abusos de los funcionarios públicos, y el ánimo o finalidad era recuperar las cantidades de dinero exigidas por los funcionarios públicos en sus prácticas extorsivas. Luego surge el llamado Crimen Peculatus y el Crimen Concussionis”.

“Dice el prof. GUISEPPE MAGGIORE que «el peculatus — de peculiari - significaba robar los causales públicos, tiene su origen también en ti palabra pecunia que quiere decir dinero. Era la apropiación cometida por funcionario público o privado de los valores o dineros custodiados en las urcas públicas». Al delito que conocemos actualmente como Malversación (invertir mal) se lo denomina como Crimen de residáis, que era dar otro destino al fondo público. SEBASTIAN SOLER nos recuerda que este delito, estaba previsto en el Derecho Romano como una forma de hurto agravado, junto al denominado Sacrilegum que era el hurto de las cosas sagradas de los dioses, entendiéndose por Peculado a todas las defraudaciones contra la cosa pública”.

“El maestro FRANCESCO CARRARA, manifestaba que etimológicamente derivaba de la palabra Pecus que significaba rebaño o ganado que es objeto del fraude, y el llamado Peculatus que aparecía como un hurto de los fondos públicos”. p.247.

Por su parte Reátegui Sánchez (2016) nos dice: “La voz peculado se deriva del latín peculatus y este de peculium, que significa caudal”. El origen del término “peculado” se remonta al Derecho Romano, identificándose que proviene de dos latinismos: pecus, que significa ganado; y latus, que significa hurto. En consecuencia, etimológicamente significa “hurto de ganado”. Y es que el ganado era sinónimo de riqueza en Roma, que fundaba su ordenamiento económico esencialmente en el pastoreo. Ello se explica en su origen debido a que, en Roma, según lo indica Carmignani, el ganado era el bien máspreciado junto a la tierra. Servía como medio de cambio comercial y definía el estatus socioeconómico de los ciudadanos”.

“Para la época de los emperadores romanos, esta forma de pago se sustituye y simplifica con el uso de lingotes de cobre que fueron acuñados con la cabeza de una pecus en forma de buey.

Y según lo indica Ferreira, a esta forma de moneda se la denominó con el mismo nombre que le dieron los umbro-sabélicos: la pecus, “de donde se tiene que, etimológicamente hablando,

pecular es apropiarse del peculio ajeno, en su connotación de ganado y dinero”.

“Con el tiempo los romanos aprendieron a reunir riqueza acumulando “pecus”, dándose origen a la expresión “pecunia” (modo indicativo del patrimonio particular), que contemporáneamente conduce al concepto de “peculio”. Y como quiera que el patrimonio o pecunia del Estado era sagrado, por aquella fusión primitiva entre lo religioso y lo estatal, nos dice Ferreyra, “el hurto de la pecunia del Estado era un delito capital, de derecho público, y recibió una denominación diferente al furtum común, pues se la llamó peculatus”.

“La tipificación de las apropiaciones de dineros públicos y de toda defraudación contra la caja pública como peculado tuvo lugar con la Lex Julia, la cual, según indica Carmignani, se promulgó bajo el régimen de Cayo Julio César, y llevaba como título Peculatus et de sacrilegiis et de residuis, por la afinidad de estos delitos entre sí, estableciéndose como pena la privación o interdicción de agua y del fuego, sanción que luego fue sustituida por la deportación. Después los administradores públicos que cometían este delito y sus auxiliares eran castigados con la muerte”.

“Tanto la legislación ateniense como la romana castigaron con severísimas penas que llegaban hasta la muerte al hurto de los dineros del Estado. La Lex Julia reguló el tratamiento penal a los “peculadores”, creándose un tribunal especial para sustanciar los numerosos casos (la quaestio perpetua). El Digesto, ya en las postrimerías del Imperio, reconoció tres clases de peculado: por sustracción, retención y uso. Así, en el Título XIII del Libro XLVIII se señalaba: “Está sujeto a la Lex Julia, relativa al peculado, el que hubiere quitado o interceptado dinero sagrado, religioso (o público)”. “Pero también el que hubiere retenido dinero público recibido para algún uso, y no lo hubiere empleado, está sujeto a esta ley”. El Código extendió el criminis peculatus a los jueces que durante su administración sustrajeron caudales públicos, ordenándose la pena capital tanto contra ellos como contra quienes les prestaron ayuda o quienes, a sabiendas, recibieron de ellos las cantidades sustraídas. Es en el Imperio romano donde se llega a utilizar la frase criminis peculatus que hace referencia al hurto de dinero o bienes público. Esta última definición es la que ha prevalecido hasta nuestros días”.

“En el Derecho Penal romano se crearon así las figuras de peculado y la de malversación que se extendieron por el mundo occidental siendo recepcionadas por el derecho medioeval con la Ley de las Siete Partidas, las ordenanzas francesas de 1620, 1690 y 1701, hasta llegar a los códigos penales de Francia de 1810, Alemania de 1870 e Italia de 1889, códigos históricos que incluyeron en su sistemática penal los modelos o paradigmas legislativos de peculado y malversación”.

“Conforme a nuestro derecho histórico, podemos apreciar que esta modalidad delictiva tiene su origen en nuestro Código Penal de 1863, que en su Libro segundo (De los delitos y de sus penas), Sección quinta (De los delitos peculiares a los empleados públicos), Título 9, se tipificaron, bajo la modalidad de “malversación de caudales públicos”, se tipificaron las siguientes conductas: “El empleado que hace uso para sí o para otro de los caudales que custodia o administra”(Artículo 195); El empleado que sustrae o consiente que otro sustraiga, los bienes, caudales u otros valores públicos confiados a su administración o custodia (Artículo 196)”.

“El Código Penal derogado de 1924, también tipificaba el peculado en el Libro Segundo

(Delitos), Sección Décima Cuarta: Delito Contra los Deberes de Función y los Deberes Profesionales, Título II, precisamente bajo el membrete de peculado. El Título tipificaba la modalidad dolosa y culposa (artículo 346) y también la malversación de caudales públicos

(artículo 348). En su modalidad dolosa el peculado fue tipificado como la conducta del funcionario o servidor público que se apropiare o utilizare en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estuviere confiada por razón de su cargo”.

“En la actualidad, bajo la vigencia del Código punitivo de 1991, el peculado se tipifica en el

Libro Segundo (Parte especial Delitos), Título XVIII (Delitos contra la Administración Pública), Capítulo II (Delitos cometidos por funcionarios públicos), Sección III (peculado), tipificándose su modalidad dolosa y culposa (artículo 387), el peculado de uso (artículo 388), la malversación (artículo 389), el retardo injustificado de pago (artículo 390); y, el rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad (artículo 391).” p. 1629

Asimismo, dentro de la jurisprudencia nacional emitida por nuestros magistrados se ha señalado:

El delito de Peculado se origina del hurto (vocales latinas pecus ganado y Latus latrocinio), entonces tenemos como un primer tema de referencia que hablar de hurto cuando se hace mención al Peculado, cuando menos históricamente es lo mismo, sin embargo, la evolución del Derecho Penal nos ha ubicado, en las actuales circunstancias en las que el hurto está dentro de los delitos contra el patrimonio, pero cuando se trata del patrimonio estatal y el agente es servidor público, a ese hurto se le denomina Peculado. Específicamente, como bien desarrolla Teodoro MOMMSEN, el Peculado evocaba el apoderamiento de las cosas, de los bienes públicos, y dice que se llamaba de peculatos o peculatus publicus y por lo general peculatus, el hurto de cosas muebles pertenecientes al Estado [Sentencia de fecha 28 de junio del año dos mil cuatro, Exp. N° 11- 01, Segunda Sala Penal Especial].

Respecto de este rubro reproducimos la investigación efectuada por Joel León Santos Pineda (2016) en su tesis, quien refiriéndose a los antecedentes históricos señala:

“Entre las leyes más arcaicas de la humanidad que departen del tema conocemos, el Código de Manú o Leyes de Manú, dedica en cierto de sus disposiciones al peculado o concusión”. Asimismo, “De este enunciado estipulamos que hace más de tres mil años ya se castigaba el ilícito de peculado o concusión, en la clase dominante, como en la de los dominados”. “Por lo que advertimos que desde el inicio que el Imperio Romano quedara en su esplendor, la adjudicación, desvío o uso clandestino de los caudales públicos, por segmento de quienes tenían en sus favores la administración de la cosa pública”. Por ello, “se los ha estimado como sucesos reprochables, los cuales se han compuesto en indiscutible azote a través del período en la sociedad, lo que ha incidido en el progreso de los pueblos”. “Sin embargo, de ello en el magnificencia de la potencia romana se escogió con el calificativo de peculado al hurto de los objetos muebles de dominio del Estado”. Así las cosas (Peculatus) “viene de pecus: ganado, se le dio este calificativo por cuanto primitivamente de que se propagara el uso del dinero, los animales predestinados a los sacrificios formaban las riquezas muebles más trascendentales entre los bienes públicos”. Por lo tanto, “la sustracción de esa variedad de riquezas era el delito más penado dentro del régimen romano”. “La infracción de peculado recubrió posteriormente, a través del tiempo, numerosas modalidades: así poseemos por paradigma el hurto de metales o monedas del fisco de la colectividad romana”. Así, “constituyó la representación frecuente y más trascendental de este ilícito, igualmente la

apropiación por fragmento de los jefes militares del trofeo de guerra”. “Su artificiosa o aparente estimación, así como la de contrastar más monedas públicas que la licenciada, todos éstos sucesos eran considerados como delito de peculado”. En Roma, en su derecho “el vocablo peculado, se esgrimió también para considerar el delito, que residía en el hurto de capitales o cosas concernientes al pueblo romano, a los que suponían como sacras, delito cometido por quien estuviera encargado de su administración”.

“Luego esta designación se guardó para el peculado convenientemente dicho, que conseguía caer sobre cualquier dinero o importe vigilado en la caja pública, aunque no fuera del poblado romano, sino de una metrópoli o de otra administración pública”. Es por tal que “[...] hoy cuando los servidores de los organismos, entes del sector público, todo individuo confiado de una prestación pública, que en favor propio o de terceros, hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen”, Por así decirlo, en “piezas, títulos, documentos, bienes mobiliarios o inmuebles que existieren en su potestad en virtud o cognición de su cargo, ya sea abuso, sustracción, soltura inicua o cualquier otra representación semejante ejecuta delito de peculado según nuestra legislación”. “La ignorancia de la regla jurídica en lo conexo a este arquetipo de delito cual lo es el peculado y las derivaciones legales que llevaría, puede hacer que funcionarios, servidores lo cometan”. Pero “tan a la liviana sin meditar la gravedad del igual e incitar así una inconveniente administración pública por segmento de los organismos del

Estado”. “Por circunspecciones históricas de tipicidad del acostumbrado se dice que etimológicamente peculado sucede de PECUS que representa ganado o rebaño, y se le dio este calificativo porque antes del dinero, el Pecus fue lo más importante para el Estado”. Esto era “como un precio de uso y canje; el mayor símbolo de acopio de fortuna, de modo que quien se acaparaba de la manada o rebaño público, incurría en el ilícito penal” “Primigeniamente el tipo legal PECULADO, aparece pues, tipificado como un Hurto Agravado por la cualificación del bien jurídico tutelado y no por la situación del sujeto activo”. “Es indicar, no floreció un delito de ocupación pública, sino un hecho ilegal cualificado por la situación principalísima de la cosa pública”. “Fue a posterior y atendiendo a los requerimientos legales solicitadas de estipulada calidad en el sujeto activo (específicas facultades en relación de los bienes en cognición de su cargo) en que se meditó que el peculado es un delito de función”. “En suma, yació un conocimiento constreñida la que predominó en aquellas estaciones históricas en que se tutelaba la propiedad del pueblo romano, considerándose al peculado un delito contra la propiedad”.

“Fue en el transcurso de formación ulterior que lo meramente objetivo (atributo de la Res Pública) varía en el Derecho del César, donde otros bienes como la “FE TRAICIONADA” o la aptitud para delinquir, surgen creando parte de las ocurrencias consideraciones”. “En este progreso sale ya el peculado a modo de un hecho ilegal en el que el sujeto activo aparte recubrir una cualificación establecida viola la confianza pública otorgada por la transmisión de los bienes del Estado”. “Considerándose entre las contravenciones contra la Fe Pública. Modernamente y con la marcha legislativa se representa el Delito de Peculado entre las infracciones a la Administración Pública”. “El inconveniente del delito de Peculado es una dificultad que nos fatiga desde tiempos de otra época, para la investigación convenimos saber primero el concepto de este delito”. Pues “es el delito que reside en el hurto de peculios del erario público, habituado por aquel a quien queda confiada su administración”. Cabanellas, citado por ALVARO., dice: “Peculado” es el desfalco, confiscación o aplicación prohibida de los caudales públicos, por aquel o a quien queda confiada su resguardo o administración”. “La dificultad es que muchos empleados públicos en especial funcionarios de los Gobiernos Regionales y Municipalidades de los Departamentos del interior del país aprovechan la confianza de la ciudadanía”. p. 27.

2.2.3 NATURALEZA JURIDICA

El delito de Peculado constituye un delito especial, en tanto que la norma establece que este delito solo puede ser cometido por un sujeto determinado, que reúna una cualidad específica, esto es, ser funcionario o servidor público que se encuentre en custodia de bienes o caudales del estado. Estos delitos especiales pueden presentarse como propios o impropios.

Es aquella conducta delictiva atribuida a un funcionario o servidor público que en pleno ejercicio de su actuación funcional y, “en el contexto de una vinculación funcional con el caudal o efecto, se halle en posesión material o jurídica del bien, apropiándose los, usando o sustrayéndolos de la esfera pública”. Deduciéndose que uno de los aspectos conceptuales de este delito es que el funcionario o servidor público mantenga una relación funcional con el caudal o efecto apropiado.

2.2.4 MODALIDADES DEL DELITO DE PECULADO

2.2.4.1 EL PECULADO POR APROPIACIÓN

“En el peculado por apropiación el funcionario o servidor incorpora bienes públicos en su patrimonio personal, o en el patrimonio familiar o en el patrimonio de terceras personas sin derecho, sin autorización, sin que tenga una justificación ese comportamiento; pues pueden haber comportamientos justificados como por ejemplo que yo me apropie de dinero por un hecho extremo para pagar la operación de un familiar, que si no es operado muere, este es un caso que puede justificar el Peculado o por ejemplo que yo me apropie del patrimonio público por coacción por amenaza de muerte, como sería el caso de un estado de necesidad ex culpante o que me apropie de bienes con un valor mínimo como el caso de un funcionario que se apropie de cuatro hojas de papel bond y un borrador, lo cual sería un delito de bagatela. En el peculado por apropiación el servidor o funcionario se convierte en un detentador de facto en un propietario de facto, es decir que posee el bien pero esto no tiene un respaldo o reconocimiento jurídico”

Rojas Vargas (2014). P.161

Salinas Siccha (2016) sostiene: “Se configura el delito de peculado por apropiación cuando el agente se apodera, 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. El agente obra con animus rem sibi habendi. El beneficiario con el apoderamiento puede ser el autor del hecho que siempre será funcionario o servidor público o en su caso, un tercero que, como veremos, puede ser tanto un funcionario o servidor público como una persona ajena a la administración”.

“La conducta del funcionario peculador se constituye en una apropiación sui generis. Él no sustrae los bienes, ellos ya están en su poder de disposición en función del cargo que desempeña. El sujeto simplemente no administra los bienes aplicándolos a la función pública para el que están destinados, sino dispone de ellos como si formaran parte de su propio y exclusivo patrimonio. Actúa como propietario del bien público. En igual sentido, Rojas Vargas argumenta que apropiarse es hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera funcional de la administración pública y colocándose en situación de disponer de los mismos”.

“La forma de apropiación puede recaer tanto en actos materiales de incorporación de los caudales o efectos públicos al patrimonio del autor, acrecentando su masa patrimonial, como en actos de disposición inmediata (venta, alquiler, préstamo, uso con ánimo de propietario, entrega a terceros, donaciones, etc.). En general, puede materializarse en numerosos actos que, como expresión del poder del funcionario o servidor público, impliquen actividad comercial que ponga de manifiesto la ilícita disposición del patrimonio público que realiza el sujeto activo en el ámbito concreto de la apropiación, no obviamente cuando la vinculación entre sujeto activo y caudales o efectos se halle en un contexto de agotamiento”.

“Como ejemplo de esta modalidad cabe citarse el hecho real objeto de la ejecutoria suprema del 26 de junio de 2003. Allí se argumenta que “conforme se aprecia de las pruebas actuadas se ha establecido la responsabilidad del procesado en los hechos instruidos, quien en su condición de administrador de la municipalidad distrital, dispuso para su beneficio personal sumas de dinero de la Caja Municipal, dinero que era destinado para la compra de una caja registradora; asimismo recibió dinero de la unidad de tesorería para abrir una cuenta corriente para la compra de omnibuses, sin embargo, dicho dinero no fue utilizado para el fin establecido; que, posteriormente al detectarse tal irregularidad, dicho encausado devolvió parte de la suma apropiada, mediante descuento de las remuneraciones que percibía, empero quedó un saldo que no se logró recuperar, tal como acepta el propio procesado al rendir su instructiva y en los debates orales, donde admite que se apropió de dinero del municipio debido a que su esposa se encontraba delicada de salud y tuvo que hacer gastos para su tratamiento”

2.2.4.2 EL PECULADO POR UTILIZACIÓN

Siguiendo a Salinas (2016) “El funcionario o servidor de aprovecha de las bondades patrimoniales del bien, por ejemplo, alquila el local institucional, utiliza los vehículos, se aprovecha de los terrenos que tiene el Estado para sembrar productos. Entonces, la diferencia entre el peculado por apropiación y el peculado por utilización es que en esta segunda modalidad el bien permanece en la Administración Pública, donde sólo utilizo sus ventajas para sacarle provecho, no me lo llevo y lo incorporo en mi patrimonio. En el caso de bienes inmuebles, de locales, de edificios, de terreno se aplica el peculado por utilización del Artículo 387°”.

“En este peculado por utilización tenemos una modalidad atenuada, que es el peculado por uso que está en el Artículo 388°. En el peculado por uso el funcionario igualmente utiliza bienes públicos, pero con base a la naturaleza de esos bienes el legislador a determinado que el funcionario o servidor merecerá una pena menor, siendo que la pena es de dos a cuatro años. Pero la diferencia no viene sólo por el grado de pena que se puede imponer, sino fundamentalmente con la naturaleza de los bienes que pueden ser máquinas, instrumentos de trabajo y/o vehículos automotores en el caso del peculado de uso”.

“Veamos el Artículo 388° del Código Penal: “El funcionario o servidor que para fines ajenos al servicio usa o permite que otro use vehículos, máquinas u otros instrumentos de trabajo pertenecientes a la Administración Pública”. Entonces, en esta modalidad no hay vinculador jurídico alguno; es decir, basta que los bienes pertenezcan a la administración y no interesa que el funcionario administre, custodie o perciba, ya que puede tenerlo en simple posesión o puede habersele delgado la tenencia del bien. Entonces en el peculado de uso existe un tipo penal más amplio ya que no se circunscribe sólo en los vinculadores jurídicos administrar, custodiar o percibir. Por tanto, cualquier funcionario o servidor puede ser autor de este delito, a condición de que se de lo que pide el tipo penal en el sentido de que estos bienes sean utilizados a fines ajenos para el servicio y que sean pertenecientes a la administración, en ese sentido es un tipo penal más amplio en cuanto a la tipicidad”.

“Pero hay una modalidad restringida que dice: "o se haga baso su guarda". Entonces se ha privilegiado también la guarda; es decir, la custodia o cualquier otra vinculación del funcionario o servidor, siendo la restricción de que pertenezcan a la Administración Pública y que el uso suponga destinos diferentes a los oficiales; es decir, fines particulares o de terceras personas; es decir, que sean fines ajenos al servicio. Pero el fin ajeno al servicio a suscitado debate; por ejemplo, en Ayacucho la Municipalidad Provincial de Huamanga tiene camiones recolectores de basura y qué pasa si estos camiones recolectores de basura se van a Huanta a recoger basura, por un pedido expreso del alcalde de Huanta y los funcionarios de la Municipalidad Provincial de Huamanga otorgan la autorización para que se trasladen los camiones de basura. En este caso se estará cometiendo peculado de uso, primero se ha permitido que otros usen el vehículo en este caso Huanta, pero habría que preguntarse por el elemento fines ajenos al servicio. Por ejemplo, si la camioneta que tiene a su disposición el jefe del Ministerio Público lo emplea para llevar a su señora a Lima o a lea obviamente que es peculado de uso. Por ello el tema del fin ajeno al servicio en Derecho Penal deberá analizarse desde estándares de mínima intervención”.

“En cuanto a los bienes objeto de delito, también se deben efectuar algunas precisiones; por ejemplo, en cuanto a los vehículos existen una infinidad de vehículos ya que están los automóviles, pero también están los remolques, las carretas, etc. Pues el tipo penal no dice vehículo automotor, sino que dice vehículos en general. En ese sentido se debe tener en cuenta que vehículo es un bien mueble que sirve para transportar cosas o personas con motor o sin motor”.

“Además se debe delimitar el concepto de lo que debe ser entendido como instrumentos de trabajo. Para ello debemos recordar los instrumentos de trabajo con los cuales cuentan los funcionarios y servidores públicos más usualmente como las computadoras, filmadoras, máquinas de alta tecnología; así también los médicos tienen bastante instrumental de trabajo, así como los ingenieros del Estado. Todos estos bienes de trabajo si pertenecen a la administración y se deja que un funcionario o servidor lo use, pueden dar lugar al Peculado de Uso. Una pregunta adicional, ¿las sillas y mesas de un auditorio de una institución pública pueden ser considerados instrumentos de trabajo?, así también ¿el llamar por teléfono sería peculado de uso, teniendo en cuenta que el teléfono es un instrumento de trabajo? En estos casos, se puede aplicar el principio de bagatela, o de mínima relevancia penal, por la cual acciones que recaigan sobre estos bienes no configurarían el Peculado de Uso”.

“Entonces, debemos recordar que en el delito de Peculado de Uso hay una norma final muy importante: “no están comprendidos los vehículos motorizados destinados a servicio personal por razón

del cargo”) es decir, que en estos supuestos la conducta será atípica. Entonces en la Administración Pública existen tres tipos de vehículos: 1. Vehículos para desarrollo de funciones públicas; 2. Vehículos para usos específicos de determinados funcionarios; y, 3. Vehículos públicos para uso personal por razón del cargo. Entonces la gran cantidad de vehículos que circulan por la ciudad son entonces vehículos para Servicios Públicos. Siendo así, los vehículos para usos personales por razón del cargo son los que están fuera del tipo penal.

Recordemos los siguientes casos: 1. Alto efectivo policial a bordo de vehículo público para su uso personal, los medios de prensa lo captan ingresando a un hotel de lujo y resulta que el alto oficial llevaba como acompañante a una capitana y lo denunciaron por peculado

de uso, pero en este caso el uso del vehículo así haya sido para irme a un hotel sigue siendo de uso personal”. p.615.

Sobre el particular la Corte Suprema se ha pronunciado señalando lo siguiente:

Comportamientos típicos del peculado doloso: “Es necesario tener en cuenta los comportamientos típicos que la norma en análisis nos señala a efectos de limitar o restringir la relevancia penal de los actos del delito de peculado. La norma, por consiguiente, al describir la acción dolosa utiliza dos supuestos para definir los comportamientos típicos del sujeto activo: apropiar o utilizar, los mismos que deben contener ciertos elementos para su configuración; estos son, en tal virtud, los elementos materiales del tipo penal: a) Existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos; b) La percepción, no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita. La administración, que implica las funciones activas de manejo y conducción. La custodia, que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos; c) Apropiación o utilización. En el primer caso, estriba en hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso: utilizar, se refiere el aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero; d) El destinatario: para sí. El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. Para otro, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero; e) Caudales y efectos. Los primeros, son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos, son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables ” (§ 2/7 del Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-1 16 del 30/09/2005).

