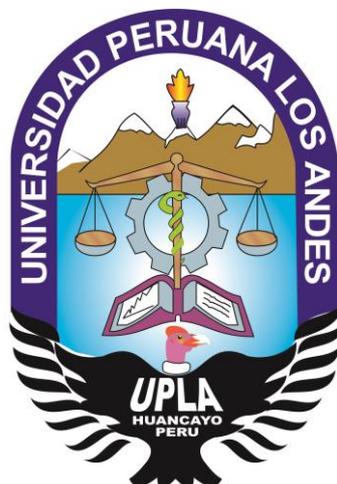


UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Escuela Profesional de Derecho



TESIS

TITULO : NECESIDAD DE FIJAR UN CUANTUM MINIMO EN LOS DELITOS DE PECULADO PARA SU CONFIGURACION PENAL, EN RELACION AL PRINCIPIO DE LESIVIDAD

PARA OPTAR : EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTOR : ORTIZ GASPAR, JOSÉ CARLOS

ASESOR : DR. JOSÉ GUZMA TASAYCO

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN : DERECHO PENAL Y DERECHO PROCESAL PENAL

FECHA DE INICIO Y CULMINACIÓN : ENERO 2018 A SETIEMBRE 2019

HUANCAYO – PERU

2019

Jurado 1

Jurado 2

Jurado 3

(Asesor)

Dedicatoria

La realización de esta tesis se lo dedico con gran aprecio y amor a mi esposa Gladys y a mi hijo Kevin Alfredo, quienes son mi motivación para seguir perseverando.

Agradecimiento

Este proyecto es el resultado del esfuerzo de trabajo. Por esto agradezco a Dios por todas sus bondades y permisiones entre tanto nos encontremos en esta tierra, asimismo a la Universidad Peruana Los Andes y a sus docentes por haberme brindado la oportunidad de superación profesional por el aprendizaje brindado día tras día durante la etapa de formación universitaria y pre-profesional que ha servido de mucho para llegar a este derrotero.

RESUMEN

En el presente trabajo de investigación hemos querido proponer la modificatoria del primer párrafo del artículo 387 del Código Penal, esto fue a partir de cuatro sentencias de la Corte Suprema de la República, por ello nos propusimos como problema general ¿Cuál es la necesidad de fijar o establecer un monto mínimo para la configuración del delito de peculado, regulado en el primer párrafo del artículo 387 del Código penal, para que responda al principio de lesividad?, y como objetivo general “Determinar la necesidad de fijar o establece un monto mínimo para la configuración del delito de peculado, regulado en el primer párrafo del artículo 387 del Código penal, para que responda al principio de lesividad”; y, luego a partir de ello, se investigó hasta arribar a las conclusiones y recomendaciones que proponemos.

Asimismo, una vez sustentada en el Marco Teórico, así como con el tratamiento estadístico, hemos llevado a la convicción, de proponer una modificatoria legislativa al primer párrafo del artículo 387 del Código Penal, con la incorporación como quantum, que a partir del cual se configure el delito de peculado, y proponemos que sea el equiparable a Una Impositiva Tributaria para los delitos dolosos y el equivalente al cincuenta por ciento de la Unidad Impositiva Tributaria para los delitos de peculado culposos.

Palabra clave: delito, peculado, quantum.

ABSTRAC

In the present research work, we have proposed the modification of article 387 of the Penal Code, this is a four-part decision of the Supreme Court of the Republic, so we did not propose as a general problem or establish a minimum amount for the infraction of the article 387 of the Criminal Code, so that it responds to the principle of lesividad?, and as a general objective "Determine the need to establish or establish a minimum amount for the law of the crime of embezzlement, regulated in the first paragraph of article 387 of the Penal Code, for those who respond to the principle of lesividad "; and, then, from that, it will be investigated until we reach the concussions and recommendations that we propose.

Likewise, once supported by the Theoretical Framework, as well as the statistical treatment, we have led to the Conviction, to propose a legislative amendment to the first paragraph of Article 387 of the Criminal Code, with the incorporation of Como Quantum, that from which whether the offense of embezzlement is set up, and we propose that the equivalent of a taxable tax be a paragraph the intentional crimes and the equivalent to fifty percent of the taxation unit for the offenses of wrongful embezzlement.

Keyword: crime, embezzlement, quantum.