La modalidad de peculado por utilización “se configura cuando el agente usa, emplea, aprovecha, disfruta o se beneficia de los caudales o efectos públicos, sin el propósito de apoderarse del bien. En el agente no hay ánimo o propósito de quedarse o adueñarse, sino simplemente de servirse del bien público en su propio beneficio o en beneficio de tercero.

Esto presupone una previa separación del bien de la esfera pública de custodia y darle una aplicación privada temporal sin consumirlos, para retornarlo enseguida a la esfera de la administración pública. Así se precisa en la ejecutoria suprema del 20 de septiembre de 2005, cuando se argumenta que “la modalidad de peculado por distracción o utilización implica una separación del bien de la esfera pública y una aplicación privada temporal del mismo sin consumirlo para regresarlo luego a la esfera pública, lo que no es posible tratándose de dinero”.

“Aquí es necesario hacer la siguiente precisión: en el artículo 388° del Código Penal encontramos el peculado de uso que muchos podemos pensar que es idéntico al peculado en su modalidad de utilizar del artículo 387° del Código Penal. Sin embargo, la diferencia salta con la sola lectura de ambos tipos penales. En efecto, en el artículo 387° se refiere a utilizar efectos o caudales públicos en tanto que en el artículo 388° se refiere a usar vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo perteneciente a la administración pública. En consecuencia, se aplicará el artículo 387° siempre que los bienes públicos no estén representados por los instrumentos de trabajo de la administración. Si estos son los objetos del delito, se aplicará el artículo 388°”.

“Es común en la doctrina nacional considerar que el peculado doloso tanto por apropiación como por utilización puede configurarse por omisión impropia. En efecto, de la lectura del tipo penal se concluye que el agente, muy bien con conocimiento y voluntad, puede dejar, tolerar o permitir que un tercero se apropie o haga uso en su beneficio del bien público. De presentarse esta hipótesis, no hay duda que el operador jurídico recurrirá a lo dispuesto en el artículo 13° del Código Penal. Pueden presentarse dos supuestos: primero, cuando el agente garante del bien público o allegados a él no se benefician con el acto del tercero. Aquí, el sujeto activo garante del bien será autor de peculado doloso, en tanto que el tercero será investigado y sancionado por el delito de hurto o apropiación ilícita. Segundo, cuando el agente garante del bien público o allegados a él, se benefician con el acto del tercero. Aquí, el sujeto activo garante del bien será autor de peculado doloso, en tanto que el tercero por unidad del título de imputación será investigado y sancionado por el delito de peculado doloso en el grado de complicidad primaria. Es evidente un acuerdo previo entre el agente garante y el tercero para cometer el hecho punible en perjuicio de la administración pública. Solo así se explica que aquel dolosamente haya permitido que el tercero sustraiga el bien público confiado a su cargo y luego se aprovecha del producto de la sustracción. Se

entiende que el agente utiliza la ayuda del tercero para hacer realidad la apropiación del bien público”.

“Respecto a las modalidades de apropiación y utilización en que se traduce la comisión del delito de peculado, se ha establecido como jurisprudencia vinculante lo siguiente: “El primer caso estriba en hacer suyo caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la administración pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso: utilizar, se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto) sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero”

“En otro aspecto, nos parece una exageración del legislador haber equiparado la figura del peculado doloso por apropiación con la figura del peculado doloso por utilización y sancionarlo con la misma pena. No es lo mismo apropiarse de los bienes de la administración pública que el solo usarlo para luego ser devueltos y continúen siendo de la administración pública. Esto nos convence para sostener que el juez, al momento de graduar la pena, le impondrá mayor pena al que se apropió de los bienes públicos que al que solo se limitó a utilizarlos”. (Ibidem)

2.3. EL TIPO PENAL DE PECULADO AGRAVADO

Según la doctrina hay dos tipos penales agravados de peculado:

Por el destino de los bienes públicos; “es cuando los bienes están destinados a programas sociales o fines de asistencia, entonces la pena se eleva de 8 a 12 años. En estos casos el peculado adquiere mayor grado de injusto, mayor nivel de ilicitud cuando los bienes tienen un destino social o de asistencia, como por ejemplo el programa de purifiquemos el agua, permitamos que las mamás tengan buenos hijos, etc. Los programas de apoyo social son de mayor envergadura, son más sistematizados abarcan o comprometen una mayor cantidad de personas, tienen por lo general un desarrollo más consolidado, en cambio los fines asistenciales son algo más específico como pensión 65. Los fines asistenciales son eventuales, como por ejemplo en razón a un terremoto, una tormenta; en cambio los programas tienen una mayor permanencia, una mayor organización y ocupan mayor personal. Pero existe una condición de tipicidad para que se de este peculado agravado y es que el funcionario o servidores sepa que esos bienes no sólo son públicos, sino que sepa que esos bienes están destinado a programas sociales o fines asistenciales, aquí debe existir un

doble componente cognoscitivo del dolo. Entonces, si no se demuestra que el funcionario conocía el destino de esos bienes, no se podrá colocar la agravante”.

La segunda agravante se da cuando la cuantía de los bienes supera las 10 UIT, “es decir que se supere los S/.38,000.00 nuevos soles, con esto se establece que en el peculado el patrimonio público imprime la naturaleza del delito y no importa sólo la infracción de deber. Y esta agravante se incorporó desde junio del 2011”. Ibidem

2.4. PECULADO CULPOSO

“El tipo dice: El funcionario o servidor que por culpa permite que un tercero sustraiga bienes. En estos casos el tercero sustrae bienes como consecuencia de la culpa del funcionario en estos casos el legislador hacía referencia a la imprudencia, la negligencia o la impericia como conceptos clásicos de culpa, pues supuestos como culpa consciente o culpa inconsciente pertenecen a la moderna dogmática penal instaurada por la escuela finalista del Derecho penal”.

“En todos los casos de culpa el funcionario no entra en concertación con quien se lleva los bienes. En ese sentido la negligencia significa no adoptar normas de cuidado para evitar la lesión del bien jurídico, no realizar acciones diligentes y son ejemplos de estos actos no cerrar la puerta del almacén, dejar la caja chica abierta. Entonces si el incumplimiento está en relación al cuidado de patrimonio público y ese incumplimiento origina que terceras personas se lleven los bienes ya deja de ser incumplimiento para ser peculado culposo; es decir, el peculado culposo absorbe el incumplimiento”.

“La imprudencia es algo de mayor intensidad que la negligencia, pues la imprudencia está en relación a la conducción del funcionario público, en ese sentido la imprudencia son comportamientos activos que producen lesión a bienes jurídicos. La imprudencia es ir más allá de un comportamiento adecuado, es decir es sobrepasar una norma de cuidado y generar con ello un comportamiento lesivo, entonces la imprudencia está vinculada con la especial forma de conducción del funcionario o servidor, por ejemplo, sería el caso de un servidor encargado del almacén que toma siestas en el horario donde la mayor cantidad de personas transitan por el almacén. Donde no hay normas ingresa la imprudencia. Por ejemplo, hay muchos funcionarios de provincia que van a Lima con el dinero en efectivo a comprar los bienes y llegan con el dinero dentro de un maletín James Bond y les roban o les hurtan”

“Finalmente, la impericia tiene una función más concreta, es la falta de capacidad en el manejo del rol o del papel que desempeña una persona. Es una falta de experiencia por parte del funcionario o servidor que administra, tutela, custodia o percibe los bienes. En estos tres casos es una característica fundamental del peculado culposo que se le atribuye la culpa al funcionario y el apoderamiento del bien a un tercero”.

“Sin embargo en Perú no se ha legislado el Peculado Culposo en rigor, en propiedad, pues, por ejemplo, en el homicidio culposo soy yo quien por culpa ocasiono la muerte de otra persona. Entonces, en el peculado culposo debió ser que yo por culpa me llevo los bienes; sin embargo, así no ha sido definido el delito de peculado, entonces tiene una singular estructuración en su formulación, pues es un delito de tres personas: el Estado como agraviado, el funcionario o servidor como sujeto activo y un tercero como el partícipe que genera un delito diferente. En el Perú no se castiga que el funcionario sustraiga, se apodere o use bienes culposamente, esta conducta es atípica en la legislación nacional, lo único que puede generar esto es una sanción disciplinaria, administrativa. Por tanto, en Perú sólo se castiga la conducta del funcionario o servidor si esta produce un resultado, es un delito de resultado” (Ibidem).

Peculado culposo (conducta típica):

"Ha quedado suficientemente acreditada la responsabilidad penal de los encausados en el delito de peculado culposo (...), toda vez que en razón de sus cargos, no cumplieron con su función de velar por la integridad y permanencia de los bienes municipales materia del presente proceso, los mismos que debieron de administrar y custodiar, permitiendo con su actitud negligente en tomar las acciones correspondientes, que desaparezcan inexplicablemente”² Presupuestos del delito culposo:

"La conducta de la encausada cumple con los presupuestos típicos del delito de peculado culposo, por cuanto concurren los tres presupuestos del delito culposo: a) La creación del riesgo típico que, en el presente caso, está representado por el actuar negligente de la encausada (colocación del dinero hurtado en la gaveta del escritorio pese a existir una caja fuerte); b) la realización del riesgo típico, el cual se ha materializado mediante la sustracción del dinero por un tercero; c) relación valorativa entre infracción del deber de

² Salazar Sánchez. Ejecutoria Suprema 3056-2001-Puno. Jurista Editores ³ Ibidem

cuidado (abandono del dinero) y hurto ” (Ejecutoria Suprema del 10/07/02, Exp. N° 3278-2001, Apurimac.3 pp. 50 y 373).

Peculado culposo (conducta típica):

"Ha quedado debidamente acreditado el delito de Peculado Culposo, así como la responsabilidad penal de la citada encausada, por el mérito de su Declaración de Instructiva (...), en donde refiere que el dinero hurtado por su coprocesado lo dejó en la gaveta de su escritorio y no en la caja fuerte de la institución agraviada como correspondía y a la que estaba obligada en su condición de Tesorera, conducta negligente que facilitó la sustracción del dinero que estaba destinado al pago de los trabajadores de la citada institución, máxime si se tiene en consideración que la procesada contaba con una caja fuerte en su oficina" (Ejecutoria Suprema del 10/07/2002, Exp. N° 3278-2001, Apurimac.3 pp. 49 y 364).

2.5. AUTORIA Y PARTICIPACION

2.5.1. AUTORES Y PARTÍCIPES EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

“Aspecto problemático de los delitos contra la administración pública lo constituye saber o identificar quienes son autores, coautores o cómplices en la comisión de un delito”.

“Es lugar común en la doctrina sostener que solo es autor aquel que realiza por propia mano o por medio de otro todos los elementos objetivos y subjetivos que configuran el tipo penal, es decir, aquel que tiene el dominio del hecho. En tanto que se consideran coautores a aquellos que cometen conjuntamente el delito. La coautoría exige tres requisitos: “Decisión común orientada al logro exitoso del resultado, aporte esencial realizado por cada agente, y el tomar parte en la fase de ejecución desplegando un dominio parcial del acontecer”. La participación se encuentra ubicada en un nivel accesorio y dependiente de un hecho principal dominado por el autor o los coautores. La participación, según el aporte del partícipe, se divide en primaria y secundaria. La primera se configura cuando el partícipe dolosamente presta auxilio para la realización del hecho punible por parte del autor, sin el cual no se hubiese realizado. Mientras que la participación secundaria se configura cuando el partícipe

³ Ibidem

de cualquier otro modo, sin ser sustancial, hubiese dolosamente prestado asistencia al autor del delito”

“La participación también está prevista en el artículo 24° del Código Penal que prevé la instigación, y que se configura cuando el agente dolosamente determina a otro a realizar un delito”.

“Todo lo señalado es desde la postura de la teoría del dominio del hecho al cual se adhiere nuestro Código Penal respecto a la autoría y participación. No obstante, los delitos especiales como lo constituyen los delitos contra la administración pública, de modo alguno sirve la teoría del dominio del hecho para identificar al autor y al cómplice. Más bien, para los delitos especiales, tenemos la teoría de infracción de deber. Según esta postura, autor es quien tiene un deber especial penal impuesto por la ley penal y lo infringe, y partícipe es quien interviene en el hecho sin poseer el deber especial penal. En principio, en los delitos contra la administración pública no cualquier persona puede ser autor. Para ser autor de esta clase de delitos se necesita tener, tal como lo exige el tipo penal, la condición de funcionario o servidor público, e incluso en ciertos delitos además de tal condición, se necesita tener una relación funcional especial con el objeto del delito al interior de la administración pública. Si en un caso concreto la persona que ha cometido un acto, por ejemplo defraudatorio para el Estado, no tiene la condición de funcionario o servidor público, no podrá serle atribuido un delito contra la administración pública. De igual modo, si se exige la concurrencia de una relación funcional específica a cualquier funcionario o servidor público, no podrá serle atribuida la comisión del delito de que se trate, por ejemplo, el delito de colusión o peculado. En tal sentido, podemos formularnos las siguientes preguntas:”

1. “1. ¿qué sucede con los particulares que comenten el delito ha pedido o sugerencia del sujeto público obligado?,
2. ¿qué sucede con los particulares que participan junto a un sujeto obligado en la comisión de un delito en perjuicio del Estado?, o
3. ¿qué sucede con el particular que dolosamente determina al sujeto público obligado a cometer un delito contra la administración pública?, o
4. ¿qué sucede con el particular que coopera o ayuda al sujeto público obligado en la comisión del delito en agravio del Estado?
5. ¿qué sucede con los funcionarios o servidores públicos que participan junto con un sujeto público obligado y además, tiene relación funcional en la comisión de un hecho punible en agravio del Estado?”

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

“Asimismo, al responder la tercera pregunta utilizando la teoría del dominio del hecho, llegaríamos a decir que los particulares o extraños a la administración pública, sería autores mediatos o instigadores del delito cometido. No obstante, tal respuesta aparece como absurda, pues el particular al no tener la condición de funcionario o servidor público, y por tanto, al no tener el deber especial penal impuesto por la ley penal, no pueden ser autores mediatos. Al responder la pregunta cuarta, si utilizamos los parámetros de la teoría del dominio del hecho, concluiríamos que el particular que coopera o ayuda al funcionario o servidor público sería cómplice primario o secundario, según el apoyo que haya proporcionado al autor en la comisión del delito. Sin embargo, como luego analizares, aquí se trata de sólo cómplices. No puede diferenciarse entre primario o secundario. Finalmente, al responder la pregunta quinta con la teoría del dominio del hecho, los funcionarios o servidores públicos que participan junto con un sujeto público obligado serían coautores. Sin embargo, tal respuesta no es correcta, pues los funcionarios o servidores públicos que no tienen el deber especial penal impuesto por la ley penal, de modo alguno pueden ser autores del delito especial y menos coautores. En la jurisprudencia nacional, se viene aceptando en forma pacífica, que las interrogantes planteadas y otros aspectos dogmáticos de los delitos contra la administración pública son razonablemente respondidas por la teoría de infracción de deber formulada también por Claus Roxin por vez primera en 1963, cuyos planteamientos pasamos a analizar”.

2.5.2. LA TEORÍA DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

En este extremo reproducimos a Salinas Siccha (2014) “En los delitos especiales como lo constituyen la mayor parte de los delitos contra la administración pública, se tiene como criterio para la determinación o delimitación de la autoría y participación, la teoría de los delitos de infracción de deber formulada desde la óptica de Claus Roxin”.

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

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

Según los postulados de la teoría de los delitos de infracción de deber, el hombre de atrás intraneus es el autor (mediato), mientras que el hombre de adelante extraño es solo

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

“Aquí no se sigue la teoría de los delitos de infracción de deber en la vertiente de Jakobs, pese a que como sostiene el profesor Caro John la evolución de dicha categoría es impensable sin el tratamiento dogmático dado por este autor, quien, en el marco de un pensamiento funcional-normativista del sistema del Derecho Penal, en los últimos veinte años ha orientado su potencia dogmática a una fundamentación amplia de los delitos de infracción de deber. Bajo esta concepción normativa pura del derecho penal, se enseña que la infracción del deber fundamenta el injusto, esto es, constituye la razón de la punición del comportamiento. Para esta forma de explicar el derecho penal, la razón de la imputación es la infracción del deber, la que trae consigo el contenido material del injusto, pues la lesión de una institución positiva fundamenta siempre la punibilidad del autor. En suma, en la infracción del deber radicaría el fundamento de la imputación jurídico-penal. La infracción del deber siempre fundamenta la punibilidad. Según esta forma de explicar el derecho penal, por ejemplo, se perfeccionará el delito de peculado previsto en el artículo 387° del Código penal, si el sujeto público infringiendo su deber funcional de administrador se dispone a apropiarse de los bienes públicos sobre los cuales tiene relación funcional. Para esta teoría sería irrelevante penalmente si el sujeto público llega realmente a apropiarse del bien público. Situación que al menos en nuestra patria, no es de recibo, pues como veremos, la misma construcción de la fórmula legislativa del 387° exige la concurrencia de otros elementos objetivos para la consumación del delito de peculado. De modo que la sola infracción del deber no es suficiente para sancionar penalmente la conducta de peculado”.

“En tal línea del razonamiento, no se sigue esta postura, pues como lo sostiene Pariona Arana, por la forma como están construidas las fórmulas legislativas de los tipos

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

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

“Para graficar este aspecto el profesor Caro John, luego de afirmar que en los delitos de infracción de deber puede participar un extraneus, pone los siguientes casos: “una de las partes que redacta la sentencia que luego el Juez la ejecuta, o el vendedor de colchones que, luego de entregar un centenar de ese producto a los pobladores de una zona afectada por algún desastre natural, incrementa la factura haciendo constar un incremento

considerablemente superior al precio real, porque el alcalde corrupto así se lo ha solicitado. Tanto el vendedor de colchones, como la parte del proceso que redacta la sentencia, contribuyen de manera esencial a la comisión del delito; no obstante, por no poder infringir un deber de carácter institucional (no son funcionarios), sino el deber general de no lesionar *neminem laede* (pues, solo son personas), ellos solo podrán responder como autores o partícipes (la diferenciación será de acuerdo con la envergadura de la intervención), pero en un delito de dominio o de organización, para lo cual se precisa de una regulación típica diferenciada a fin de no incluir a los extranei en el mismo grupo de responsabilidad por los delitos de infracción de deber cometidos por el Juez y el Alcalde (obligados especiales)”

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

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

“Nuestro Código Penal asume la tesis de la accesoriedad de la participación de lo cual se deriva que toda complicidad es dependiente de un hecho principal, careciendo por lo mismo de autonomía y estructura delictiva propia (tesis de la unidad de imputación). Aceptar que los actos de complicidad de los particulares asumen una tipicidad propia distinta a la de los actos de autoría del sujeto público (tesis de la ruptura de la imputación) implicaría hacer

una doble tipificación sobre la base de un solo hecho y, por lo tanto, doble aplicación de leyes de naturaleza penal, lo cual supone plantear un concurso de tipos penales (especial y común) que satisfaga la tesis de la complicidad como hecho principal paralelo a la autoría del sujeto cualificado, situación que, de aceptarse, dejaría en la impunidad muchos actos de participación”.

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

“Sin embargo, la situación cambió drásticamente cuando nuestra Corte Suprema comenzó a emitir ejecutorias supremas sobre la base de los principios de la accesoriedad y la unidad del título de imputación de la complicidad. En efecto, la ejecutoria suprema del 14 de enero de 2003 argumentó con toda propiedad que:

“la participación del extraneus a título de complicidad en los delitos especiales está dada por el título de imputación, por lo que la conducta de todos los intervinientes en el evento delictivo, autores y cómplices, debe ser enmarcado en el mismo nomen iuris delictivo; por lo que el argumento de que su conducta debe ser enmarcada en un delito común homologable, no solo es inconsistente, sino que implica la afectación al título de imputación y la inobservancia del principio de accesoriedad limitada, que rige en el ámbito penal y que se colige de la interpretación que se hace del artículo 26° del Código Penal”.

“De igual modo, la ejecutoria suprema del 14 de noviembre de 2003, de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, precisó que”:

“en cuanto a la calidad de cómplice del coprocesado Bedoya de Vivanco en el delito de peculado, debemos de manifestar que nuestro Código Penal recoge la tesis de la accesoriedad de la participación y la teoría del dominio del hecho para efectos de determinar la autoría, mientras que la complicidad es dependiente de un hecho principal, careciendo de autonomía y estructura delictiva propia [...] por consiguiente la conducta desplegada por el

procesado Bedoya de Vivanco, persona particular, se encuentra bajo la calidad de cómplice del delito de peculado”.

“En esta ejecutoria, nuestros jueces supremos innecesariamente hacen alusión a la teoría del dominio del hecho”.

“Luego tenemos el precedente jurisprudencial del 11 de octubre de 2004. Aquí, la ejecutoria suprema sostuvo”:

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

“Finalmente, como ejemplo del cambio jurisprudencial que se produjo en la lucha contra los actos de corrupción, tenemos la Ejecutoria Suprema del 30 de diciembre de 2004. En efecto allí se expone que”:

“aun siendo el tipo penal de enriquecimiento ilícito un delito especial –propio, en este caso– es absolutamente posible el concurso de terceros para su efectiva consumación, sin que tal condición implique la ruptura del título de imputación; que la intervención de terceros en delitos especiales, más allá incluso de la entidad de la contribución material concreta de cada uno de ellos, solo puede ser a título de partícipes en tanto no son funcionarios o servidores públicos, que es lo que el tipo exige para la autoría –el autor en este caso es quien infringe un deber específico o especial que el tipo penal asume–; accesoriedad que en todo caso no puede negar la consideración general que los partícipes – como todas las personas– tienen el deber de evitar la lesión del bien o interés jurídico-penal en cuestión; que es claro, entonces, que el cómplice no necesita tener la calificación jurídica que determina la autoría del hecho punible, sencillamente porque no es un autor, sino un simple partícipe”.

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

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

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

CAPÍTULO III

ANÁLISIS ESTRUCTURAL DEL DELITO DE PECULADO DOLOSO

El delito de peculado doloso, una de las principales manifestaciones de corrupción dentro de la administración pública, representa una transgresión a la confianza depositada en los funcionarios públicos para la correcta gestión de los recursos del Estado. Este capítulo tiene como objetivo realizar un análisis estructural de dicho delito, desentrañando sus elementos constitutivos y su evolución a lo largo del tiempo en la legislación peruana.

Para entender cabalmente el alcance del peculado doloso, es fundamental abordar su definición y contexto legal, así como su diferenciación de otras figuras delictivas. En este sentido, se examinarán los elementos subjetivos y objetivos que configuran el delito, la importancia del ánimo doloso en su comisión y la incidencia de la función pública en la configuración de este ilícito. Además, se realizará un recorrido por la jurisprudencia relevante que ha contribuido a delinear los contornos de este delito, evaluando la forma en que los tribunales han interpretado y aplicado la norma.

A lo largo de este análisis, también se discutirá la relación entre el peculado doloso y otros delitos relacionados, así como las consecuencias jurídicas y sociales de su comisión. A través de una revisión exhaustiva de la doctrina y la normativa, este capítulo busca ofrecer una visión integral del delito de peculado doloso, permitiendo así una mejor comprensión de su impacto en la gestión pública y su papel en el contexto más amplio de la lucha contra la corrupción.

3.1. EL TIPO PENAL:

(*) Artículo modificado por el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1243, publicado el 22 octubre 2016, cuyo texto es el siguiente:

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

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

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

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

(*) De conformidad con el Acápito vi del Literal b) del Artículo 11 del Decreto Legislativo N° 1264, publicado el 11 diciembre 2016, se dispone que no podrán acogerse al Régimen temporal y sustitutorio del impuesto a la renta, los delitos previstos en el primer párrafo del presente artículo; disposición que entró en vigencia a partir del 1 de enero de 2017.

3.2. EL BIEN JURIDICO TUTELADO EN EL DELITO DE PECULADO DOLOSO

A continuación, abordaremos el estudio de las distintas teorías que se han formulado para delimitar el objeto de protección en el delito de peculado o malversación de caudales públicos. El análisis del bien jurídico específico tutelado por esta figura penal será de suma utilidad para el estudio de la modalidad delictiva de administración desleal de patrimonio público –objeto central del presente trabajo–, puesto que, como se explicará más adelante, esta modalidad protege el mismo bien jurídico que el delito de peculado, pero frente a un tipo de conductas nocivas distintas a las apropiaciones de bienes.

“En la doctrina se han planteado diferentes teorías respecto de cuál es el bien jurídico-penal protegido por el delito de peculado. Así,, de acuerdo a la doctrina, se

clasificarán las diferentes posturas doctrinales sobre el particular en cuatro grandes grupos para, luego, tomar postura al respecto: Primero, la teoría de la infracción de deberes funcionariales específicos; segundo, las teoría patrimonialistas tradicionales; tercero, la teoría de la pluriofensividad; y, cuarto, la teoría patrimonialista funcionalista”.

3.3. TEORÍA DE LA INFRACCIÓN DE DEBERES FUNCIONARIALES

3.3.1. ESPECÍFICOS

“Es de recordar aquí que, cuando explicábamos las distintas teorías referentes al concepto y naturaleza del bien jurídico genérico en los delitos contra la administración pública, había una tesis que identificaba el objeto de protección en los distintos deberes que los funcionarios públicos debían observar en el ejercicio de su cargo (teoría del “deber del cargo”). Esta tesis se condeciría con la teoría que postula que el bien jurídico específico protegido por el delito de peculado es la infracción de determinados deberes funcionales. Es decir, mientras que la finalidad tuitiva o fundamento de los delitos funcionariales es la observancia de los diversos deberes que rigen en la función pública, el delito de peculado protegería específicamente alguno de dichos deberes”

“En esta lógica, en la doctrina española, Morales García ha sostenido que el deber específicamente tutelado por la malversación de caudales es el “deber de eficacia”. Según este autor, la malversación de caudales o efectos públicos se endereza a la protección del principio de eficacia, toda vez que a través de la apropiación de los medios financieros de la Administración se impide a esta la consecución del fin para el cual fueron asignados. Según este autor, por eficacia se entendería a la satisfacción de un requisito funcional de la institución pública, esto es, la realización de un resultado final. De esta manera, la eficacia comprendería al principio de eficiencia, el cual permitiría subsumir en el tipo de malversación aquellas actuaciones que obtienen un resultado, pero con un mayor gasto del posible”.

“En la doctrina española también identificamos en esta corriente a la postura de Suarez Montes, quien sostiene que el núcleo del injusto en este delito lo constituye la “infidelidad” en el manejo del acervo público; es decir, el incumplimiento o infracción de deberes concretos en la gestión del patrimonio. Del mismo modo, Díaz Palos sostiene que en la malversación se tutela la “probidad” y “fidelidad” a la función en el manejo de los caudales públicos o a ellos asimilados. Según este autor el objeto de protección sería, por

tanto, la integridad o rectitud que los funcionarios públicos deben tener en el manejo de los fondos públicos”.

“De otro lado, en la doctrina colombiana se adhiere a esta corriente teórica Castro Cuenca, quién reconoce como bien jurídico-penal protegido por este delito al “principio de eficiencia”. Según este autor, la observancia del deber de eficiencia en la actuación del funcionario público es constatada a partir del examen de una pluralidad de exigencias según el punto de vista que se tome: Desde una perspectiva temporal, se exige la agilidad en la toma de decisiones; desde una perspectiva material, se exige la satisfacción regular y continua de la necesidad pública mediante la prestación continuada de servicios públicos; desde un punto de vista económico, se exige la eficiencia en el gasto de los recursos públicos; desde una perspectiva subjetiva, se exige la protección de la igualdad y de la uniformidad en el funcionamiento de la administración pública; por último, desde una perspectiva interinstitucional, se exige la coordinación interinstitucional y la ponderación de los intereses públicos encarnados por otras administraciones”.

3.4 TEORÍAS PATRIMONIALISTAS TRADICIONALES

“En términos generales, los autores que se adscriben a esta tesis patrimonialista del bien jurídico-penal específico en el delito de peculado o malversación de caudales públicos consideran que lo que se tutela aquí es el patrimonio o acervo público. Se centra el análisis y la constatación de la lesividad de la conducta del funcionario en el menoscabo del acervo patrimonial del Estado”

“Esta teoría ha sido formulada en razón a la existencia de algunos ordenamientos jurídicos, como el alemán, en el cual no existe un tipo penal autónomo de peculado, sino que se sanciona este tipo de conductas mediante los tipos comunes de apropiación indebida o gestión desleal de negocios ajenos. Es decir, se concibe al peculado como un delito contra la propiedad pública en contraposición con la propiedad privada. No obstante lo anterior, incluso respecto de los ordenamientos en los que se tipifica de manera independiente el delito de peculado, existen posiciones que conciben a este delito desde un punto de vista exclusivamente patrimonial”.

“Se señala que la tesis puramente patrimonialista del bien jurídico tendría, entre otras cosas, una justificación histórica, en tanto el delito de peculado o malversación tendría como antecedente el crimen de *peculatus* o *peculatus publicus* del Derecho romano. En dicha época se sancionaba con este delito a aquellos que hurtaban determinados bienes de especial

relevancia¹³⁶. Es decir, lo único que interesaría destacar en el delito de peculado para diferenciarlo de un hurto o una apropiación indebida común es la naturaleza pública del bien”

3.5. TEORÍA DE LA PLURIOFENSIVIDAD

“Según los partidarios de esta teoría, lo que se pretende tutelar con el delito de peculado es una pluralidad de bienes. Este delito detentaría una doble naturaleza: la infracción de un deber de fidelidad del funcionario y el menoscabo del patrimonio público”

“Dentro de este grupo de autores podemos ubicar a Cuello Calón, quien, refiriéndose a los delitos de malversación de caudales en la legislación española, señala que en éstos se reprime, tanto el perjuicio económico, como el abuso de confianza depositado en el funcionario público. En la misma línea, Muñoz Conde considera que este delito constituye una infracción del deber de fidelidad e integridad que tiene el funcionario público para la Administración, pero, además, representa un ataque contra los intereses patrimoniales del Estado, dada su naturaleza patrimonial evidente”.

“En la doctrina peruana, dentro de esta corriente dualista del bien jurídico se reconoce a Fidel Rojas. Según este autor, el peculado es un delito pluriofensivo que tiene como objeto de protección 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 o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad”.

“Cabe señalar que esta posición doctrinal dualista del bien jurídico protegido en el delito de peculado o malversación ha sido recogida por nuestra jurisprudencia nacional vinculante en el

Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116 de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República de 30 de setiembre de 2005, el cual sostuvo lo siguiente”:

“El bien jurídico [del delito de peculado] se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico – penal: a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad”.

“Por último, hay que agregar que también existen autores que reconocen más de dos bienes jurídicos o más de dos vertientes del bien jurídico protegido de este delito. Así, Ferrer Sama reconoce una naturaleza tripartita del bien jurídico del peculado, señalando que este está constituido por i) los deberes especiales del funcionario público, ii) los intereses de índole patrimonial del Estado, y iii) las propias entidades públicas”.

3.6 TEORÍA PATRIMONIALISTA FUNCIONALISTA

“A diferencia de lo que sostiene las tesis patrimonialistas tradicionales, la tesis patrimonialista en su vertiente funcional entiende que el peculado o malversación de caudales protege el patrimonio público en tanto sirve como instrumento para la consecución de los fines públicos asignados a la administración pública. Desde una concepción “funcional” del patrimonio se centra el injusto penal en la “adecuada gestión del patrimonio público” para la consecución de los fines prestacionales de la administración pública. El patrimonio público es protegido penalmente en tanto sirve para la consecución de los fines prestacionales de la administración pública y dicha funcionalidad se encuentra objetivada y garantizada legalmente, a través de los procedimientos administrativos respectivos, con base a los intereses generales”

“Es decir, la funcionalidad del patrimonio público se encuentra garantizada por los estándares administrativos de actuación funcional, por lo que, en principio, cuando se violen dichos estándares se podrá verificar –aunque no necesariamente- la lesión al bien jurídico protegido”.

“En principio, “(...) cualquier intervención susceptible de lesionar dicha funcionalidad, al margen de la existencia de un menoscabo cuantificable numéricamente, habrá de considerarse típica (...)”, salvo que dicha intervención sea completamente inidónea para frustrar el cumplimiento de los fines asignados a los concretos fondos públicos. Es por ello que la lesión o puesta en peligro del patrimonio público (desvalor de resultado) debe entenderse como el menoscabo de la aptitud en el tiempo oportuno de los recursos públicos para cumplir los fines públicos legalmente prefijados. El perjuicio patrimonial en el peculado, entonces, desde una óptica dinámica y funcional, está referido al perjuicio del potencial patrimonial de la Administración para el cumplimiento de sus fines. Si la actuación irregular del funcionario es completamente inidónea para generar este tipo de menoscabo, entonces no se configurará el injusto de peculado o malversación de caudales”.

“En el ámbito español, además del Prof. De la Mata, se adscriben a esta teoría patrimonialista funcional Rodríguez Devesa y Serrano García, quienes afirman que los delitos de malversación afectan el patrimonio público, entendido como los intereses patrimoniales del Estado, la provincia, el municipio y, en general, de los entes públicos. Dicho autor se remite a la confianza depositada en el funcionario público para diferenciar la malversación de la protección penal común del patrimonio privado. En el mismo sentido, Queralt Jiménez señala que lo particular del delito de malversación de caudales públicos es que se afecta a la hacienda pública en su vertiente de “gasto”. Según este autor, el legislador pretende asegurar que los bienes públicos sean administrados conforme a las finalidades legales establecidas”.

“En el contexto peruano, el Prof. Abanto Vásquez parece también adherirse a esta corriente de pensamiento, toda vez que reconoce como objeto de protección en el peculado al patrimonio público entendido de manera “funcionarial”. En términos del autor, “(...) el interés inmediatamente protegido (para algunos el bien jurídico) será solamente el patrimonio de la Administración Pública, pero un patrimonio con características especiales que lo hacen diferente de aquel del particular (...)”. Es por ello que prefiere denominar al bien jurídico protegido en el peculado como “la correcta gestión y utilización del patrimonio público por parte de la Administración Pública de cara a servir los intereses generales de la sociedad”.

3.7 TOMA DE POSTURA

“En primer lugar, respecto de la teoría de la infracción de deberes funcionariales específicos, desde nuestro punto de vista, esta tesis no puede ser compartida, puesto que, como bien apunta sector de la doctrina, el injusto penal no puede reducirse a la mera infracción formal de determinados deberes administrativos funcionariales. Si se suscribiera esta tesis se correría el riesgo de considerar a este delito y a los demás delitos funcionariales como “delitos de mera actividad”, en tanto sólo importaría apreciar la violación de determinados deberes funcionariales para considerar que el injusto penal se ha configurado. Asimismo, este planteamiento convertiría a estos delitos en delitos de peligro abstracto que impediría dogmáticamente sancionar las conductas tentadas”.

“De otro lado, tampoco se puede compartir esta tesis, ya que la misma propondría un enfoque de la función pública de corte autoritario; es decir, se centraría en la relación funcionario público-Administración, dejando en un segundo plano secundario la relación con los ciudadanos receptores de los servicios públicos. Como se dijo, en un Estado Social

de Derecho como el nuestro no sería adecuado concebir una Administración por encima de los intereses ciudadanos”.

“Asimismo, se puede criticar a esta teoría el hecho de que utiliza términos muy vagos y amplios para definir el objeto de protección penal, lo cual dificulta la resolución de la problemática de los concursos. Los términos “probidad”, “lealtad” o “fidelidad” resultan de poca ayuda para poder determinar en el caso concreto cuando se produjo una afectación del bien jurídico. Dicha incertidumbre en la delimitación de los conceptos puede conllevar a un punitivismo inaceptable desde nuestra concepción de un Derecho Penal con finalidades garantistas además de preventivas”.

“Por otro lado, en cuanto a la teoría patrimonialista tradicional, en primer lugar, habría que mencionar que los tipos penales de peculado no protegen específicamente la propiedad, sino el patrimonio en sentido lato. El patrimonio es entendido de una manera más amplia que el derecho de propiedad, puesto que no sólo protege al que tiene el derecho de propiedad sobre un bien, sino a aquel que de manera genérica detenta algún derecho real u personal (obligacional) sobre él. Dentro de este patrimonio se encuentran distintos valores patrimoniales que pueden verse afectados, tales como la propiedad, la posesión, el derecho de uso, etc.. Como se explicará más adelante, en el delito de peculado, la administración pública como sujeto pasivo del delito puede ser propietaria, como también poseedora o usufructuaria del objeto material del delito”.

“En segundo lugar, en nuestro ordenamiento jurídico-penal, la tipificación del delito de peculado es independiente de los delitos comunes contra el patrimonio, por lo que no necesariamente aquel tendría que proteger sólo la propiedad -como sí sucede con los delitos patrimoniales comunes de hurto o apropiación indebida-, sino también otros derecho reales o personales que recaen sobre bienes integrantes del patrimonio público”.

“Desde nuestro punto de vista, el delito del Art. 387° CP se diferencian de los demás delitos patrimoniales comunes, fundamentalmente, porque exige en el sujeto activo del delito una especial situación de accesibilidad para la vulneración del bien jurídico. El patrimonio es protegido en los delitos del Art. 387° CP de frente a los ataques que provienen de funcionario públicos que tienen deberes especiales de gestión respecto de él. El peculado no es un tipo penal agravado del hurto o apropiación ilícita sólo por la especial cualidad del sujeto activo o de los caudales, sino que fundamentalmente es un tipo penal autónomo caracterizado por

la dependencia entre los caudales y el funcionario. Sobre este punto, Roca Agapito sostiene acertadamente lo siguiente”.

“Esta especial relación entre el funcionario y los caudales es lo que dota a la malversación de una naturaleza no meramente patrimonialista, y lo que también justifica que se encuentre regulada dentro del Título de los delitos contra la administración pública. El que el ataque al patrimonio provenga del funcionario que específicamente tiene la obligación de custodiar y gestionar los caudales, hace que lo que se vea comprometido en este delito sea la correcta gestión de los fondos públicos”.

“En tercer lugar, la pretendida justificación histórica de esta posición doctrinal es desacertada, puesto que, como afirma Carrara, en el Derecho cesáreo prevaleció la consideración de la “fe traicionada” y de la “facilidad para delinquir” de ciertos sujetos como criterios para distinguir al hurto común del peculatus. Asimismo, posteriormente, la concepción de la “fe traicionada” fue la recogida durante una parte de la Edad Media, en donde -en España- se exigía para la configuración del peculatus una condición personal especial del sujeto activo –se hacía referencia al “despensero” del Rey”.

“En cuarto lugar, habría que señalar que esta concepción patrimonialista tradicional entiende al patrimonio público en sentido estático. Es decir, aquí se entiende al patrimonio público como si este sólo pretendiera ser guardado a buen recaudo por su titular. Cabe notar que actualmente el Estado no se comporta como cualquier agente económico que busca preponderantemente la obtención de ganancias. Nuestro actual modelo de Estado Social de Derecho exige entender al patrimonio público en un sentido dinámico; esto es, la definición de patrimonio público debe abarcar dos aspectos: 1) su movilidad o carácter circulante y 2) su vinculación a los fines prestacionales de la administración pública”.

“Respecto del primer aspecto mencionado, De la Mata y Etxebarria señalan que el patrimonio público “(...) no es un patrimonio estáticamente calculable, sino que se define por el proceso de captación y gasto al que sus elementos concretos están sometidos en un flujo circulatorio constante”. En este sentido y en lo que se refiere al segundo aspecto, el patrimonio público no puede ser concebido de la misma forma en la que es concebido el patrimonio privado, pues los fines que cumplen son distintos. El patrimonio público está protegido sólo como la base material de la función política prestacional del Estado”.

“Por último, creemos que si bien el objeto de protección en los delitos del Art. 387° CP es el patrimonio público, su identificación requiere necesariamente una justificación

especial –desde nuestro punto de vista, se requiere una justificación funcional-, de tal manera que se le pueda distinguir de las definiciones que tradicionalmente se han empleado para el patrimonio privado”. “No creemos que el patrimonio público pueda ser simplemente entendido desde una concepción mixta jurídico-económica, que es la concepción que impera en la doctrina para los delitos patrimoniales comunes. Según la concepción mixta jurídico-económica, “(...) el patrimonio abarca aquellos bienes patrimoniales que tienen valor económico y que el sujeto posee en virtud de una relación jurídica (...)”. Desde esta perspectiva, el perjuicio patrimonial es

entendido como la disminución, económicamente evaluable, del acervo patrimonial que jurídicamente corresponde a una persona”

“En el delito del Art. 387° CP, es insatisfactoria la propuesta de perjuicio patrimonial explicada en el párrafo anterior, toda vez que no sólo se debe medir objetivamente (contablemente) el daño causado al patrimonio, sino que se requiere la valoración de los fines públicos que se ven frustrados con la actuación antijurídica. Como señala De la Mata, “(...) la objetividad del baremo económico para definir la existencia del daño patrimonial no refleja la realidad de numerosos supuestos en que la importancia patrimonial de un bien no se puede captar prescindiendo de la concreta situación que se analiza (...)”

“En cuanto a la teoría de la pluriofensividad del bien jurídico del peculado, tampoco se puede compartir la misma, puesto que para llevar a cabo una mejor interpretación teleológica del tipo penal es preferible identificar un solo bien jurídico debidamente delimitado. No sería lo más adecuado para apreciar el desvalor de resultado de un hecho típico que se identifiquen varios bienes jurídicos protegidos, ya que no se sabría de manera cabal cuándo se produce la antijuridicidad material de la conducta: ¿Cuándo se produce la lesión o puesta en peligro de un solo bien jurídico o cuándo se produce la lesión o puesta en peligro de los dos o más bienes jurídicos identificados?”

“Del mismo modo, esta tesis de la pluriofensividad no ayudaría a resolver el problema de concursos que se pudiera originar con otras figuras delictivas. Como es sabido, la determinación de los bienes jurídicos protegidos por dos delitos sirve para solucionar la problemática dogmática del concurso aparente de delitos o leyes penales, el cual pretende evitar un bis in ídem inconstitucional. Así, siempre que se considere que lo único decisivo para apreciar una “identidad de fundamento” en la punición es el bien jurídico protegido¹⁷², identificar en el delito del Art. 387° CP una variedad de bienes jurídicos protegidos generaría

confusión, pues no se sabría si puede concurrir – en concurso real o ideal- o no con otro delito o ilícito sin afectar el principio de *ne bis in ídem*”.

“A nuestro juicio, los autores que defienden la pluriofensividad de este delito confundirían en un mismo plano valorativo el desvalor de acción con el desvalor de resultado del delito. En efecto, que la conducta de apropiación o utilización del funcionario público suponga el quebrantamiento de ciertos deberes no significa que éste sea el núcleo del injusto penal. La infracción de ciertos deberes específicos en la gestión del patrimonio público sería sólo un presupuesto objetivo necesario para la afirmación de una lesión penalmente relevante del patrimonio público –auténtico bien jurídico del delito-. De esta manera, quien no violando los deberes especiales de gestión adecuada del patrimonio público perjudica patrimonialmente al Estado, no será sancionado por el delito del Art. 387° CP, pues su conducta resultará atípica”.

“A nuestro juicio, la tesis funcional del patrimonio es la que mejor se ajusta a nuestro esquema de intervención penal en el ámbito de la función pública. En un Estado Social de Derecho como el nuestro el patrimonio público y su correcta gestión deben ser protegidos penalmente en tanto sirven para que la Administración cumpla con sus fines constitucionales.

Del mismo modo, el reconocer al patrimonio público en clave funcional como bien jurídico protegido permite delimitar de mejor manera el injusto del delito de peculado, diferenciándolo de otras figuras penales como el cohecho, el tráfico de influencias, etc. Ello, pues, aunque esta tesis reconoce la presencia de una infracción de deberes funcionales diversos en la comisión del delito –deberes que también se pueden verse violados en otros delitos funcionariales-, centra la verificación del “desvalor de resultado” (antijuridicidad material) en la afectación de la correcta gestión del patrimonio público”.

“Como ya hemos sostenido anteriormente en la crítica a la teoría de la infracción del deber, el núcleo del injusto penal en los delitos contra la función pública y, en general, en todos los delitos especiales no puede ubicarse en el quebrantamiento de determinados deberes. A nuestro juicio y siguiendo al Prof. Schunemann en este punto, los delitos especiales –dentro de los que se encuentra el peculado- encuentran su fundamento en la especial vulnerabilidad del bien jurídico con respecto al autor descrito en el tipo penal. La razón de ser general de los distintos deberes especiales presentes en los delitos especiales es la situación de desamparo o desprotección del bien jurídico respecto del intraneus, quien se

encuentra en una especial posición social que le da acceso a la lesión del bien jurídico. Aquí el bien jurídico es intensamente protegido debido a la especial vulnerabilidad que presenta frente a los posibles ataques de sujetos cualificados por su especial posición social. En el caso de los delitos contra la administración pública, el funcionario público (intraeius) tiene una especial vinculación con la protección del bien jurídico, pues se haya inserto dentro de la estructura de la administración estatal (posición social). El desempeño de las funciones sociales propias del cargo público e inherentes al status de funcionario público permite el acceso típico al bien jurídico”.

“Así pues, como sostiene el Prof. De la Mata, no se desconoce en los delitos contra la función pública la relevancia de los deberes propios del cargo público, de hecho, dichos deberes se le imponen al funcionario apenas es considerado como tal; sin embargo, la incriminación de su actuación ilegítima obedece a proteger la correcta prestación de servicio públicos, que en el caso concreto del peculado es la correcta gestión de los recursos públicos. La cualidad del sujeto activo (funcionario) en los tipos penales especiales tiene su fundamento en la especial relación de aquel con el bien jurídico específico protegido, relación que da cuenta de una especial y mayor vulnerabilidad de éste respecto de la persona a la que es confiado”.

“Es así que esta clase de delitos especiales supone la presencia de un deber de garante del sujeto activo funcionario público que consiste en la protección del bien jurídico en situación de desamparo. Como señala el profesor Schunemann, la infracción del deber extrapenal puede ser utilizada como ratio cognoscendi de la infracción del deber de garante, mas no como ratio escendi. En nuestro caso, los deberes que se le imponen al funcionario público forman parte esencial de los delitos funcionariales, en tanto definen el deber de garante del funcionario; estos deberes forman parte del tipo penal como datos delimitadores del ámbito penal, pero no se erigen como su objeto de protección”.

“En cuanto al delito de peculado, el titular del patrimonio público es el Estado -en tanto ha sido delegado por los ciudadanos o la sociedad para administrar el mismo- quien a su vez confía la administración del mismo a los específicos funcionarios públicos. Como sostiene Rueda Martín, los sujetos especiales que por su especial posición social ejercen el dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico asumen una posición de garante, porque tendrán el deber de garantizar su protección”

“En el caso específico del peculado, esta relación entre sujeto activo y bien jurídico se hace más evidente a partir de lo establecido explícitamente por el tipo penal. En él se señala que el sujeto activo debe ser aquel funcionario que tiene confiado por razón de su cargo el patrimonio público. Es decir, se exige una vinculación funcional especial entre funcionario y bien público”. Chanjan Documet (2014). p. 51

3.8 NATURALEZA PLURIOFENSIVA DEL PECULADO EN LA JURISPRUDENCIA

«El delito de peculado es un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico penal: a) garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública; y b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad». Ejecutoria Suprema del 19/8/2009, R.N. N° 2767-2008-LORETO. Juez supremo ponente: ARELLANO SERQUÉN, Julia Eleyza, Gaceta penal, N° 18, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre 2010, p. 203.

3.9 LA LESIÓN AL BIEN JURÍDICO DENTRO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. ESFERA LIMITADA DE AUTORES

«El tipo penal previsto en el artículo 387 del Código Penal, es un delito especial que exige como elemento constitutivo para su configuración una determinada cualidad del agente, lo que conlleva a establecer que la esfera de los autores está limitada (no está abierto a cualquiera) a determinados sujetos, siendo el bien jurídico tutelado en este tipo penal lesionado por la conducta de los funcionarios o servidores públicos desde dentro, es decir por los intraneus.

Consecuentemente, el particular al carecer de un supuesto de hecho fundamental para la estructuración típica de la conducta, gozar de la calidad de funcionario o servidor público, no puede ser autor material del delito de peculado». Ejecutoria Suprema del 11/10/04 R.N. N°

027-04-SULLANA-PIURA. Jurisprudencia penal II, Editora Normas Legales, Trujillo, 2005, p. 227. (SALINAS SICCHA, LA ESTRUCTURA TÍPICA DEL DELITO DE PECULADO SEGUN LA LEY No 29758, 2012). Pág. 231. Tomo 38-Setiembre-2012.

3.10 BIEN JURIDICO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA JURISPRUDENCIA

«[...] siguiendo la Doctrina y partiendo de la protección penal del título, puede decirse que el objeto de tutela es la regularidad y eficiencia de la función pública, concebida en su sentido más extenso». (Exp. 010-2001, sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 29 de mayo de 2003)

«[...] tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico-penal: a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad». (Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116 emitido el 30 de setiembre de 2005)

«[...] este tipo penal protege la intangibilidad de los intereses patrimoniales del Estado y procura controlar los excesos de poder que los funcionarios puedan cometer en el ejercicio de su función al administrar caudales públicos». (Exp. 011-2001, sentencia emitida por la Segunda

Sala Superior Penal Especial de la Corte Superior de Lima el 8 de agosto de 2006)

«[...] los delitos cometidos por funcionarios públicos —peculado—, no se requiere establecer la naturaleza penal de los hechos en una vía extra penal, ya que en estos delitos no importa la cuantía de los caudales públicos apropiados o ilícitamente utilizados, configurándose este cuando los bienes estatales son usados para fines ajenos al servicio y realizados por funcionarios o servidores públicos [...]». (R. N. 3682-2002, Ejecutoria Suprema emitida el 13

de enero de 2004)

«[...] teniendo en cuenta la naturaleza del delito, en el cual el bien jurídico tutelado es la recta funcionalidad de la administración pública, que debe estar encaminada a la correcta utilización de los caudales o efectos del Estado, más aún cuando se tratan de aquellos destinados a fines asistenciales o de apoyo social, el informe pericial contable es determinante para establecer la comisión y responsabilidad Rodríguez Vásquez, Torres Pachas, Navas Bustamante. (2014)

3.11 TIPICIDAD OBJETIVA

3.11.1. SUJETO ACTIVO: EL FUNCIONARIO Y SERVIDOR PÚBLICO

“Tanto en el delito doloso como culposo de peculado sólo puede ser autor el funcionario o servidor público que reúne las características de relación funcional exigidas por el tipo penal, es decir, quien por el cargo tenga bajo su poder o ámbito de vigilancia (directo o funcional), en percepción, custodia o administración las cosas (caudales o efectos) de los que se apropia o utiliza para sí o para otro. El particular que entra en posesión de bienes del Estado y se los apropia o utiliza no comete delito de peculado, tampoco el usurpador del cargo, razón por la cual carecen de la calidad de autores de dicho delito”.

“En el delito de peculado vamos a ver que el funcionario público o el servidor pueden ser autores de estos delitos y es por la razón de la naturaleza de las cosas, pues el funcionario por la propia configuración del status que ocupa administra patrimonio. En cambio, el servidor ¿administra patrimonio?, el servidor puede custodiar, puede percibir patrimonio; por ejemplo, en rentas de la Municipalidad cuando usted va a pagar por sus trámites el chico o la chica de ventanilla lo que están haciendo es percibir el patrimonio, entonces la percepción va para los servidores públicos, en cambio la administración va para los funcionarios públicos”. Ibidem

3.11.2 SUJETO PASIVO

“Es el Estado en la amplia gama de reparticiones públicas.

Es el Estado como titular y dueño del patrimonio que administran, custodian o perciben los funcionarios y 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”.

3.11.3 OBJETO MATERIAL DEL DELITO: CAUDALES Y EFECTOS

“Caudal, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es la hacienda o bienes de cualquier especie y, más comúnmente, el dinero”.

“Efectos es un vocablo de ascendencia francesa que designa a los objetos, documentos y símbolos con representación económica (estampillas, sellos, material simple

de oficina, distintos oficiales, símbolos de propiedad, consignaciones judiciales, giros postales, etc.)”.

“Al respecto MORALES PRATS nos da la siguiente definición de efectos:

“lo serán todos objetos o bienes (distintos del dinero) igualmente susceptibles de valoración económica, con independencia de su inclusión o no entre los bienes inventariables de la administración”.

El patrimonio público está representado por los caudales o efectos a que se refiere el artículo 387° del Código Penal.

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

“A efectos de la hermenéutica jurídica del tipo penal 387° del Código Penal, sirve el concepto restringido de caudal, lo demás constituye efectos. En tal sentido, se entiende por caudal a toda clase de bienes, en general con la única exigencia que estén dotados de valor económico. Es decir, todos los bienes muebles o inmuebles que sean susceptibles de valoración económica, incluido claro está, el dinero”

“En otro extremo, es lugar común para la doctrina nacional entender que efectos es todo tipo de documentos de crédito negociables (por lo tanto, pueden ser introducidos en el tráfico comercial) emitidos por la administración pública: valores en papel, títulos, sellos, estampillas, bonos, etc”.

“Los libros o documentos contables de las empresas estatales no son caudales ni efectos, debido a que no son factibles de ser introducidos en el tráfico comercial. Esta es la línea de interpretación de la jurisprudencia. En la ejecutoria suprema del 10 de septiembre de 1997 se argumenta que “los documentos y libros contables no pueden considerarse en manera alguna como caudales y menos como efectos, pues los mismos no son susceptibles de ser introducidos en el tráfico jurídico, ya que solo son de utilidad para la propia persona natural o jurídica y la Sunat”.

“Los caudales y efectos deben pertenecer o estar bajo la administración pública destinados a los fines propios del Estado. En consecuencia, los bienes pertenecientes a un

organismo internacional, por ejemplo, no constituyen bienes del Estado, por lo tanto, no comete peculado, sino otro delito común el funcionario que se apropia en razón de estar administrándolos”. Salinas Siccha (2016) p. 381.

3.12 TIPICIDAD SUBJETIVA

“La incriminación del delito de peculado, en sus dos vertientes (apropiación utilización), es punible a título de dolo; conciencia y voluntad de realiza: típica; el intraneus sustrae los caudales o efectos del ámbito interno de la Administración con la intención de ejercer un nueva relación de custodia (privada) sobre el bien, sabiendo que es un patrimonio estatal o de pertenencia privada”.

“El aspecto cognitivo del dolo ha de abarcar todos los elementos constitutivos del tipo penal, en cuanto a la apropiación de caudales o efectos de naturaleza estatal y la detención de su custodia, percepción o administración en razón del cargo funcional, de ahí que podría admitirse un error de tipo cuando el agente duda sobre la procedencia del bien”.

“Así, el dolo ha de comprender también la dirección volitiva de la apropiación o del uso del caudal o efecto, de forma que no admitimos la concurrencia de un ánimo de naturaleza trascendente, como el ánimo de lucro —como de forma expresa se contiene en el artículo 432 del CP español— pues la redacción típica no contiene la preposición “para”; siendo así, la conducción volitiva es la que determina la variante de modalidad típica en cuestión, es decir, el sujeto ya con su acción u omisión está inyectando una finalidad específica”.

“El peculado en su modalidad dolosa requiere o exige que el funcionario o servidor público actúe con conocimiento que tiene el deber de no lesionar el patrimonio del Estado, en consecuencia, tiene el deber de lealtad y probidad de percibir, administrar o custodiar adecuadamente los bienes públicos confiados por su cargo. No obstante, voluntariamente actúa, es decir, voluntariamente infringe y lesiona el deber de no lesividad impuesto”.

“Abanto Vásquez, en forma atinada, enseña que el dolo consiste en el conocimiento del carácter de bien público y de la relación funcional, así como la intención de apropiarse o de dar uso privado a los bienes. Este último aspecto nos orienta a sostener que se trata de un delito de comisión solo por dolo directo, no siendo posible su comisión por dolo eventual como sostiene Rojas Vargas”.

“Según la redacción del tipo penal, el agente actúa o desarrolla la conducta punible con el firme propósito de dejar de lado su deber de no lesividad, apropiándose para sí o para otro, o utilizando en beneficio propio o de otro, los caudales o efectos del Estado. Ocasionando tal proceder un evidente perjuicio al sujeto pasivo del delito. En esa línea del razonamiento, se concluye que, en el delito de peculado, el agente actúa con ánimo de lucro. Le guía la intención o el móvil de engrosar su patrimonio o el de otro con el cual tiene nexos sentimentales o de parentesco, con los caudales o efectos que el Estado le ha confiado en razón del cargo que desempeña al interior de la administración pública”.

“En suma, para configurarse el delito de peculado, aparte del dolo en el agente, es necesaria la concurrencia del elemento subjetivo adicional al dolo como es el ánimo de lucro. Si este no se verifica en la conducta del agente, el delito de peculado se descarta. Por ejemplo, no se configura el delito de peculado cuando el agente se apodera de parte del dinero que administra para hacerse pago de su remuneración que la administración le adeuda”. Salinas Siccha (2016) P. 405.

CAPÍTULO IV

PRINCIPIOS DE LESIVIDAD Y MÍNIMA INTERVENCIÓN EN EL DERECHO PENAL

El derecho penal, como herramienta del Estado para la protección de bienes jurídicos fundamentales, debe ser aplicado de manera equilibrada y proporcionada, sin perder de vista los principios que guían su intervención en la sociedad. En este capítulo, se abordarán dos de los principios más relevantes en el ámbito del derecho penal: el principio de lesividad y el principio de mínima intervención, y su relación con el delito de peculado doloso.

El **principio de lesividad** establece que solo aquellas conductas que causan un daño real y concreto a bienes jurídicos deben ser objeto de intervención penal. Este principio subraya la necesidad de que el daño causado por la conducta delictiva sea lo suficientemente grave como para justificar una respuesta penal. En el contexto del peculado doloso, este principio invita a reflexionar sobre la gravedad del perjuicio ocasionado al patrimonio público y cómo la legislación debe garantizar que solo aquellas conductas que realmente afecten el interés colectivo sean penalizadas.

Por otro lado, el **principio de mínima intervención** postula que el derecho penal debe ser la última ratio del sistema de justicia, es decir, debe intervenir solo cuando otros medios menos gravosos no sean suficientes para proteger el bien jurídico en cuestión. Este principio sugiere que la criminalización debe ser una medida extrema, adoptada únicamente cuando otras formas de control social o administrativo no logren prevenir o sancionar la conducta ilícita. En el caso del peculado doloso, el análisis de este principio plantea interrogantes sobre la proporcionalidad y la necesidad de intervención penal en un delito que involucra, en muchas ocasiones, a funcionarios públicos que han abusado de su posición para beneficiarse ilícitamente del patrimonio estatal.

A lo largo de este capítulo, se examinará cómo ambos principios inciden en la tipificación y sanción del peculado doloso en la legislación peruana, explorando las implicaciones de su aplicación tanto en términos de justicia penal como en la prevención de la corrupción. Además, se analizará la relación entre estos principios y la necesidad de reformas legislativas que ajusten las sanciones a la realidad social y económica del país, con

el fin de lograr una verdadera protección del patrimonio público y una efectiva lucha contra la corrupción.

4.1 ALGUNAS REFLEXIONES GENERALES VINCULADAS AL PRINCIPIO DE LESIVIDAD Y MINIMA INTERVENCION

“No hay imposición de pena sin lesión o puesta en peligro de un bien jurídico tutelado por la ley penal. Este principio contiene dos dimensiones comunicativas de orden racional: para el legislador, en el constructor de tipos penales relevantes; y para el agente infractor, con el fin de atenerse a las consecuencias de realizar el tipo penal completo. El orden indiciario para la sanción está en correlación previa con la acción u omisión del agente que lesiona o pone en peligro (concreto o abstracto) de un bien jurídico tutelado de manera genérica o específica por la ley penal. ¿Qué criterios se toman en consideración para establecer qué bienes jurídicos y de qué manera se debe proteger por la ley penal?, ¿Qué criterios se toman en consideración para establecer qué conductas lesivas son relevantes en afectación contra bienes jurídicos?, ¿Cuáles son los otros medios extrapenales de control social más idóneos o eficaces como alternativas a la ley penal? Cuestiones planteadas sin respuestas veraces ni utilitarias, ya que sucede que es poco tratado y soslayado en demasía por su enorme complejidad. No obstante, estas cuestiones tienen una gran significancia y relevancia constitucional para las libertades ciudadanas individuales y colectivas”.

“Esta línea rectora expresa el principio básico de lesividad e intervención mínima del poder punitivo del Estado. Según este principio el derecho penal debe tener carácter de última ratio por parte del Estado para la protección de los bienes jurídicos, y solo para los más importantes, frente a ataques más graves. Es la norma general en términos teóricos, sin embargo, la realidad, con todo lo existente en materia penal, dista mucho de estos ideales a rematerializar. Es un propósito acertado pero distante si consideramos que la ley penal relativiza los derechos fundamentales, siendo la dignidad de la persona humana, un valor absoluto. Algo similar ocurre con otros principios garantistas propios de un Estado constitucional de derecho”.

“Ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva del Estado cuando no media racionalidad y humanidad de las penas. En tal sentido, la ley penal solo puede aplicarse frente a conductas lesivas relevantes contra bienes jurídicos merecedores de protección penal y en defecto de otros medios de control extrapenales más idóneos y eficaces. Rematerializar

este principio depende de los operadores del derecho; entonces, reformar a los operadores es una tarea fundamental por resolver”.

4.2 SOBRE LA LESION O PUESTA EN PELIGRO CONCRETO O ABSTRACTO DE

4.2.1. LOS BIENES JURIDICOS TUTELADOS POR LA LEY PENAL

“Cuestión fundamental por resolver, tratándose del contenido material de este principio, es establecer, si comprende al peligro abstracto. Cuestión que ha sido respondida desde diversos ángulos. La jurisprudencia nacional recusó el peligro abstracto; posteriormente, en un razonar sinuoso, optó por establecer (contrario a todo el pensamiento doctrinario) que comprende también el peligro abstracto. No obstante, la complejidad y el subjetivismo de dicho peligro hacen que sea bastante complejo establecerlo como hecho fáctico. Ocurre que no existen parámetros firmes para establecer el peligro abstracto de un bien jurídico. Difícil situación es apreciar la puesta en peligro de un bien jurídico tutelado . En un Estado constitucional de derecho, la norma principista parece sugerir que está referido al peligro concreto y no al peligro abstracto”.

“Con base en una interpretación bajo parámetros de valores, principios y preceptos constitucionales del art. IV del TP del CP, es posible establecer que no incorpora el peligro abstracto, porque está referido a supuestos de peligro concreto. Sin embargo, existen en la parte especial del Código Penal muchos tipos penales de peligro abstracto que contienen supuestos prohibidos que, aparentemente, no están adecuados al principio de lesividad. Por tanto, a partir de estos tipos penales especiales, los juzgadores interpretaron que también comprende el peligro abstracto (razonamiento de inversión impropio al orden constitucional)”.

“Desde una perspectiva constitucional, la fórmula peruana reinterpretada parece sugerir una contradicción entre la parte general (art. IV del TP) en relación con algunos tipos penales de la parte especial del Código Penal (delitos de peligro abstracto). Aceptar esta tesis, en relación con los delitos de peligro abstracto (no todos), resultaría inapropiado por no respetar el principio de lesividad, pero ¿es conveniente su erradicación o acaso resulta adecuado buscar fórmulas más amplias para determinados supuestos de delitos abstractos a

efectos de no dejar en la impunidad algunos sucesos? Difícil respuesta por la complejidad del tema en cuestión”.

“Cuando se haga referencia a delitos de peligro, en relación con el bien jurídico tutelado, debe tomarse en consideración que estos delitos se dividen en delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto. Para el primero se requiere expresamente de una efectiva situación de peligro para el bien jurídico tutelado por la norma penal; en cambio, para el segundo no se precisa que la acción del agente cree un peligro efectivo para el bien jurídico”.

“El sustento para su penalización se halla en que suponen un peligro no determinado o presunto. Dicho de otra manera, no es preciso que la conducta del agente haya puesto en concreto peligro algún bien jurídico y, por tanto, se sanciona una conducta cuya relevancia penal proviene de la peligrosidad que se supone en el agente (retroceso hacia un derecho penal de conducta). Como bien resalta MIR PUIG”:

“Mejor que decir que en los delitos de peligro abstracto no es preciso un efectivo peligro, es formular su distinción respecto de los delitos de peligro concreto en los términos siguientes: en los delitos de peligro concreto el tipo requiere como resultado de la acción la proximidad de una concreta lesión (así, que la acción haya estado a punto de causar una lesión a un bien jurídico determinado), mientras que en los delitos de peligro abstracto no se exige tal resultado de proximidad de una lesión de un concreto bien jurídico, sino que basta la peligrosidad de la conducta, peligrosidad que se supone inherente a la acción salvo que se pruebe que en el caso concreto quedó excluida de antemano [...]”.

“¿Hasta qué punto puede conciliarse el principio de lesividad que contempla el art. IV del TP del CP con los delitos de peligro abstracto? La norma parece sugerir que excluye a los delitos de peligro abstracto, en todo caso, si se trata de proteger bienes jurídicos a ello debe contribuir todo el sistema jurídico de un país. Ello es así porque el derecho penal es la ultima ratio entre todas las medidas protectoras; por tanto, se define su función como protección subsidiaria de bienes jurídicos (teoría de un derecho penal subsidiario)”.

“Esta norma rectora es una de las más importantes garantías del derecho penal liberal, pues asegura el cumplimiento del principio de legalidad y otras garantías fundamentales que consagran la Constitución Política del Estado y los tratados internacionales que en materia de derechos humanos y otras fueron suscritas por el Perú. La consecuencia inmediata de tal

principio se traduce en que para que una conducta típica sea reprimida se exige que la acción dolosa del agente lesione o haya puesto en peligro un bien jurídico tutelado por la ley”.

“El artículo IV del Título Preliminar del Código Penal establece el principio de lesividad en virtud del cual, en la comisión de un delito, tiene que determinarse según corresponda la naturaleza del mismo, al sujeto pasivo que haya sufrido lesión o haya sido puesto en peligro del bien jurídico tutelado por la norma penal, de allí que el sujeto pasivo, siempre sea un elemento del tipo penal en su aspecto objetivo”.

“El principio de exclusiva tutela de bienes jurídicos constituye un pilar fundamental de un derecho pena, garantista, porque pone un límite al poder punitivo del Estado, de manera que podemos dejar establecido que el derecho penal tiene como misión la protección de bienes jurídicos de manera indirecta. Sobre el particular, estamos de acuerdo con lo señalado por PEÑA

CABRERA”:

“El derecho positivo peruano es tajante en cuanto a vincular el derecho penal con la protección de bienes jurídicos. En efecto, el ordenamiento penal se concreta a proteger bienes vitales: vida, integridad corporal, libertad, salud, seguridad, patrimonio, etc. Lo importante es que los bienes vitales sean indispensables para la convivencia humana en sociedad, por eso mismo deben ser protegidos por el poder coactivo del Estado a través de la pena pública”.

Del mismo modo, hacemos nuestras las reflexiones de HURTADO POZO:

“El recurrir al criterio de bien jurídico como elemento objetivo para la determinación de las acciones prohibidas, implica, consecuentemente, admitir la concepción de que solo deben ser reprimidas penalmente las acciones que constituyen un atentado contra tales bienes vitales para la vida comunitaria. En este sentido, solo las acciones socialmente dañinas son merecedoras de represión penal, es decir, las que atentan contra un bien jurídico”.

“No toda lesión o puesta en peligro tiene relevancia penal. La insignificancia de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico es inútil e innecesaria; por tanto, en estas condiciones la actuación y presencia de la actividad penal resulta impropia en un Estado constitucional de derecho. El principio de lesividad y mínima intervención del derecho penal solo son posibles de ser concebidos racionalmente en un Estado constitucional de derecho, porque hace del derecho penal algo más ilustrado. Es posible imaginar la necesidad de su

correlación con el principio de necesidad, proporcionalidad, mínima intervención, separación entre derecho y moral, subsidiariedad y naturaleza fragmentaria: es el hecho de dar un sentido crítico, racional a la teoría del bien jurídico en relación a su negación. Incluso, para la corriente del denominado derecho penal del enemigo, si hay ausencia de antijuricidad material, hay ausencia de lesividad normativa; por tanto, no resulta válida ni legítima la imposición de pena alguna. Hay casos concretos que resultan ajenos al derecho penal, pues corresponden a comportamientos comprendidos dentro del exclusivo ámbito de la libertad, efecto con el que se hace realidad el principio de intervención mínima o de ultima ratio”.

4.3 ALTERNATIVAS AL DERECHO PENAL: MEDIOS DE CONTROL EXTRAPENALES

“El derecho penal no puede constituir la primera razón de Estado, tampoco el único y excluyente mecanismo de control social y protección de bienes jurídicos: su utilización debe ser racional, de manera excepcional y cuando los otros mecanismos de control social fracasan”.

“Al derecho penal le corresponde no del todo la protección de los bienes jurídicos de manera directa: es una utopía. En cambio, sí cumple una funcional racional indirecta de protección. Por ende, no será necesaria su intervención cuando dicha protección se pueda conseguir por otros medios menos lesivos para los derechos fundamentales individuales y colectivos. Por tanto, no es una alternativa la abolición del derecho penal. Sí es una alternativa las políticas preventivas de Estado, el derecho administrativo penal, la sanción pecuniaria, etc. Cuestión poco práctica en una sociedad fragmentada, intolerante, con elevado índice de corrupción, nula interiorización de valores, debilidad institucional, bajos niveles de respeto por la ley, arbitrariedad estatal, discriminación, elevados índices de miseria material y moral, ignorancia, violencia estructural, etc. Estas condiciones negativas abonan y justifican un derecho penal autoritario de máxima expansión. Si para los nazis el deber de fidelidad del pueblo era el fundamento del derecho penal y el delito una violación del deber, entonces, el derecho penal estuvo basado en la voluntad. “Su fundamentación se halla en la concepción del derecho penal como un derecho de lucha, por lo cual debe herir al adversario en la raíz de su actividad, esto es, en su voluntad criminal”, así espetaba con ironía y firmeza JIMÉNEZ DE ASÚA, al recusar el denominado derecho penal de intención. La vieja cuestión planteada en los términos de si el hecho punible constituye una lesión de bienes jurídicos, o si debe ser considerado como una violación del deber o fidelidad a la norma

penal, nunca fue resuelta de manera racional. Eso explica que el derecho penal se haya expandido a niveles intolerantes para las libertades individuales o colectivas”.

“Estas posturas del pasado cobraron nuevas relevancias con el denominado derecho penal del enemigo que hace de esta la primera razón de Estado, despejando de lo racional a otros medios de control extrapenal. No hay nada más idóneo y más eficaz que la solución violenta contra el “enemigo”, lo señalan de manera natural. Esta concepción no permite más espacios para otros medios más idóneos y más eficaces a considerar como alternativas al derecho penal. La idea es mucho más compleja, vasta y sutil de lo que pudiera imaginarse. Veamos lo poderoso que resulta interiorizar valores, principios y preceptos constitucionales en una sociedad más estable, culta, justa y de prosperidad razonable para todos. Sin duda, el ejercicio de las libertades sería más responsable, conociendo al hombre en su bondad y su maldad”.

“El genio superior de Immanuel KANT indica, de manera fluctuante, algo bueno para reflexionar en el quehacer del Estado y del individuo, en una u otra dirección”:

“Ninguna otra cosa puede constituir el tan eminente bien que llamamos moral que la representación de la ley en sí misma, y cuando sea ella, no el efecto esperado, la razón determinante de la voluntad. Este bien se encuentra ya presente en la persona que obra conforme a él, no debe esperarse su aparición a partir del efecto”.

“Frasas muy afectas a los seguidos del derecho penal de enemigo, tanto o más como a los afectos a un derecho penal de mínima intervención”.

“Dicho todo esto, el control social alternativo al derecho penal tiene una connotación de mayor alcance porque en ella interactúan el conjunto de instituciones, estrategias y sanciones sociales o morales que determinan o influyen en los ciudadanos a actuar conforme a derecho. De manera que los controles formales e informales son correlacionales porque cuando falla el control informal se recurre al control formal (derecho penal, policía, fiscal, etc.). El control informal que suponemos de mayor relevancia, porque emerge de la familia, la Iglesia, la escuela, la universidad, los medios de comunicación, etc., precisamente, sufre el embate de los antivalores promovidos por los poderosos medios de comunicación social, del mismo modo de la violencia estructural”.

“Qué tanto de razonable resulta el sistema de justicia en el Perú y, desde luego, el sistema penitenciario. Nada más preocupante que sean precisamente estos sistemas lo más criticados, los cuales gozan de poca aceptación ciudadana. No son referentes ideales de una

sociedad justa, a diferencia del sistema penitenciario sueco, que es uno de los más progresivos a nivel mundial. Los bajos niveles de criminalidad de Suecia constituyen un paradigma a nivel mundial en los términos de políticas preventivas y de tratamiento penitenciario”.

“Es común y razonable aceptar la corresponsabilidad del Estado y la sociedad en el hecho punible. Solo se cometen delitos dentro de la sociedad, no fuera de ella. No adoptamos una posición violentista, tampoco un pacifismo dogmático, sino el ejercicio razonado de la fuerza estatal a lo que resulte necesario. Al Estado le corresponde proteger y defender los derechos fundamentales de los ciudadanos, si este no protege o no puede proteger, el ciudadano tiene derecho a defenderse. Si no puede defenderse, el Estado debe asumir su responsabilidad por esta omisión, sancionando al agresor e indemnizando solidariamente con el infractor a la víctima.

Nada nos hace tan extraño: “el confundir la causa con el efecto. No hay error más nocivo, que el de confundir el efecto de la causa, cosa que considero la corrupción por antonomasia de la razón”.

En suma, el derecho penal ha de ser la última ratio e integrarse dentro del principio de intervención mínima.

4.4. EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD Y MINIMA INTERVENCION EN LA

4.4.1. JURISPRUDENCIA PENAL NACIONAL

“El principio de mínima lesividad o mínima intervención del derecho penal tiene la reverencia que supone su correlación con el respeto de los derechos fundamentales. En términos de razonabilidad, lo que mejor prueba este aserto es su propia naturaleza que como principio penal se supedita al orden constitucional dentro del sistema de valores y sistema de garantías. Por tanto, por su naturaleza constitutiva se ajusta más al orden racional de las cosas, cuando por interpretación y aplicación se constituye en pautas de fortaleza en un Estado constitucional de derecho. Ocurre que, a menudo, estos principios por su generalidad tienden a mediatizarse y, por ende, tornarse en decadente, ya no útil al propósito que le asiste a un derecho penal liberal, sino a un derecho penal del enemigo. Allí, ya perdemos la fe en la racionalidad de la acción punitiva del Estado y se hace necesario impedir su decadencia fortaleciéndolo con pautas fuertes de aplicación. Conviene aquí citar a NIETZSCHE”:

“¿Hay que explicar ahora el error que suponía su fe en la racionalidad a toda costa? Los filósofos y los moralistas se engañan a sí mismos cuando creen que combatir la decadencia es ya superarla. Pero superarla es algo que está por encima de sus fuerzas: el remedio y la salvación a la que recurren, no es sino una manifestación más de la decadencia. Cambian la expresión de la decadencia, pero no la eliminan”.

“No pretendemos eliminar esta decadencia, sino superarla porque suponemos que siempre todo principio sobrevive con aquellos otros que lo recusan. La cuestión de la solución entre decadencia y superación está en los operadores del derecho”.

“El principio de lesividad y mínima intervención compatible con un derecho penal constitucionalizado recusa la idea represora de un Estado totalitario. Este principio exige que las consecuencias y repercusiones del hecho sean socialmente relevantes, que se proyecten en la sociedad. La violencia punitiva de Estado no puede sobrepasar el límite de la dignidad de la persona y la perspectiva de promover siempre una lógica a favor de la libertad y no a favor de la represión. Por ejemplo, carece de sentido sancionar penalmente los supuestos contemplados en el art. 214 del CP si esta puede ser restaurada eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal. En una economía libre de mercado, la libertad de empresa, producción, comercialización y de servicios se rige por sus propias normas. Estas pueden ser corregidas regulando el acceso al crédito, con mayor competencia que reducen costos y disminuyen riesgos, ¿qué sentido tiene la intervención del derecho penal? Del mismo modo, el denominado delito de especulación (art. 234 CP), el comercio clandestino (art. 272.1 CP), cuando basta ser corregida con la clausura, entre otras medidas administrativas y civiles, o aquella otra singularmente poco instructiva (art. 291 CP). Esto último resulta risible. Ahora bien, un juez decisionista interpretaría de manera exegética el segundo párrafo del art. 296, sin importar que la pequeña cantidad de droga en poder del agente sea para su consumo o sea para vender medio gramo, un juez decisor no. Por último, el funcionario que, al tener la administración directa de bienes o caudales, se apropia de 10 soles del erario nacional, no amerita recurrir al instrumento más terrible, Código Penal, ya que basta la sanción administrativa. He ahí en qué casos prácticos es de gran utilidad este principio”.

“El principio de intervención mínima tiene una razón de ser y se encuentra en correlación directa con el principio de proporcionalidad o de prohibición del exceso. Esta exigencia descansa en la propia naturaleza constitutiva del derecho penal”:

“a) Un derecho penal de carácter fragmentario. No protege todos los bienes jurídicos, sino tan solo aquellos que son más importantes para la convivencia social más o menos pacífica. Del mismo modo, limita esta tutela a aquellos actos dolosos o culposos que lesionan o ponen en peligro estos bienes, de manera más relevante”

“b) Su carácter de un derecho subsidiario, como ultima ratio. La ley penal solo se aplica en defectos de otros medios de control social extrapenales más idóneos y eficaces”.

“Este principio prueba que es posible recurrir a otros mecanismos menos gravosos y de mayor eficacia en un contexto favorable a las libertades individuales o sociales. Los conceptos de libertad-autoridad y seguridad requieren ser materializados en una dirección de racionalidad material limitada por el respeto absoluto a la dignidad de la persona humana y la defensa de los derechos fundamentales. Ahora bien, no se trata de debilitar la autoridad y la seguridad ciudadana sino de evitar que el Estado se rebaje al mismo nivel de respuesta de aquello que recusa: al ser supremo en el poder, es supremo en la bondad y, por tanto, no puede abusar de esta supremacía. Tampoco accionar en términos punitivos cercano a la venganza pública o privada.”

“Citamos aquí la sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia recaída en el R. N. N.º 3763-2011-Huancavelica que con acierto declara haber nulidad, y reformando la disposición anterior absuelve al condenado. Son varios los principios que se consideran en esta sentencia”:

“El derecho penal constituye uno de los medios de control social existentes en las sociedades actuales. La familia, la escuela, la profesión, los grupos sociales, son también medios de control social, pero poseen un carácter informal que los distingue de un medio de control jurídico altamente formalizado como es el derecho penal. Como todo medio de control social, este tiende a evitar determinados comportamientos sociales que se reputan indeseables, acudiendo para ello a la amenaza de la imposición de distintas sanciones para el costo de que dichas conductas se realicen; pero el Derecho Penal se caracteriza por prever las sanciones en principio más graves —las penas y las medidas de seguridad—, como forma de evitar los comportamientos especialmente peligrosos —los delitos—”. MIR PUIG, Santiago, (2008). P.40. En ese sentido, el derecho penal no puede arrogarse todo comportamiento socialmente indeseado —su ámbito de aplicación es limitado—, sino solo aquellos que revisten suma gravedad y que no son posibles de revertir con medios de control social menos severos”.

[...] “Carece de sentido la intervención del derecho penal allí donde exista otro mecanismo de sanción que a través de un “mal menor” como las sanciones propias del derecho administrativo o del derecho civil, permita la solución del conflicto lo más satisfactoriamente posible tanto para el imputado como para la sociedad. Es así como se muestra 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”.

“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 la 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”.

“Principios con el cual fundamentan la sentencia suprema en referencia para determinar que:

“En este sentido, el comportamiento del recurrente de haber utilizado cuatro hojas bond, con sello de agua de la Universidad Nacional de Huancavelica, para interponer recurso de apelación a favor de Jesús Vásquez Ampa, conforme consta a fojas treinta y uno; acusación aceptada por el encausado en su instructiva de fojas cincuenta y siete y ampliación instructiva de fojas ciento veintidós, es una conducta reprobada jurídicamente porque no es aceptable que el abogado de la oficina de asesoría legal de una universidad pública utilice papeles membretados con sello de agua de la institución para litigar en sus asuntos privados 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. Precisamente, por no trasgredir las barreras mínimas que habilitan la actuación del derecho penal, y mereciendo la conducta practicada claramente una sanción de corte administrativa, en atención al principio de ultima ratio, corresponde absolver al imputado de la acusación fiscal por el delito imputado [..]”.

“La sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia recaída en el citado recurso de nulidad recoge en términos generales este principio materia del presente análisis. En tal sentido, queda en evidencia el carácter doblemente fragmentario del Derecho Penal. No solo exige la protección de los bienes jurídicos más importantes, sino también que dicha protección se dispense solo frente a los ataques más importantes y reprochables y exclusivamente en la medida en que ello sea necesario. Importa al derecho penal no toda acción humana sino aquella que resulta típica y de mayor relevancia si como expresión material de un supuesto prohibido o exigido se trata”.

“A partir de estas afirmaciones es posible establecer el principio de insignificancia que encuentra sustento en los principios de lesividad, de reserva, mínima intervención, principio de intrascendencia de la pena, del bien jurídico, etc. y, del mismo modo, está asociada a la necesidad de pena racional. El principio de lesividad impone que no haya tipicidad sin lesión de bien jurídico o habiéndose tipificado un hecho como delito, la lesión por acción u omisión resulte insignificante, pueda ser corregida por otros medios extrapenales. Entonces, se requiere de jueces decisores y no decisionistas (exegéticos supremos con enorme pasión por la ley es ley). Cosa poco ilustrada, vagabunda y plumiforme de entender el poder punitivo como forma de administrar justicia”.

“En este orden de razonamiento, el principio de lesividad y mínima intervención en su esencia y sus derivaciones racional-positiva, constituyen pautas fuertes en un Estado constitucional de derecho. Cuando la acción punitiva del Estado hace necesaria su intervención lo debe hacer sancionando hechos graves, de gran incidencia”

“No basta una realización formal, sino que además es necesario que dicha conducta haya puesto en peligro o lesionado a un bien jurídico determinado. Se le identifica con la máxima *nullum crimen sine iniuria*. Hay un nivel superior en la racionalidad de las cosas y el derecho penal no es, ni puede ser ajeno a ello. Para suerte de los justiciables y de los operadores del derecho aún existen jueces en el nivel supremo de la justicia ordinaria que se orientan por señalar pautas fuertes en relación con de principio de lesividad y mínima intervención”. (HUARCAYA RAMOS, 2017).Pág. 301.edición enero No 31

4.5 PRINCIPIO DE ÚLTIMA RATIO DEL DERECHO PENAL IMPIDE SANCIONAR

4.5.1. PENALMENTE ILÍCITOS DE ESCASA TRASCENDENCIA SOCIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. Exp. N° 3004-2012-
Cajamarca.

13 de febrero de 2014.

Procesado : Alejandro Douglas Morí Chávez

Delito : Peculado de uso

Agraviada: Municipalidad Distrital de Yonán- Tembladera

Fecha: 13 de febrero de 2014

REFERENCIAS LEGALES:

Código Penal: arts. IV y 388.

4.5.2. SALA PENAL PERMANENTE R.N. N° 3004-2012- CAJAMARCA

Lima, trece de febrero de dos mil catorce

Tercero: Que, existe consenso que el Derecho Penal debe ser un instrumento de última ratio para garantizar la pacífica convivencia de la sociedad, previa evaluación de su gravedad y de acuerdo a las circunstancias sociales, políticas, económicas y culturales imperantes en la sociedad en un momento determinado, de tal manera que en la legislación comparada se ha mencionado que: “El Derecho Penal constituye uno de los medios de control social existentes en las sociedades actuales. La familia, la escuela, la profesión, los grupos sociales, son también medios de control social, pero poseen un carácter informal que los distingue de un medio de control jurídico altamente formalizado como es el Derecho Penal. Como todo medio de control social, este tiende a evitar determinados comportamientos sociales que se reputan indeseables, acudiendo para ello a la amenaza de la imposición de distintas sanciones para el caso de que dichas conductas se realicen; pero el Derecho Penal se caracteriza por prever sanciones en principio más grandes -las penas y medidas de seguridad-, como forma de evitar los comportamientos que juzga especialmente

peligrosos -los delitos- MIR PUIG, Santiago. (2008). P.40. Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional en la sentencia número doce guión dos mil seis guión PI oblicua 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, en este sentido, se tiene que cuando el Derecho Penal se erige como la última ratio supone que la sanción penal no debe actuar cuando exista la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos de control social menos severos.

Cuarto: 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 controlar desmanes transgresores de la vida en comunidad. Este principio, es admitido unánimemente 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”. Silva Sánchez (2010). p. 393. En aplicación de este principio, el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal j debe operar cuando las demás alternativas de j control han fallado, es decir, que carece de 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 o del Derecho Civil, que permiten la solución del conflicto lo más satisfactoriamente posible tanto para el imputado como para la sociedad. Es así, pues, cómo el Derecho Penal muestra el carácter subsidiario, respecto de las otras ramas del ordenamiento jurídico, lo cual resulta fundamental al momento de abordar un caso concreto.

Quinto: En la misma línea, debemos referirnos al principio de lesividad, que señala que en la aplicación de la norma penal, no basta la antijuricidad formal, es decir, la mera contradicción entre el comportamiento y aquella j norma, sino que debe existir la vulneración del bien jurídico, sea por lesión o puesta en peligro, conforme lo prevé el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal, que j señala que “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 j solo aquellos comportamientos sumamente reprochables y no posibles de estabilización j mediante otro medio de control social menos j 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.

Sexto: En un plano estrictamente i dogmático, lo acabado de mencionar tiene su correlato en la teoría de la imputación objetiva, en virtud de cuyos fundamentos se tiene j 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 “perturbación social” en el 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. Jakobs, Günther (1998). P. 22.

Sétimo: También es necesario precisar que en los argumentos [*ratio decidendi*] que constituyen la fundamentación de la Ejecutoria Suprema del tres de marzo de dos mil ocho, obrante a fojas trescientos treinta y tres, se precisó que la conducta del recurrente configuró el uso indebido de línea telefónica, lo cual ha sido reconocido por este, criterio que se mantiene, no obstante dicha infracción no tiene trascendencia necesaria para ser susceptible de sanción penal, esto es, que si bien la misma constituye un comportamiento contrario a la norma [utilizar la línea de una institución pública para fines personales], la respuesta del ordenamiento jurídico tiene como última ratio al Derecho Penal, medio de control social que está reservado para conductas sociales sumamente reprochables, situación en la que no se enmarca la conducta del encausado Morí Chávez, la cual a toda luces configura una infracción normativa que debe resolver en la vía administrativa.

Octavo: En el presente caso, se tiene que la Contraloría General de la República [fojas treinta y dos] constató que el recurrente y sus familiares fueron objeto de agresión física, y que bienes de la Municipalidad fueron dañados por los pobladores, y como consecuencia de ello, el encausado Morí Chávez -como titular de la entidad edil-, trasladó el despacho de los asuntos municipales a su domicilio, lo cual describió el Jurado Nacional de Elecciones -fojas veintinueve-, dejando en libertad al mencionado procesado para determinar el lugar donde atendería al público, a fin de no suspender la atención a los pobladores, situación que conllevó a que también se trasladara la línea telefónica afectada de la entidad municipal al domicilio del recurrente, que luego utilizó para realizar llamadas telefónicas nacionales e internacionales de carácter personal; imputación que es aceptada por el referido encausado en la sesión de audiencia del cuatro de julio de dos mil doce, obrante a fojas ochocientos catorce, conducta reprobada jurídicamente porque no es aceptable que se haga uso indebido de la línea telefónica de la institución para realizar llamadas sobre asuntos particulares; sin embargo, ello en el contexto social que se desarrolló, lo 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 drástica del Derecho Penal mediante la pena. Precisamente, por no transgredir las barreras mínimas que habilitan la actuación del Derecho Penal, y mereciendo la conducta practicada claramente una sanción de corte administrativo, es que en atención al principio de última ratio, corresponde absolver al encausado Mori Chávez de la acusación fiscal por el delito imputado.

4.6. LA JURISPRUDENCIA DESDE LA PERSPECTIVA DEL PRINCIPIO DE MINIMA INTERVENCION

a. Doctrina jurisprudencial

La Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, el 24 de marzo del 2016, emitió la resolución A.V. N.º 09-2015-1, estableciendo la posibilidad de observar la vigencia del principio de mínima intervención penal —en etapas previas a la sentencia— a través de la excepción de improcedencia de acción regulada en el art. 6.1.b del CPP; en los siguientes términos:

3.2.3. En ese sentido, entendiéndose que los principios rectores del Derecho Penal — principio de mínima intervención, entre otros— exigen que su intervención se produzca estrictamente cuando el ilícito ocasionado tenga una alta trascendencia que altere el desarrollo normal de la sociedad, se tiene que la normativa penal no puede intervenir en ilícitos menores que puedan ser resueltos por otros mecanismos legales de nuestro ordenamiento jurídico. De esta manera, pese a que los hechos atribuidos a la investigada puedan configurar el tipo penal imputado, no obstante, en aplicación del principio de mínima intervención del Derecho Penal no podrá acudir a sanción dicha conducta. En consecuencia, resulta idóneo analizar en el caso concreto la viabilidad de la postulación de la excepción de improcedencia de acción, pues si la conducta atribuida no es merecedora de pena, carece de relevancia proseguir con el desarrollo del proceso penal, más aún si existen otras vías alternas que lesionan en menor grado el derecho del ciudadano [...]

b. Circunstancias del caso materia de pronunciamiento

El auto emitido por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia, materia de comentario, versa sobre el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público y la Procuraduría Anticorrupción contra la resolución del 5 de febrero del 2016 —emitida por el

Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria— que declaró fundada la excepción de improcedencia de acción formulada por la investigada Eva Giselle García León — procuradora pública del Ministerio de Energía y Minas—, respecto a la imputación realizada en su contra, por el delito de peculado doloso —por presunta apropiación de la suma de S/ 133.00 soles de la caja chica de la Procuraduría Pública del Ministerio de Energía y Minas, a través de la consignación (en comprobantes de gastos de movilidad) de importes de dinero mayores a los realmente gastados por el practicante pre profesional Manuel Alfonso Aparicio Gutiérrez—.

c.- La mínima intervención como causal para amparar una excepción de improcedencia de acción

Habiendo establecido que: i) Las causales de justiciabilidad —a las que hace referencia el art. 6.1.b del CPP— son en realidad criterios de punibilidad —los cuales son las excusas absolutorias, las condiciones objetivas de punibilidad y la necesidad de la pena—; que ii) los principios político— criminales no solamente se observan a nivel legislativo sino también a nivel aplicativo, ya que es posible fundamentar decisiones judiciales a partir de la observancia de dichos principios; y que iii) la mínima intervención penal es un principio político-criminal- el cual exige que la pena debe ser merecida, proporcionada y necesaria para su imposición. Por lo anterior es posible concluir que resulta viable amparar la observancia del principio de mínima intervención en el marco de una excepción de improcedencia de acción, siempre y cuando se verifique que la pena que el Ministerio Público busca imponer, en razón de la imputación de una conducta típica antijurídica y culpable, no resulta necesaria ni proporcionada. Núñez Chasquero (2016). P. 333.

Principio de ultima ratio

Como está jurídicamente consolidado, el Derecho penal no es el único medio de coacción estatal destinado a proteger bienes jurídicos y su actuación sólo se justifica como un medio complementario o subsidiario del arsenal de medios coercitivos estatuidos por el ordenamiento jurídico porque constituye la última ratio en relación con los demás medios de control social. El procedimiento administrativo sancionador busca garantizar sólo el funcionamiento correcto de la Administración Pública, las sanciones disciplinarias tienen, en general, la finalidad de garantizar el respeto de las reglas de conducta establecidas para el buen orden y desempeño de las diversas instituciones colectivas y, como tal, suponen una relación jurídica específica y conciernen sólo a las personas implicadas en dicha relación y no

a todas sin distinción, como acontece en general con las normas jurídicas penales; que las medidas disciplinarias constituyen la contrapartida de los deberes especiales a que están sometidos sus miembros y el Derecho administrativo sancionador no se rige por el principio de lesividad sino por criterios de afectación general, de suerte que la sanción administrativa no requiere la verificación de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y generalmente opera como respuesta ante conductas formales o de simple desobediencia a reglas de ordenación; que, en cambio, el delito debe encerrar siempre un mayor contenido de injusto y de culpabilidad; que la lesividad o peligrosidad de la conducta y el menoscabo al bien jurídico son siempre de mayor entidad en el delito con relación a la infracción administrativa. Nolasco Valenzuela (2013).p.104.

Principio de ultima ratio y subsidiariedad

«El Derecho penal como instrumento de control social obedece a los principios minimalistas de *ultima ratio* y estricta legalidad, no pudiendo perseguir toda conducta ilícita si los conflictos sociales pueden ser dirimidos en la vía civil o administrativa». *Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 17 de junio de 1998, Exp. N° 5001-97, BACA CABRERA / ROJAS VARGAS / NEIRA*

HUAMÁN, Jurisprudencia penal procesos sumarios, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 356

El Derecho Penal está subordinado a la insuficiencia de los otros medios de control menos gravosos

«En relación a la función que el Derecho penal desarrolla a través de sus sanciones ha de afirmarse su carácter subsidiario o secundario, pues la afirmación que el Derecho penal constituye la *ultima ratio* entre los instrumentos de que dispone el Estado para garantizar la pervivencia de la sociedad, debería implicar como lógica consecuencia, que el Derecho penal está subordinado a la insuficiencia de los otros medios menos gravosos de control para el individuo de que dispone el Estado». *Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima del 17 de diciembre de 1998, Exp. N° 3429-98. BACA CABRERA / ROJAS VARGAS / NEIRA HUAMÁN, Jurisprudencia penal procesos sumarios, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 89.*

Función de Protección de Bienes Jurídicos no solo lo realiza el Derecho Penal

«Que, debe de tenerse en cuenta que la protección de bienes jurídicos no solo se alcanza a través del Derecho penal, sino que a ello ha de cooperar el instrumental de todo el ordenamiento jurídico, en tal sentido la doctrina es clara al señalar que «El Derecho Penal solo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir, que solo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema (...). Por ello, se denomina a la pena como la *+ultima ratio* de la política social y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos. En la medida en que el Derecho Penal solo protege una parte de los bienes jurídicos, e incluso no siempre de modo general, sino frecuentemente

(...) solo frente a formas de ataque concretas, se habla también de la naturaleza fragmentaria del Derecho». *Ejecutoria de la Sala de Apelaciones con reos libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 19 de marzo de 1998, Exp. N° 8240-97. ROJAS VARGAS, Fidel,*

Jurisprudencia penal patrimonial, Grijley, Lima, 2000, p. Rojas Vargas (2016). p. 371

4.7. INTERVENCIÓN MÍNIMA Y CARÁCTER SUBSIDIARIO DEL DERECHO PENAL

NACIONAL

A este respecto es importante transcribir parcialmente la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal:

Sexto. En esa línea de ideas uno de los principios fundamentales legitimadores del Derecho Penal es el principio de intervención mínima, admitido unánimemente 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” [...], de manera que carece de sentido la intervención del Derecho penal allí donde exista otro mecanismo de sanción que a través de un

“mal menor” como, las sanciones propias del Derecho Administrativo o del Derecho Civil, permita la solución de conflicto lo más satisfactoriamente posible tanto para el imputado como para la sociedad.. Es así cómo se muestra 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. (R.N. N.º 3763-2011-Huancavelica, del 29-01- 2013, f. j. 6. Sala Penal Permanente)

Principio de intervención mínima y carácter fragmentario del derecho penal.

Cuarto. Que, por tanto, la-falta de entrega de la hoja de liquidación a la autoridad competente.no genera por sí sola una conducta sujeta a reproche penal, pues a la par debe acreditarse el perjuicio netamente patrimonial que dicho proceder causó, sin embargo al no advertirse el mismo resulta atípico pues, en todo caso, el incumplimiento en la entrega de la hoja de liquidación y sus consecuencias negativas corresponderían dilucidarse en él proceso administrativo sancionador que, por lo demás, el tema sujeto a controversia carece de la entidad suficiente como para ser desarrollado dentro del ámbito de un proceso penal, en atención al principio de intervención' mínima o *última ratio* que lo rige [el derecho penal es el último recurso al que se debe acudir. a falta de otros medios lesivos, pues si la protección de la sociedad y los ciudadanos puede conseguirse, en ciertos casos, con medios menos lesivos y graves que los penales, no es preciso y no debe utilizarse, e incluso aunque haya que proteger bienes jurídicos, donde sean suficientes los medios del Derecho Civil, del Derecho Público o incluso medios extrajurídicos, ha de retraerse el Derecho Penal, pues su intervención -con la dureza que sus medios implican- sería innecesaria y, por tanto, injustificable] y al carácter fragmentario del mismo [el llamado carácter fragmentario del Derecho Penal sostiene que no se trata de proteger todos los bienes jurídicos ni penar todas la conductas lesivas a los mismos, sino sólo los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes) los cuales constituyen el límite el límite formal de ius puniendi (R.N. No 3756-2009-Piura)

Manifestaciones del principio de intervención última. Carácter fragmentario del Derecho penal. Absolución por peculado de uso: utilización de motocicleta de entidad pública.

Cuarto. [...] El principio de intervención mínima, que integra dos postulados básicos del Derecho penal preventivo: subsidiaridad o última ratio y carácter fragmentario del Derecho penal, en atención al último postulado exige que sólo deben sancionarse las modalidades de ataque más peligrosas para los bienes jurídicos que protege [...]; situación que, sin duda, no se presenta en el sub-lite, habida cuenta de la falta de entidad de la conducta que desplegó el imputado [servidor público que utilizó la motocicleta que le asignó la entidad estatal donde labora, trasladándose a un lugar distinto señalado por la orden de servicio],[...]

que dio como resultado la sustracción de la motocicleta [por terceros], que sin embargo luego la repuso. En todo caso, el Derecho administrativo sancionador es el indicado y proporcionalmente idóneo para dar cuenta de la conducta desplegada por el acusado. (**R. N. N.º 1883-2012-Junín, del 0503-2013, f. j. 4. Sala Penal Transitoria.** Texto completo: <bit.ly/IWoTLs>).

Principios de subsidiariedad y *ultima ratio*.

Cuarto. [...] Por lo demás, debido a que 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 la solución de conflictos de relevancia jurídica, donde sólo determinados es 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 configuren un alto grado de insoportabilidad social. Por consiguiente, dado que los montos objeto de apropiación son ínfimos y no son significativos para concluir que todo el aparato estatal se encuentre gravemente lesionado. En consecuencia el comportamiento del imputado no constituye apropiación. (**R. N. N.º 1336-2012-Apurímac, del 10-01-2013, f.**

j. 4. Sala Penal Transitoria. Texto completo: <bit.ly/10edWxf>).

Principio de la mínima intervención penal. Pérdida de escasa significación.

Quinto. [Del] acta de internamiento del vehículo al depósito municipal y del acta de constatación de pérdidas se acredita que falta solo un alternador y un relay [...]; sin embargo, por la situación de los objetos -un alternador y un relay- es preciso indicar que se debe aplicar 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 puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales; que en el caso concreto es relevante y aplicable el principio de subsidiariedad, [...] según el cual el derecho penal ha de ser la *última ratio*, el último recurso que se debe utilizar a falta de otros menos lesivos, así como el denominado carácter fragmentario del Derecho Penal que constituye una exigencia relacionada con la anterior, es decir, significa que el Derecho Penal no ha de sancionar todas las conductas vulneradoras de los bienes

jurídicos que protege, ni tampoco todos ellos son objeto de tutela, sino solo castiga las modalidades de ataque más peligrosas para ellos -el Derecho Penal protege el bien jurídico contra 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 mantenimiento de su organización; que por eso solo debe acudir al Derecho Penal cuando han fracasado todos los demás controles, pues el derecho punitivo es el último recurso que ha de utilizar el Estado, en tanto en cuanto no castiga todas las conductas lesivas de bienes jurídicos, sino solo las que revisten mayor entidad -la potestad de castigar no puede ser ejercida por el Estado de manera ilimitada, pues se caería en el abuso y la arbitrariedad, es necesario imponerle diversos controles-; que, en el presente caso, se trata de la pérdida de dos objetos -un alternador y un relay que por su baja significación no pueden ser ventilados en la vía penal. (**R. N. N.º 2382009-Puno**, del 19-03-2010, f. j. 5. Sala Penal Permanente. Texto completo: [cbit.ly/ IXkvqQX](http://cbit.ly/IXkvqQX)>).

El principio de la mínima intervención penal.

Sétimo. [E]l derecho penal deja de ser necesario para proteger a la Sociedad cuando dicha protección puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos, para los derechos individuales, en tal sentido en el análisis del caso concreto debe entrar en juego el principio de subsidiaridad, según el cual el derecho penal ha de ser la última ratio, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos. Por otro lado, el denominado carácter fragmentario del Derecho Penal, constituye una exigencia relacionada con la anterior, es decir, significa que el Derecho Penal no ha de sancionar todas las conductas vulneradoras de los bienes jurídicos que protege ni tampoco todos ellos son objeto de tutela, sino sólo castiga las modalidades de ataque más peligrosas para ellos -el derecho penal protege el bien jurídico contra ataques de especial gravedad-. Ambos postulados integran el llamado principio de intervención mínima del derecho penal, que consiste en que la intervención del Estado sólo se justifica cuando es necesaria para el mantenimiento de su organización. Por eso sólo debe acudir al derecho penal cuando han fracasado todos los demás controles, pues el derecho punitivo es el último recurso que ha de utilizar el Estado. Ello porque el derecho penal no castiga todas las conductas lesivas de bienes jurídicos, sino sólo las que revisten mayor entidad -la potestad de castigar no puede ser ejercida por el Estado de manera ilimitada, pues se caería en el abuso y la arbitrariedad, es necesario imponerle diversos controles-, por eso se habla del carácter fragmentario. [...]

(**R. N. N.º 5080-2007- Lima**, del 01-07-2007, f. j. 7. Segunda Sala Penal Transitoria. Texto completo: <bit.ly/29ciU2C>).

Principio de fragmentariedad

Segundo. El derecho penal tiene como principio rector que es fragmentario y de última ratio y ello implica, que solo se van a sancionar las conductas que realmente lesionan bienes jurídicos tutelados [...]. (**R. N. N.º 3400-2005-Amazonas**, del 12-12-2006, f. j. 2. Segunda Sala Penal Transitoria. Texto completo: <bit.ly/29cWFw2>).

Principio de subsidiariedad.

Tercero. Que, como está jurídicamente consolidado, el Derecho Penal no es el único medio de coacción estatal destinado a proteger bienes jurídicos y su actuación solo se justifica como un medio complementario o subsidiario del arsenal de medios coercitivos estatuidos por el ordenamiento jurídico porque constituye la última ratio en relación con los demás medios de control social. (**R. N. N.º 2090-2005-Lambayeque**, del 07-06-2006, f. j. 3. Sala Penal Permanente [EP, 25-03-2008, Jurisprudencia, Año XVII, N.º 873, pp. 6398-6399]. Texto completo: <bit.ly/1PU07ok> [p. 6398]).

Caso Universidad Nacional de Huancavelica

Sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia recaída en el Recurso de Nulidad N° 3763-2011

Los extractos más relevantes de la referida sentencia son los siguientes:

Quinto. (...) El derecho penal no puede arrogarse todo comportamiento socialmente

indeseado – su ámbito de aplicación es limitado-, sino solo aquellos que revisten suma gravedad y que no son posibles de revertir con medios de control social menos severos.

Sexto. Uno de los principios fundamentales legitimadores del Derecho Penal es el principio de intervención mínima, admitido unánimemente por la doctrina penal, según el cual (...) carece de sentido la intervención del Derecho Penal allí donde exista otro mecanismo de sanción que a través de un “mal menor”, como las sanciones propias del Derecho Administrativo o del Derecho Civil, permita la solución del conflicto lo más satisfactoriamente posible tanto para el imputado como para la sociedad. Es así como se muestra 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.

Sétimo. 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.

Décimo. El punto de partida para establecer en el presente caso la relevancia o irrelevancia penal de la conducta imputada al recurrente, además de la posición en la esfera institucional, está en acreditar si hubo un desplazamiento o desmedro patrimonial de los caudales o efectos de la esfera de dominio del Estado a la esfera de dominio personal del funcionario público o de un tercero, debiendo la prueba, orientarse a determinar si existe un desbalance respecto de los bienes que en su momento le fueron confiados con motivo de su gestión.

Sobre la necesidad y merecimiento de pena en el caso concreto

Como bien señala Salinas Siccha, “*tan corrupto es aquel que se apropia de diez soles como aquel que se apropia de diez millones*”[11]. Sin embargo, y a efectos de la determinación de la pena, es preciso tomar en cuenta un factor que resulta indispensable: la constatación de una afectación del bien jurídico en términos penales.

Tal y como sostiene la sentencia, los hechos materia de investigación no tienen la relevancia suficiente que se exige para la intervención del Derecho Penal. Muy por el contrario, se hace referencia a la posibilidad de aplicar otro tipo de sanción y de menor intensidad que sería más efectivo (la disciplinaria, por ejemplo). Ello quiere decir, sin duda alguna, que si bien es cierto una conducta puede lesionar o poner en peligro un bien jurídico, ello no implicará necesariamente la intervención del Derecho Penal.

Así pues, el hecho de que el asesor legal de la Universidad Nacional de Huancavelica utilice papel membretado que le pertenece a dicha casa de estudios y que le ha sido encargado para los fines de defensa legal de la institución, atenta contra la correcta gestión del patrimonio público. Sin embargo, la necesidad de que la sanción a dicho comportamiento sea de naturaleza penal requiere un segundo nivel de análisis que supere el aspecto formal de la conducta. Como señala Villavicencio,

“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 (...) Su presencia debe ser absolutamente imprescindible y necesaria, ya que de lo contrario generaría una lesión inútil de los derechos fundamentales”.

De aquí que el principio de última ratio admita la intervención del Derecho Penal *“cuando el problema o conflicto social no pueda resolverse con los otros sistemas de control extrapenales”*[14]. De esta manera, los ataques leves a los bienes jurídicos deberán ser atendidos por otras ramas del Derecho o por otras formas de control social. Así pues, se aprecia, como sostiene García Cavero,

“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”. El caso en cuestión no exige mayor nivel de análisis para llegar a la conclusión de que el comportamiento de Vera Donaires no tiene relevancia penal. Sin embargo, da pie a que cuestionemos cuál sería el criterio apropiado para determinar si el comportamiento de apropiación o utilización del funcionario expresa más que una simple indisciplina.

Dejando de lado la propuesta de establecer un quantum en el monto de lo apropiado o utilizado, habida cuenta que ello no es un criterio aplicable para la comisión del delito, nosotros consideramos que en su lugar deberían explorarse aquellas normas concretas de

carácter administrativo o disciplinario que se encuentran vinculadas con el uso y disposición de los bienes públicos. Y ello a partir de que el bien jurídico protegido en el delito de peculado es la gestión del patrimonio público, que debe realizarse de acuerdo a los principios que rigen y orientan la función pública, en este caso, de los principios de lealtad y probidad. (CARO JOHN,

2017).**Pág.4**

El caso de los “papeles membretados”

David Panta se refiere también a este **Recurso de Nulidad N° 3763-2011, Huancavelica**.

En ese caso, a **Ricardo Vera Donaires**, abogado de la oficina de asesoría legal de la Universidad Nacional de Huancavelica, se le imputó la comisión del delito de **peculado** (artículo 387 del Código Penal). **Vera Donaires** había utilizado **papel membretado** de la Universidad de Huancavelica para redactar un escrito en favor de su cliente particular **Jesús Vásquez Ampa**.

La Corte Superior de Justicia de Huancavelica condenó a **Vera Donaires** como autor del delito de **peculado de uso** a un año de pena privativa de la libertad suspendida e inhabilitación por el mismo tiempo. La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, por su parte, declaró la nulidad del caso por las siguientes razones:

Quinto. (...) El derecho penal no puede arrogarse todo comportamiento socialmente

indeseado –su ámbito de aplicación es limitado–, sino solo aquellos que revisten suma gravedad y que no son posibles de revertir con medios de control social menos severos.

Sexto. Uno de los principios fundamentales legitimadores del Derecho Penal es el principio de intervención mínima, admitido unánimemente por la doctrina penal, según el cual (...) carece de sentido la intervención del Derecho Penal allí donde exista otro mecanismo de sanción que a través de un “mal menor”, como las sanciones propias del Derecho Administrativo o del Derecho Civil, permita la solución del conflicto lo más satisfactoriamente posible tanto para el imputado como para la sociedad. Es así como se muestra 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.

Sétimo. 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.

Décimo. El punto de partida para establecer en el presente caso la relevancia o **irrelevancia penal** de la conducta imputada al recurrente, además de la posición en la esfera institucional, está en acreditar si hubo un desplazamiento o desmedro patrimonial de los caudales o efectos de la esfera de dominio del Estado a la esfera de dominio personal del funcionario público o de un tercero, debiendo la prueba, orientarse a determinar si existe un desbalance respecto de los bienes que en su momento le fueron confiados con motivo de su gestión. Caro Coria & Nakasaki Servigon. (2016).

El principio de insignificancia en el caso del congresista Carlos Bruce

El diario **El Comercio** consultó a los penalistas **Carlos Caro Coria** y **César Nakazaki Servigón** sobre el devenir jurídico del caso del parlamentario **Carlos Bruce**, quien hace poco solicitó **resguardo policial** para la inauguración de su restaurante.

Ambos penalistas sostuvieron que el congresista se equivoca al afirmar que la tentativa de **peculado** no puede ser sancionada. El diario registró así sus opiniones.

“La tentativa aparece regulada en el artículo 16 del Código Penal con carácter general”, dijo Caro. Y precisó que el delito de peculado se consumó cuando Bruce utilizó los recursos

(carta membretada, servicio de mensajería) del Congreso para pedir el resguardo policial. “Abí no se evalúa tanto el tema del dinero, sino el propio uso de los recursos”, añadió.

Por su parte, Nakazaki opinó que “el tema no debe evaluarse como tentativa de peculado, porque el recurso público en cuestión no era el personal policial para el resguardo, sino los sellos, la documentación que forma parte del Congreso, y que fueron usados por el congresista”.

Asimismo, el doctor **Caro Coria**, en su cuenta de Facebook, remató: “Quienes piensen que es un **caso de insignificancia**, podrán preguntarse a la vez por qué un policía que recibe 50 o 100 soles para no imponer una multa de tránsito sí es procesado, eventualmente preso preventivamente, cesado en la función y condenado”.

Ante estas posiciones, el abogado penalista **David Panta**, salió al frente para discrepar en los siguientes términos:

Carlos Bruce no me cae. No obstante, debo discrepar con las opiniones de los maestros César Nakazaki y Carlos Caro, respecto de la comisión del delito de peculado, por usar dinero del congreso para un resguardo policial. ¿Por qué no es delito?

*Por un principio clave del Derecho Penal. El principio de mínima gravedad. Reconocido por la Corte Suprema en el caso “**hojas membretadas**”.*

El Derecho Penal es fragmentario y de última ratio, no puede estar en todos los bienes jurídicos, sino en los más importantes. Si esto es así, la lesión efectiva de la norma, dentro de un tema de antijuridicidad del hecho, en el presente caso, no se habría cometido; ergo, la acción solo queda a nivel de tipicidad.

4.8. RELEVANCIA PENAL DEL MONTO APROPIADO EN EL DELITO DE PECULADO

EL CASO DE BRUCE. Huamán Castellares (2016)

Desde hace unos días circulan en la red una serie de comentarios de connotados colegas sobre el denominado caso **Bruce**, ambos en la misma dirección: *la posible responsabilidad penal de Carlos Bruce por el delito de peculado*. Al respecto, mi opinión va en un sentido contrario, siguiendo la actual tendencia jurisprudencial de la Corte Suprema de la República, considero que la conducta carece de relevancia para el Derecho penal, pero podría tener relevancia para otro ámbito: el **derecho disciplinario**.

El primer argumento, planteado por **César Nakazaki** y **Carlos Caro**, sigue la tendencia clásica en el Derecho penal: una lectura legal de la norma. Siguiendo la misma, efectivamente, la conducta de haber utilizado sellos y hojas del Congreso, así como impresiones del mismo, sería sancionable penalmente. A esa conclusión es fácil llegar si reparamos que el tipo penal no establece un monto mínimo para la configuración del **peculado**. No obstante, una lectura constitucional de dicha norma, específicamente sobre la

base del **principio de lesividad** y tal como lo sugiere el **Acuerdo Plenario Extraordinario N° 1-2016**, nos establece que es necesario determinar si la conducta afecta o no de forma intensa a un objeto de protección penalmente relevante.

Ante ello, cabe preguntarse, ¿afecta gravemente al erario público el uso de tinta para la impresión de una hoja, de la hoja en sí misma, de un sello? La respuesta es evidentemente negativa, pues el Derecho penal debe ser reservado para **afectaciones intensas**. Ojo, ello no quiere decir que la conducta carezca de relevancia para el ordenamiento jurídico. Vale decir, la misma podrá tener relevancia para el **Derecho disciplinario**, lo cual tendrá que ser analizado en el caso concreto.

En cuanto al segundo argumento, planteado por **Carlos Caro**, se considera tácitamente que la **irrelevancia penal**, denominada **insignificancia**, carece de interés para el Derecho penal. Para demostrar ello, se pone el ejemplo de un policía que recibe 50 soles. Al respecto, es necesario señalar que las situaciones no son equiparables. Si la imputación al caso del congresista **Bruce** es por la apropiación de los materiales antes mencionados, la misma no es equiparable al **cohecho**. **Peculado** y **cohecho** son delitos contra la administración pública; sin embargo, los mencionados tipos penales tienen ámbitos distintos de protección. No es lo mismo apropiarse del erario estatal, lo que afecta la función desempeñada, que el quebrantar el deber de fidelidad con la administración pública.

Como corolario, señalamos que la interpretación literal de los tipos penales forma parte de un pasado, para dar pase a una interpretación sobre la base de los principios constitucionales. Ello nos lleva, necesariamente, a plantearnos nuevos retos pues -como interesantemente sugiere **José Martín Bonilla Leonardo** en un muy buen artículo recientemente publicado en Gaceta Penal, la visión legalista del Derecho penal se encuentra en crisis a raíz de la interpretación constitucional.

*Por un principio clave del derecho penal. El principio de mínima gravedad. Reconocido por la Corte Suprema en el caso “**hojas membretadas**”.*

El derecho penal es fragmentario y de última ratio, no puede estar en todos los bienes jurídicos, sino en los más importantes. Si esto es así, la lesión efectiva de la norma, dentro de un tema de antijuridicidad del hecho, en el presente caso, no se habría cometido; ergo, la acción solo queda a nivel de tipicidad.

Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala Penal Permanente de 19 de Marzo de 2010 (Expediente: 000238-2009)

“...es preciso indicar que se debe aplicar 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 puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales; que en el caso concreto es relevante y aplicable el principio de subsidiaridad, según el cual el Derecho Penal ha de ser la última ratio, el último recurso que se debe utilizar a falta de otros menos lesivos, así como el denominado carácter fragmentario del Derecho Penal que constituye una exigencia relacionada con la anterior, es decir, significa que el Derecho Penal no ha de sancionar todas las conductas vulneradoras de los bienes jurídicos que protege, ni tampoco todos ellos son objeto de tutela, sino sólo castiga las modalidades de ataque más peligrosas para ellos -el Derecho Penal protege el bien jurídico contra 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 mantenimiento de su organización; que por eso sólo debe acudir al Derecho Penal cuando han fracasado todos los demás controles, pues el derecho punitivo es el último recurso que ha de utilizar el Estado, en tanto en cuanto no castiga todas las conductas lesivas de bienes jurídicos, sino sólo las que revisten mayor entidad ?la potestad de castigar no puede ser ejercida por el Estado de manera ilimitada, pues se caería en el abuso y la arbitrariedad, es necesario imponerle diversos controles-; que, en el presente caso, se trata de la pérdida de dos objetos -un alternador y un relay- que por su baja significación no pueden ser ventilados en la vía penal (...) Caro Coria (2015).

CAPÍTULO V

CATEGORÍAS DE ESTUDIO E HIPÓTESIS

En este capítulo se presentan las categorías de estudio y las hipótesis formuladas como base conceptual y metodológica para el análisis de los fenómenos abordados. Estas categorías constituyen herramientas fundamentales para delimitar y estructurar el objeto de estudio, permitiendo un enfoque sistemático y coherente que articula los datos empíricos con los marcos teóricos seleccionados.

El desarrollo de las hipótesis, sustentado en la revisión bibliográfica y el análisis crítico, establece supuestos clave que orientan la investigación hacia la comprensión integral de las problemáticas identificadas. Asimismo, estas hipótesis son diseñadas para ser contrastadas con rigurosidad científica, contribuyendo al avance del conocimiento en el área de estudio.

Este capítulo no solo busca clarificar los ejes centrales de la investigación, sino también proporcionar un marco analítico robusto que promueva una discusión informada y fundamentada, orientada a responder las interrogantes planteadas en los objetivos del proyecto.

Cuadro N° 1

Categorías de estudio	Subcategorías
Categoría 1°: Peculado doloso cuando el perjuicio patrimonial es mínimo o irrelevante	<ul style="list-style-type: none">- Concepto y origen del peculado- Naturaleza jurídica y clases de peculado- Autoría y participación- Bien jurídico protegido- Delitos de infracción del deber
Categoría 2°: Lesión de los principios de mínima intervención o última ratio del Derecho Penal.	<ul style="list-style-type: none">- Principios de mínima intervención o última ratio- Doctrina jurisprudencial

Elaboración propia

5.1. HIPOTESIS PRINCIPAL

Las consecuencias que genera la represión penal del peculado doloso cuando el perjuicio patrimonial irrogado al Estado es mínimo o insignificante, es la lesión de los principios de última ratio, mínima intervención penal y lesividad

5.2. HIPOTESIS ESPECÍFICAS

1. La represión penal del peculado doloso cuando el perjuicio patrimonial irrogado al Estado es mínimo o insignificante no cumple con los fines de prevención del delito
2. La represión penal del peculado doloso cuando el perjuicio patrimonial irrogado al Estado es mínimo o insignificante genera una carga procesal innecesaria al sistema penal
3. La represión penal del peculado doloso cuando el perjuicio patrimonial irrogado al Estado es mínimo o insignificante vulnera el principio *nom bis ídem*.
4. La doctrina jurisprudencial actual de nuestro más alto Tribunal y de las Salas Superiores Penales se inclina por despenalizar la conducta de apropiación dolosa de caudales o efectos públicos por parte de funcionario público cuando el perjuicio patrimonial irrogado al Estado es mínimo o insignificante.

Cuadro N° 2

Enfoque de Investigación	Cualitativo: Porque nuestro estudio se basa en el análisis e interpretación jurídica de datos obtenidos de fuentes no probabilísticas.
Tipo de Investigación Jurídica	Dogmático exploratorio: Porque busca identificar las consecuencias que se derivan de la penalización del peculado doloso cuando el perjuicio patrimonial irrogado al Estado es insignificante.

5.3 POBLACIÓN

La población está constituida por jueces penales, fiscales y abogados vinculados directamente con la administración de justicia en el campo penal en el Distrito Judicial del Cusco

5.4. MUESTRA

La muestra se determinó por el método no probabilístico o dirigido (por conveniencia). Se aplicó encuesta a 20 jueces penales del Distrito Judicial del Cusco, 20 fiscales que laboran en el Distrito Fiscal del Cusco y a 20 abogados dedicados a defensas en el campo penal en este distrito.

5.5 TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

5.5.1 ENCUESTA

La encuesta se practicó en base a un cuestionario estructurado para los operadores jurídicos en materia penal con preguntas relacionadas estrictamente al tema de investigación

5.5.2 ANÁLISIS DOCUMENTAL

Se realizó un análisis de algunas sentencias relevantes emitidas tanto por las Salas Penales de la Corte Suprema como por las Salas de algunas Cortes Superiores.

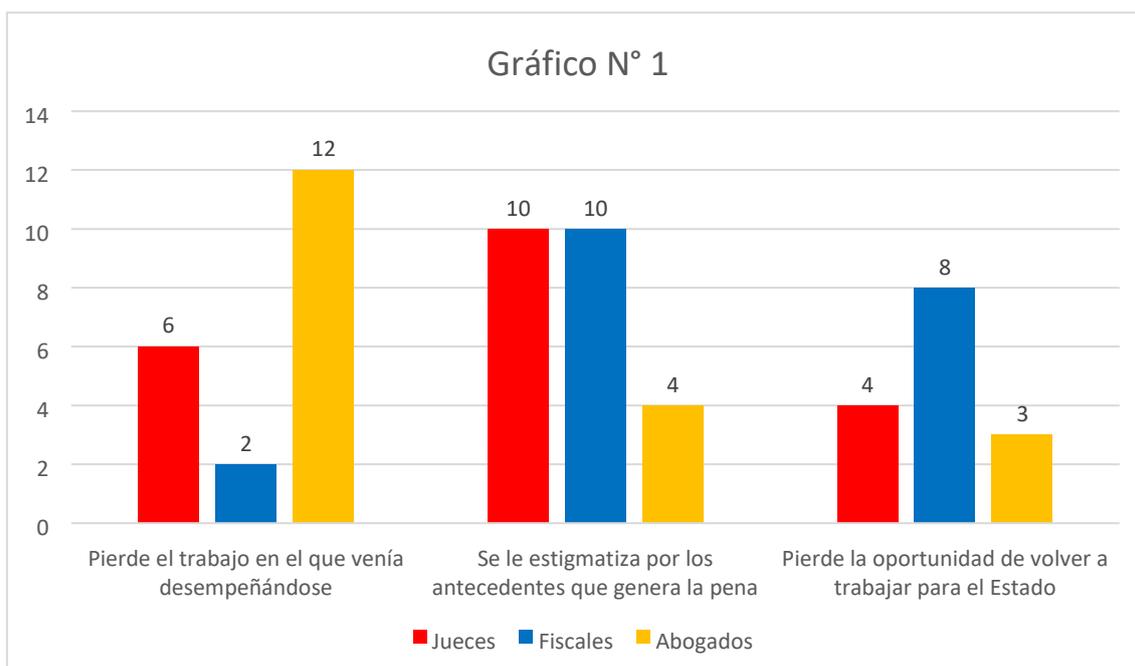
5.6 ENCUESTA A JUECES PENALES, FISCALES Y ABOGADOS DEFENSORES

1. ¿Cuáles son las consecuencias que genera en el procesado la penalización del peculado doloso cuando el perjuicio patrimonial irrogado al Estado es mínimo o irrelevante?

TABLA N° 1

	Jueces		Fiscales		Abogados	
	F	%	F	%	F	%
Pierde el trabajo en el que venía desempeñándose	6	30	2	10	12	60
Se le estigmatiza por los antecedentes que genera la pena	10	50	10	50	4	20
Pierde la oportunidad de volver a trabajar para el Estado	4	20	8	40	4	20
TOTAL	20	100	20	100	20	100

Fuente: Encuestas realizadas por el autor



Fuente: Encuestas realizadas por el autor

INTERPRETACIÓN

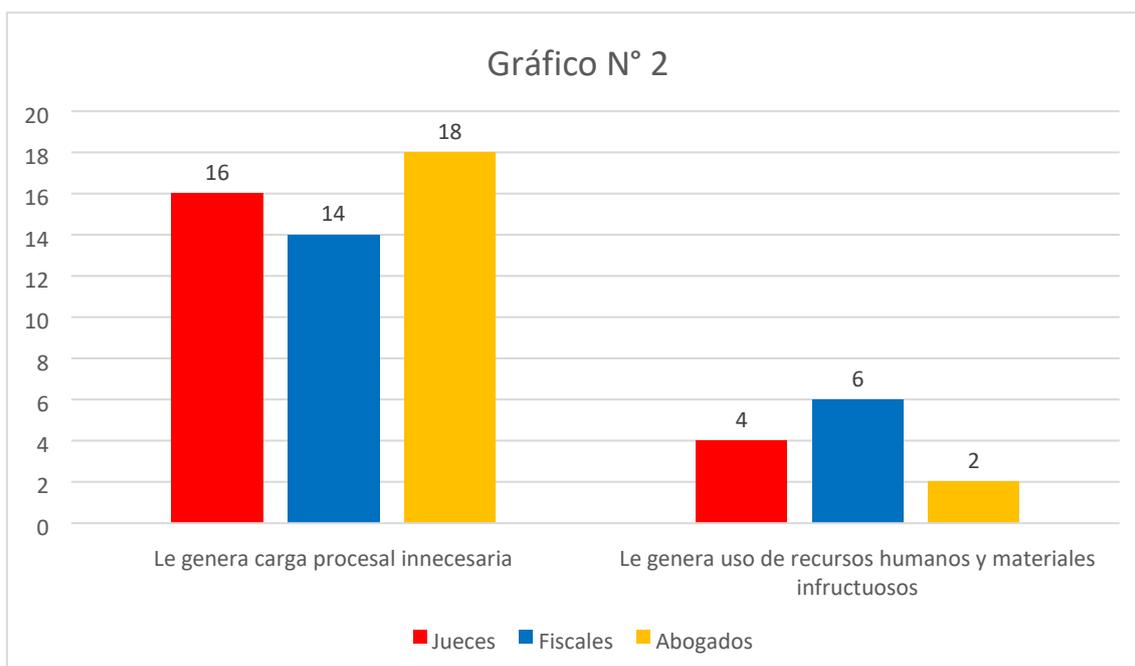
En la tabla y gráfico anterior podemos apreciar que un 30% de jueces, 10% de fiscales y 60% de abogados consideran que la consecuencia principal es que el sentenciado pierde el trabajo en el que venía desempeñándose; un 50% de jueces, 50% de fiscales y 20 de abogados consideran que se le estigmatiza al sentenciado por los antecedentes que genera la pena; y finalmente un 20% de jueces, 40% de fiscales y 20% de abogados consideran que el sentenciado pierde la oportunidad de volver a trabajar para el Estado.

2. ¿Cuáles son las consecuencias que genera para el Estado la penalización del peculado doloso cuando el perjuicio patrimonial irrogado es mínimo o irrelevante?

TABLA N° 2

	Jueces		Fiscales		Abogados	
	F	%	F	%	F	%
Le genera carga procesal innecesaria	16	80	14	70	18	90
Le genera gasto inútil de recursos humanos y materiales	4	20	6	30	2	10
TOTAL	20	100	20	100	20	100

Fuente: Encuestas realizadas por el autor



Fuente: Encuestas realizadas por el autor

INTERPRETACIÓN

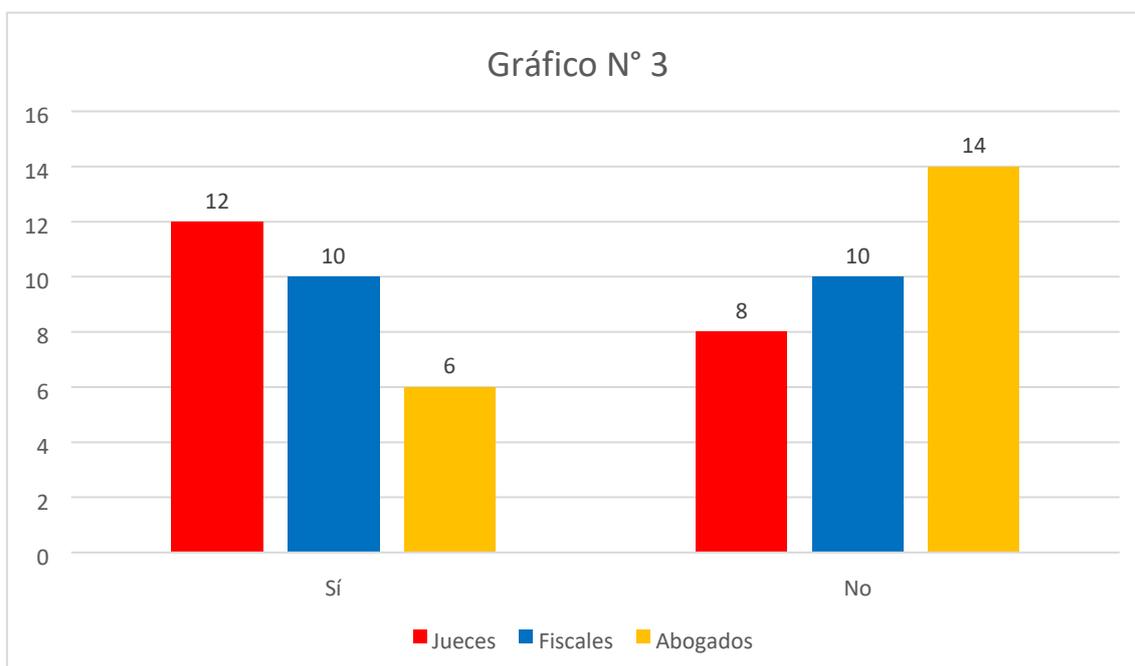
En la tabla y cuadro N° 2 advertimos que un 80% de jueces, 70% de fiscales y 90% de abogados considera que la represión del peculado doloso cuando el perjuicio patrimonial irrogado al Estado es insignificante, le genera una carga procesal innecesaria al Estado; un 20% de jueces, 30% de fiscales y 10 de abogados considera que le genera gasto inútil de recursos humanos y materiales.

3.- ¿Cree usted que la penalización del peculado doloso cuando el perjuicio patrimonial es mínimo o irrelevante, es disuasivo para la comunidad a fin de no cometer este tipo de delitos?

TABLA N° 3

	Jueces		Fiscales		Abogados	
	F	%	F	%	F	%
Sí	12	60	10	50	6	30
No	8	40	10	50	14	70
TOTAL	20	100	20	100	20	100

Fuente: Encuestas realizadas por el autor



Fuente: Encuestas realizadas por el autor

INTERPRETACIÓN

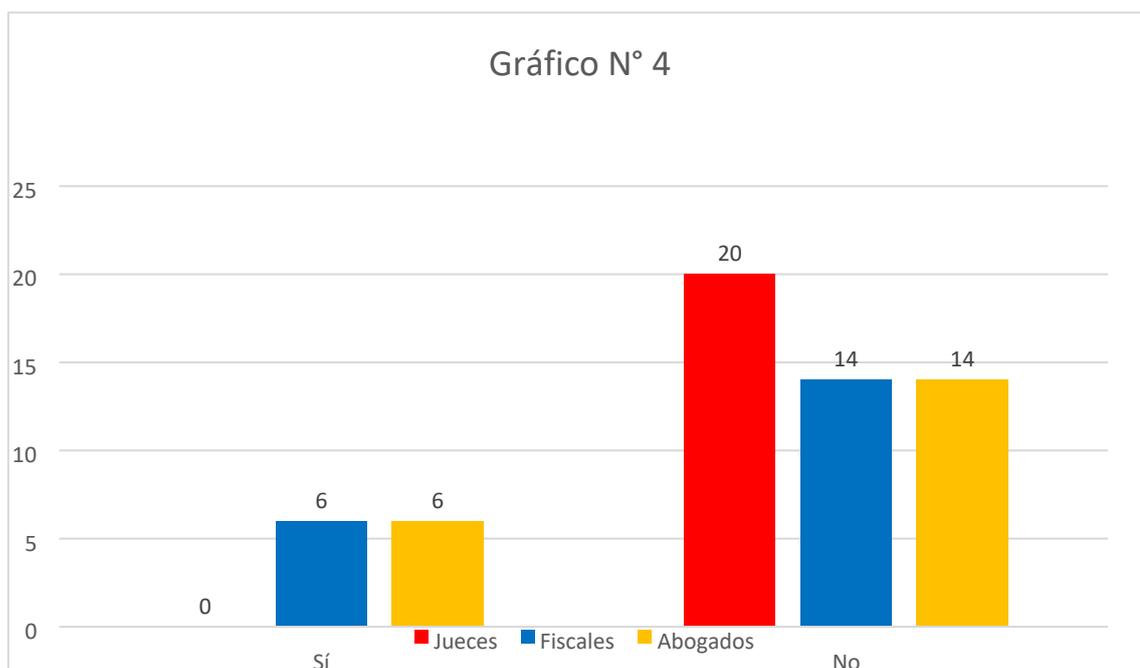
En la tabla y cuadro que precede se puede apreciar que un 60% de jueces, 50% de fiscales y 30% de abogados consideran que la penalización del peculado doloso cuando el perjuicio patrimonial es insignificante disuade a la comunidad para no cometer este tipo de delitos; un 40% de jueces, 50% de fiscales y 70% de abogados consideran que esta penalización no disuade a la comunidad para cometer estos delitos.

4. ¿Cree usted que la penalización del peculado doloso cuando el perjuicio patrimonial es mínimo o irrelevante es una política criminal adecuada para prevenir y combatir el delito de peculado?

TABLA N° 4

	Jueces		Fiscales		Abogados	
	F	%	F	%	F	%
Sí	0	0	6	30	6	30
No	20	100	14	70	14	70
TOTAL	20	100	20	100	20	100

Fuente: Encuestas realizadas por el autor



Fuente: Encuestas realizadas por el autor

INTERPRETACION

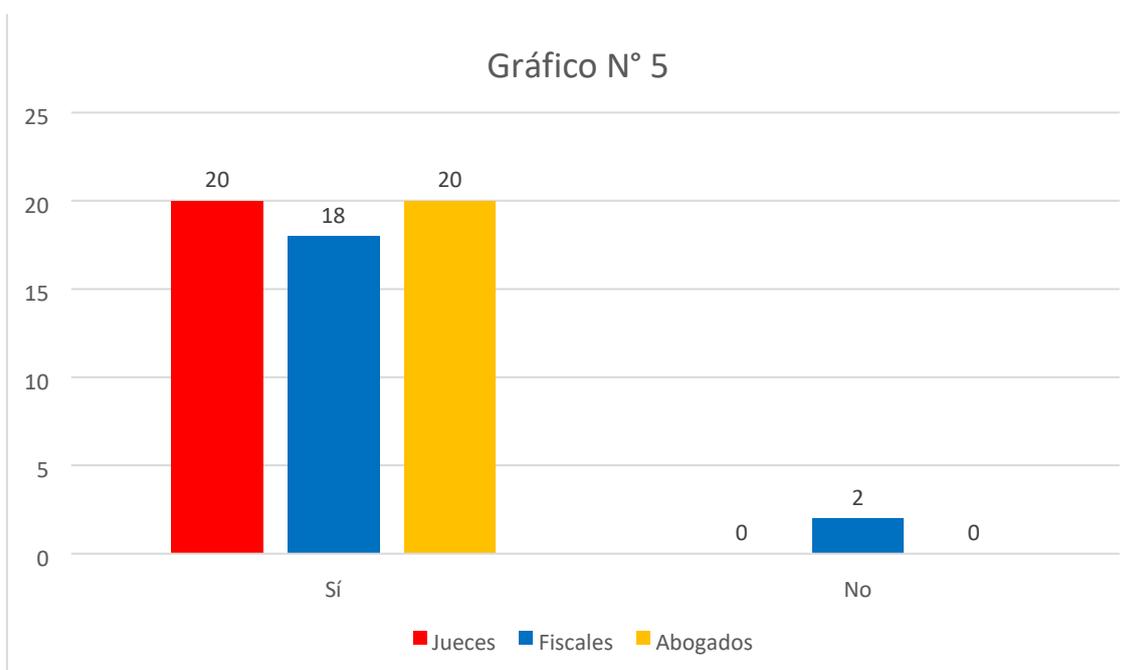
En el gráfico que precede observamos que un 30% de fiscales y 30% de abogados consideran que la penalización del peculado doloso mínimo o irrelevante sí es una adecuada política criminal del Estado para prevenir y combatir el delito de peculado, mientras que un 100% de jueces, 70% de fiscales y 70% de abogados consideran que la penalización del peculado doloso insignificante no es una adecuada política criminal para prevenir y combatir el delito de peculado

5.- ¿Cree usted que el Estado debería adoptar otras formas de control social a los fines de prevenir y combatir el peculado de montos mínimos o irrelevantes?

TABLA N° 5

	Jueces		Fiscales		Abogados	
	F	%	F	%	F	%
Sí	20	100	18	90	20	100
No	0	0	2	10	0	0
TOTAL	20	100	20	100	20	100

Fuente: Encuestas realizadas por el autor



Fuente: Encuestas realizadas por el autor

INTERPRETACIÓN

La tabla y gráfico anterior nos demuestra que un 100% de jueces, 90% de fiscales y 100 de abogados opinan que el Estado debe adoptar otras formas de control social a los

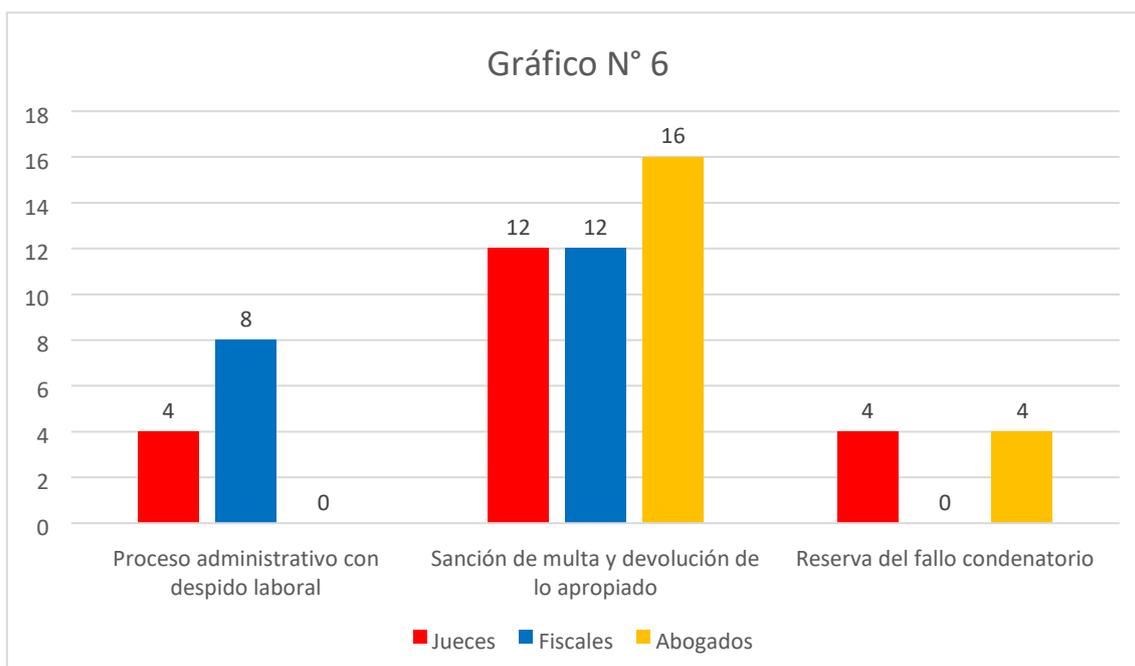
finés de prevenir y combatir el peculado doloso cuyo perjuicio patrimonial irrogado al Estado es mínimo o insignificante. Sólo un 10% de fiscales considera lo contrario

6. ¿Qué otras formas de control social deberían adoptar el Estado para combatir el peculado doloso cuando el perjuicio patrimonial es mínimo o irrelevante?

TABLA N° 6

	Jueces		Fiscales		Abogados	
	F	%	F	%	F	%
Proceso administrativo con despido laboral	4	20	8	40	0	0
Sanción de multa y devolución de lo apropiado	12	60	12	60	16	80
Reserva del fallo condenatorio	4	20	0	0	4	20
TOTAL	20	100	20	100	20	100

Fuente: Encuestas realizadas por el autor



Fuente: Encuestas realizadas por el autor

INTERPRETACIÓN

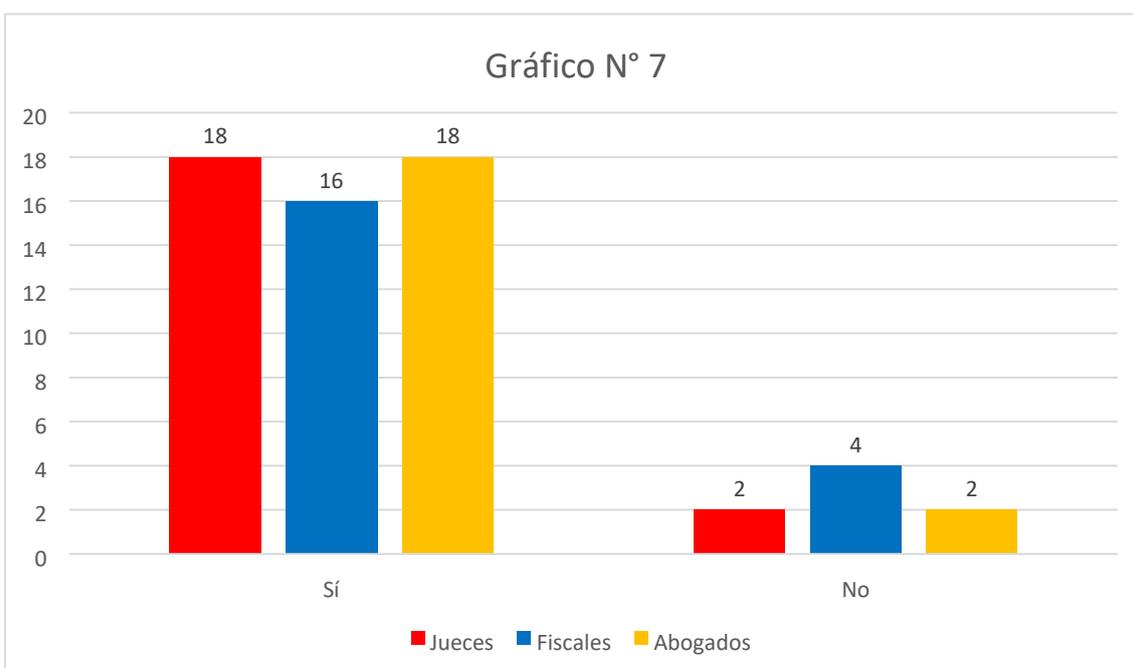
En el cuadro anterior apreciamos que un 20% de jueces y 40% de fiscales, consideran que un proceso administrativo sancionador con despido laboral debería ser otra de las formas de control social que el Estado debe asumir para sancionar al agente, servidor público, que se apropia de cantidades insignificantes del erario nacional, un 60% de jueces, 60% de fiscales y 80% de abogados considera que un sanción de multa con devolución de lo apropiado es un castigo adecuado, finalmente un 20% de jueces y 20% de abogados considera que una reserva del fallo condenatorio sería suficiente para sancionar este ilícito penal.

7.- En su opinión ¿Cree usted que la represión del peculado debería considerar un quantum mínimo para despenalizar las conductas de mínima afectación patrimonial?

TABLA N° 7

	Jueces		Fiscales		Abogados	
	F	%	F	%	F	%
Sí	18	90	16	80	18	90
No	2	10	4	20	2	10
TOTAL	20	100	20	100	20	100

Fuente: Encuestas realizadas por el autor



Fuente: Encuestas realizadas por el autor

INTERPRETACIÓN

El resultado que arroja el cuadro precedente también revela que los encuestados en su gran mayoría manifestaron que el peculado debería considerar un monto o quantum mínimo para su represión penal. En efecto, un 90% de jueces, 80% de fiscales y 90% de abogados considera que el tipo penal de peculado debe contener como elemento objetivo

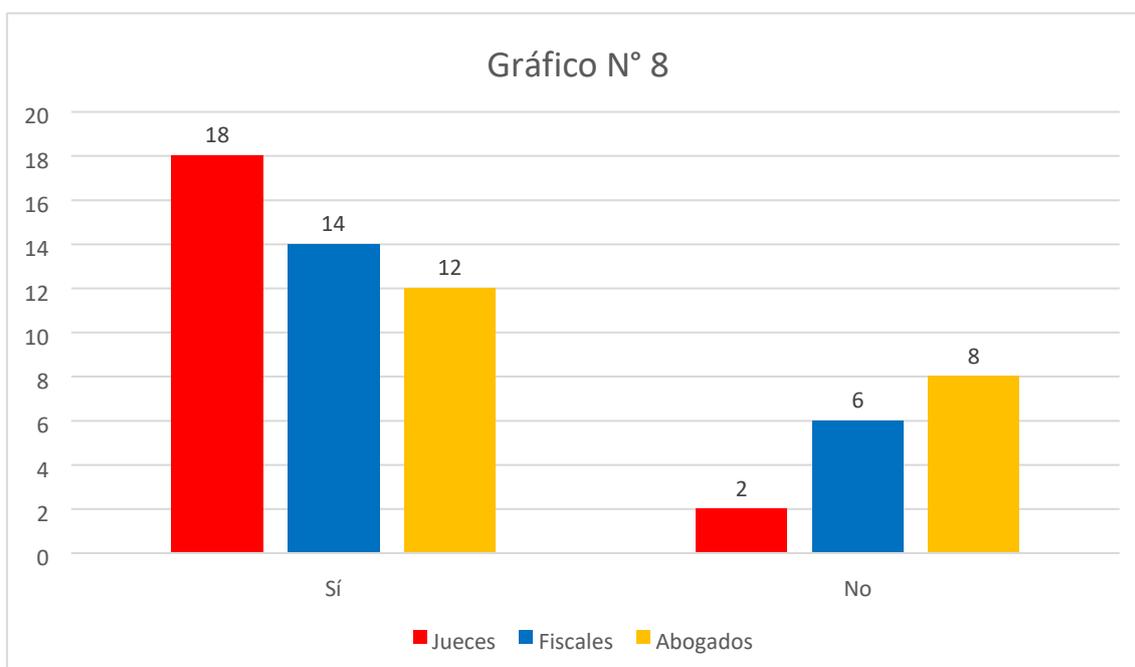
un monto mínimo para su represión, mientras que un 10% de jueces, 20% de fiscales y 10% de abogados consideran lo contrario.

8.- ¿Considera usted que al sancionarse penalmente al agente que comete el delito de peculado doloso cuando el perjuicio al patrimonio del Estado es mínimo o irrelevante, se vulnera los principios de última ratio y mínima intervención penal?

TABLA N° 8

	Jueces		Fiscales		Abogados	
	F	%	F	%	F	%
Sí	18	90	14	70	12	60
No	2	10	6	30	8	40
TOTAL	20	100	20	100	20	100

Fuente: Encuestas realizadas por el autor



Fuente: Encuestas realizadas por el autor

INTERPRETACIÓN

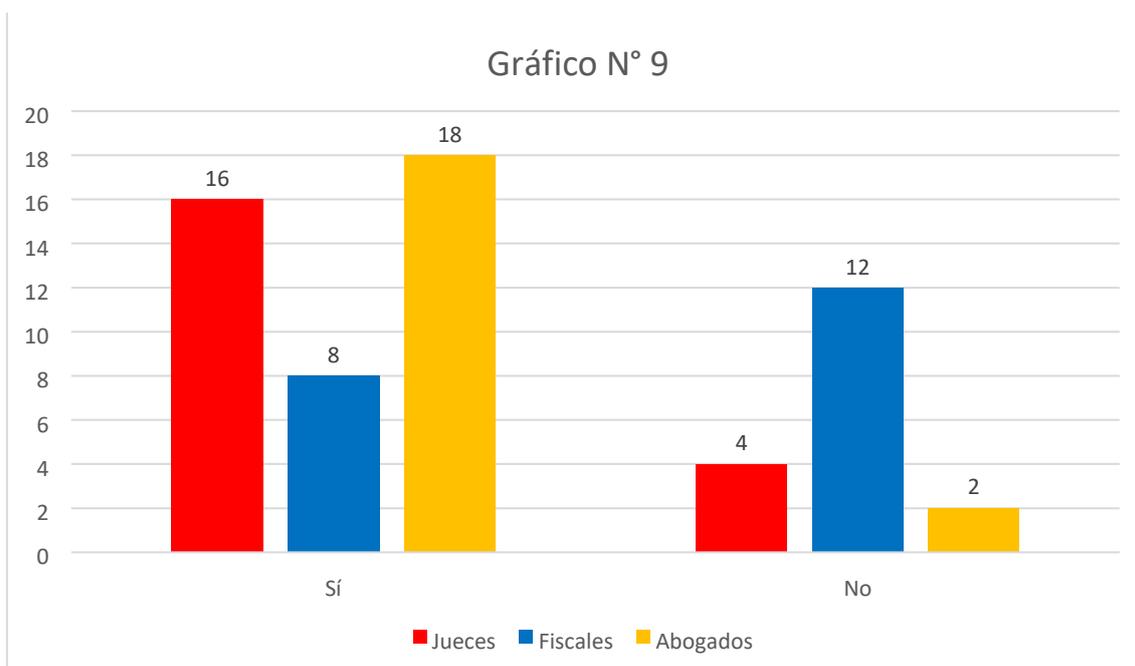
La tabla y gráfico anterior revelan que un 90% de jueces, 70% de fiscales y 60% de abogados consideran que al penalizarse el delito de peculado cuando el perjuicio ocasionado al Estado es insignificante, se vulneran los principios de última ratio y mínima intervención que informan el Derecho Penal, mientras un porcentaje menor de 10% de jueces, 30% de fiscales y 40% de abogados manifiestan lo contrario.

9. ¿Considera usted que al sancionarse administrativa y penalmente al agente que comete el delito de peculado doloso cuando el perjuicio al patrimonio del Estado es mínimo o irrelevante, se vulnera el principio de non bis in ídem?

TABLA N° 9

	Jueces		Fiscales		Abogados	
	F	%	F	%	F	%
Sí	16	80	8	40	18	90
No	4	20	12	60	2	10
TOTAL	20	100	20	100	20	100

Fuente: Encuestas realizadas por el autor



Fuente: Encuestas realizadas por el autor

INTERPRETACIÓN

En este último cuadro se ve que los encuestados en gran parte consideran que al sancionarse penal y administrativamente al agente que comete el delito de peculado cuando el perjuicio patrimonial ocasionado al Estado es insignificante, se lesiona el principio del *nem bis ídem*. En efecto, un 80% de jueces, 40% de fiscales y 90% de abogados, manifiestan que sí se vulnera, mientras que un 20% de jueces, 60% de fiscales y sólo 10% de abogados consideran que no se vulnera.

CAPÍTULO VI

DISCUSIÓN E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

Conforme hemos advertido en el estudio de la parte teórica del tema materia de investigación, el delito de peculado doloso es un ilícito que genera un fuerte reproche social desde que el agente, servidor público, a quien se confía el tesoro público, defrauda a la sociedad al apropiarse del dinero confiado, aprovechando su condición y estatus de tenedor y administrador de la cosa pública. En este delito especial, existe singular reproche social y por tanto intensidad de la respuesta penal, a causa que este delito es además, uno de infracción del deber. De esta manera se explica el endurecimiento de la respuesta punitiva del Estado, por ejemplo, cuando el 28 de febrero del año 2015 mediante la ley número 30304 se modificó el artículo 57 del Código Penal estableciendo que la suspensión de la ejecución de la pena es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenados por los delitos de colusión y peculado. Esta modificatoria fue ampliada posteriormente mediante Decreto Legislativo 1351 del 07 de enero del 2017 a otros delitos contra la administración pública. Entonces, en casos de peculado, entre otros, la pena que debe imponer el juzgador tendrá que ser siempre pena privativa de libertad efectiva por disposición de la ley.

Sin embargo, el estudio realizado nos proporciona también una visión actual del delito de peculado doloso cuando el perjuicio patrimonial irrogado al Estado es mínimo o insignificante. Tanto la doctrina como la jurisprudencia se inclinan por despenalizar este ilícito porque su represión penal no es congruente con un Derecho Penal que proclama, principalmente, el principio de lesividad como uno de sus factores necesarios para sancionar la conducta reprochable. Un gran sector de la doctrina se decanta por eliminar del campo penal la apropiación de dinero o bienes cuando el perjuicio irrogado al Estado es mínimo o insignificante. En el artículo, reproducido parcialmente, del profesor y magistrado Ramiro Salinas Siccha, se puede apreciar una tendencia importante del sector que se inclina por proscribir la represión penal cuando el perjuicio patrimonial irrogado al Estado no tiene la entidad necesaria ni suficiente para merecer una sanción penal contra el agente que incurre en este tipo de conductas.

También la jurisprudencia tiene una importante tendencia en este sentido, esto es, de despenalizar la conducta tipificada como peculado cuando el perjuicio patrimonial

ocasionado al Estado es mínimo o irrelevante. Así, hemos transcrito varias resoluciones en las que el más alto Tribunal de la República, y también algunas Salas Superiores, han absuelto a los acusados cuando se demostró que la conducta imputada solo ocasionó un perjuicio mínimo o

insignificante. Esta postura o interpretación de la jurisprudencia, no recoge necesariamente una interpretación literal o gramatical del tipo penal de peculado previsto y sancionado en el artículo 387 del Código Penal. En todo caso, observamos que los jueces, en un ejercicio hermenéutico integral del ordenamiento jurídico, se han decantado por asumir una interpretación constitucional respetando los principios que informan el Derecho Penal en un Estado Constitucional; la lesividad, la última ratio o mínima intervención, o lo que también la doctrina denomina los principios de subsidiariedad o fragmentariedad del Derecho Penal.

Ahora bien, lo mismo ocurre en las encuestas realizadas a profesionales vinculados directamente con el quehacer judicial penal. Jueces, fiscales y abogados defensores en el campo penal, han expresado su opinión en torno a nuestro tema de investigación. Sostienen mayoritariamente, como hemos podido advertir, que la represión penal de la apropiación de fondos públicos o bienes del Estado cuando éstos no tienen la entidad necesaria o suficiente para menoscabar sustancialmente el patrimonio del Estado, deben ser sancionados por los otros medios de control social, llámese administrativo sancionador, que puede importar la imposición de multas, despidos del centro de trabajo, sin perjuicio de la devolución del monto apropiado. A esto se puede agregar además, conforme a los resultados que arroja la investigación, la inhabilitación del agente para que pueda volver a trabajar para el Estado.

Estas medidas que corresponderían aplicarse en otras vías extrapenales, contribuirían, sin duda, al fortalecimiento de otras instituciones del derecho sancionador, que no necesariamente estigmatizan al agente infractor, sino que brindan nuevas oportunidades de reorientación de su conducta y por ende su resocialización sin el estigma del Derecho Penal.

CONCLUSIONES

PRIMERA: El estudio realizado, recogiendo la doctrina jurisprudencial consignada y los resultados de las encuestas practicadas a los profesionales vinculados con la impartición de justicia en el ramo penal, arrojan de manera clara que la represión penal del peculado cuando el perjuicio patrimonial irrogado al Estado es mínimo o insignificante lesiona los principios de lesividad, ultima ratio o mínima intervención que informan el Derecho Penal.

SEGUNDA: La represión penal de la apropiación de fondos públicos o bienes del Estado que no tienen la entidad o relevancia necesaria para causar perjuicio al patrimonio estatal, no es una política criminal adecuada para disuadir a los servidores públicos a fin de que no cometan este tipo de delitos. El estudio, contrariamente, arroja que, en su mayoría, los encuestados se inclinan por que el Estado asuma otras políticas públicas de control social que redundarán mejor en los fines de prevención.

TERCERA: La investigación y juzgamiento en la vía penal de los casos en que el monto o bienes públicos apropiados por el agente son mínimos o insignificantes, generan una carga procesal innecesaria al aparato estatal, cuyo esfuerzo y trabajo deberían estar destinados a los casos más importantes que realmente requieran toda la atención del Poder Judicial, máxime cuando los casos de corrupción que en la actual coyuntura, lamentablemente, campean en el país, se dan en grandes proporciones. Estas conductas sí requieren de una copiosa actividad probatoria a causa, no solo de la documentación y prueba oral que se debe actuar, sino también por la pluralidad de agentes, involucrados muchas veces en una organización criminal.

CUARTA: Teniendo en cuenta que el infractor del artículo 387 del Código Penal, es sometido primero a un proceso administrativo sancionador y luego paralelamente sometido al proceso penal, el estudio realizado (que comprende el análisis de resoluciones judiciales y la encuesta a los operadores de justicia) revela que al aplicarse doble sanción al agente responsable del delito de peculado en casos que el perjuicio patrimonial irrogado al Estado sea mínimo, se vulnera, sin duda, el principio de *ne bis in ídem*, lo que resulta también en el fondo una desproporción en la sanción.

RECOMENDACIONES

PRIMERA: La primera recomendación que se puede hacer, recogiendo la opinión de los encuestados, es que el artículo 387 referido al peculado debe modificarse y debe establecer, como elemento objetivo del tipo, un quantum determinado a fin de que la conducta de los funcionarios que esté incurso en la apropiación mínimo o insignificante del patrimonio del Estado, no sea reprimible penalmente, sino que su sanción se dilucide en otra vía extrapenal, llámese administrativa o civil.

SEGUNDA: Sin embargo, mientras no se modifique la norma, debe impulsarse por parte de los Jueces Supremos la realización de un Acuerdo Plenario que contemple el peculado de mínima o insignificante afectación al patrimonio del Estado a fin de que se fijen lineamientos como doctrina legal vinculante para que los jueces de inferior categoría tengan en cuenta al momento de sentenciar los principios de lesividad, última ratio o mínima intervención penal, que informan el proceso penal.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- CABANELLAS, Guillermo (2003). *“Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”*. T VI. Editorial Heliasta 26 Edición. Argentina.
- CARO CORIA Carlos. (2016). Recuperado de Legis pe. <http://legis.pe/carlos-caro->
- CARO CORIA & NAKASAKI SERVIGON. (2016). *“El principio de insignificancia en el caso del congresista carlos Bruce”*.
- CARO, John. (2017). *“Summa penal:penal-procesal penal-punitenciario”*. Lima. nomos & thesis”.
- CHANJAN DOCUMET (2014) *“La administración desleal del patrimonio público como modalidad delictiva especial del delito de peculado doloso”*. Recuperado de internet: <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/5647>.
- HUAMAN CASTELLARES, D. (2016). Recuperado de Legis pe.
- HUARCAYA RAMOS, B. (2017). *“El principio de lesividad y minima intervencion en un estado constitucional de derecho”*. Lima. Instituto Pacifico.
- HUGO VIZCARDI, S. (2016). *“El delito de peculado”*. Lima. Gaceta Juridica S.A.
- NOLASCO VALENZUELA, J., & AYALA MIRANDA, E. (2013). *“Delitos contra la administracion publica”*. Lima. Ara Editores E.I.R.L.
- NUÑEZ CHASQUERO, J. (2016). *“El principio de minima intervencion penal en el marco de la excepcion de improcedencia de accion”*. Lima. Instituto Pacifico.
- PARIONA Raúl (2011). *“El delito de peculado como delito de infraccion del deber”*. Lima. Recuperado de www.derecho.usmp.edu.pe/.
- REATEGUI, James (2016). *“Tratado de derecho penal-parte especial” volumen 3*. Lima. Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L.
- REYNA, Luis. (2009). *“Delitos contra la Administracion Publica”*. Lima Jurista Editores E.I.R.L.
- RODRIGUEZ., TORRES, NAVAS & NOVOA (2014). *“Compendio Jurisprudencial Sistematizada:Prevenion de la Corrupcion y Justicia Penal”*. Lima. Grafica del Vic S.R.L.
- ROJAS, Fidel (2014). *“La imputacion del delito y de la pena en los delitos contra la administracion publica cometidos por funcionarios publicos”*. Lima. Ediciones Juridicas del Centro.

- ROJAS, Fidel (2016). “*Código Penal-parte general: Comentarios y Jurisprudencia*”. Tomo I. Lima. Iran rz Busines Company S.A.C.
- SALINAS, Ramiro. (s.f.) Página web del Minjus
- SALINAS, Ramiro (2012). “*La estructura típica del delito de peculado según la ley no 29758*”. Lima. Gaceta Jurídica S.A.
- SALINAS, Ramiro (2014). “*Delitos contra la administración pública_la teoría de infracción de deber en la jurisprudencia peruana*”. Lima. Grijley.
- SALINAS, Ramiro (2016). “*Delitos contra la administración pública*”. Lima. Iustitia 4ta edición.
- SALINAS, Ramiro (2016). “*Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*”. Lima. Gaceta Juridica S.A.
- SALINAS, Ramiro (s.f). “*El delito de peculado en la legislación, jurisprudencia y doctrina peruana*”. Lima. Recuperado de <https://www.minjus.gob.pe>
- SANTOS PINEDA, J. (2016). *Delito de peculado de uso por servidores y funcionarios del gobierno regional y municipalidad provincial de Huanuco*. Recuperado de repositorio.udh.edu.pe/

PREGUNTAS PARA LA ENCUESTA

Señor (a):

La presente encuesta está enmarcada dentro de un trabajo de investigación para elaborar una tesis titulada:” **EL DELITO DE PECULADO DOLOSO CUANDO EL PERJUICIO PATRIMONIAL ES MINIMO O IRRELEVANTE Y LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES LEGITIMADORES DEL DERECHO PENAL: ULTIMA RATIO, INTERVENCION MINIMA Y LESIVIDAD,**” con el propósito de obtener el grado académico de Magister. Le suplicamos su colaboración, dado que las respuestas serán de mucha utilidad para los fines de la investigación. La encuesta es anónima. Muchas gracias.

1.- Cuáles son las consecuencias que genera en el procesado la penalización del peculado doloso cuando el perjuicio patrimonial irrogado al Estado es mínimo o irrelevante?

- a.- Pierde el trabajo en el que venía desempeñándose
- b.- Se le estigmatiza por los antecedentes que genera la pena
- c.- Pierde la oportunidad de volver a trabajar para el Estado

2.- Cuáles son las consecuencias que genera para el Estado la penalización del peculado doloso cuando el perjuicio patrimonial irrogado es mínimo o irrelevante?

- a.- Le genera carga procesal innecesaria
- b.- Le genera uso de recursos humanos y materiales infructuosos

3.- Cree usted que la penalización del peculado doloso cuando el perjuicio patrimonial es mínimo o irrelevante, es disuasivo a la comunidad para no cometer este tipo de delitos?

- a.- Sí
- b.- No

c.- A veces

4.- Cree usted que la penalización del delito de peculado doloso cuando el perjuicio patrimonial es mínimo o irrelevante es una política criminal adecuada para combatir el delito de peculado?

a.- Sí

b.- No

5.- Cree usted que el Estado debería adoptar otras formas de control social a los fines de combatir los peculados de montos mínimos o irrelevantes? a.- Sí

b.- No

6.- Qué otras formas de control social deberían adoptar el Estado para combatir el peculado doloso cuando el perjuicio patrimonial es mínimo o irrelevante?

a.- Proceso administrativo con despido laboral

b.- Sanción de multa y devolución de lo apropiado

c.- Reserva del fallo condenatorio

7.- ¿En su opinión, cree usted que la represión del peculado debería considerar un quantum mínimo para despenalizar las conductas de mínima afectación patrimonial?

a.- Sí

b.- No

8.- ¿Considera usted que al sancionarse penalmente al agente que comete el delito de peculado doloso cuando el perjuicio al patrimonio del Estado es mínimo o irrelevante, se vulnera los principios de última ratio y mínima intervención penal?

a.- Sí

b.- No

9.- ¿Considera usted que al sancionarse administrativa y penalmente al agente que comete el delito de peculado doloso cuando el perjuicio al patrimonio del Estado es mínimo o irrelevante, se vulnera el principio de non bis in ídem?

a.- Sí

b.- No