INDICE

CARATULA	I
DEDICATORIA	II
AGRADECIMIENTO	III
RESUMEN	IV
ABSTRAC	V
INDICE	VI
INTRODUCCIÓN	VII

CAPÍTULO I

1	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	1
1.1	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	1
1.1.1	DESCRIPCION DEL PROBLEMA.....	1
1.1.2	FORMULACIÓN DEL PROBLEMA:	5
1.1.3	JUSTIFICACION DE LA INVESTIGACION:	5
1.1.4	DELIMITACION DEL PROBLEMA:	9
1.2	OBJETIVOS:.....	15
1.2.1	Objetivo General:.....	15
1.2.2	Objetivos Específicos:	15
1.3	HIPÓTESIS Y VARIABLES DE LA INVESTIGACIÓN	15
1.3.1	HIPÓTESIS:	15
1.3.2	VARIABLES:	16
2	MARCO TEÓRICO	19
2.1	Antecedentes de la investigación:.....	19
2.1.1	Investigaciones jurídicas:	19

2.1.2	ANTECEDENTES NORMATIVOS INTERNACIONALES:.....	26
2.1.3	ANTECEDENTES NACIONALES:	33
2.2	MARCO HISTORICO:.....	46
2.2.1	EL CÓDIGO EN MATERIA PENAL DE 1863.	46
2.2.2	EL CÓDIGO PENAL DE 1924.	47
2.2.3	EL CÓDIGO PENAL DE 1991.	48
2.2.4	LEY 26360.....	50
2.2.5	PROYECTO DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL 201651	
2.2.6	NUEVAS ORIENTACIONES DE LA CORTE SUPREMA.....	52
2.2.7	EFFECTOS DE LA PRESCRIPCIÓN	67
2.3	BASES TEORICAS DE LA INVESTIGACIÓN:	67
2.3.1	TEORÍAS DE LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN	67
2.3.2	Principios Fundamentadoras al Tema	76
2.3.3	¿es relevante la cuantía del perjuicio patrimonial?.....	96
2.3.4	Funciones de la política criminal.....	98
2.3.5	Límites del ius puniendi del estado.....	107
2.3.6	Necesidad de fijar un quantum mínimo para el delito de peculado simple	111
2.4	Marco conceptual:.....	112
2.4.1	imputado.....	112
2.4.2	investigado	112
2.4.3	agraviado.....	113
2.4.4	Actor civil	113
2.4.5	Fiscal	113
2.4.6	policía	113
2.4.7	juez.....	114

2.4.8	Acusación.....	114
2.4.9	condena.....	114
2.4.10	Peculado simple.....	115
2.4.11	delito	115
2.4.12	La pena	115
2.4.13	Pena justa	116
2.4.14	Excepción de improcedencia de acción.	116
2.4.15	Funcionario público	117
2.4.16	Servidor público.	118
2.4.17	Administración pública.	118
2.4.18	Inhabilitación.	118
2.5	Marco formal o legal:.....	119
2.5.1	Constitución política del estado.....	119
2.5.2	Código procesal penal del 2004.	119
2.5.3	Declaración universal de los derechos humanos.	119
2.5.4	Convención americana sobre derechos humanos.....	120
2.5.5	Convención internacional de lucha contra la corrupción.	120
2.5.6	Sentencias de la Corte suprema.	120
3	METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	122
3.1	METODO LA INVESTIGACION:.....	122
3.1.1	El método general.	122
3.1.2	Métodos específicos.....	122
3.1.3	Métodos particulares.	122
3.2	TIPO Y NIVELES DE INVESTIGACION:	123
3.2.1	Tipos de Investigación:.....	123
3.2.2	NIVEL DE INVESTIGACIÓN:	123

3.3	DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN:.....	123
3.4	POBLACIÓN Y MUESTRA:	124
3.4.1	Población:.....	124
3.4.2	Muestra:	124
3.5	TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN:.....	126
3.5.1	Técnicas e instrumentos de recolección de datos:.....	126
3.5.2	Estrategias de recolección de datos:.....	126
3.5.3	Técnicas de procesamiento y análisis de datos:	127
4	RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN	128
4.1	PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS	128
4.2	CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS.....	128
4.3	DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....	129
4.3.1	Si el Objetivo General es:.....	130
4.3.2	Para el Objetivo específico 1: OE1:.....	133
4.3.3	Para el Objetivo Específico 2: OE2, se tiene:	137

INTRODUCCIÓN

En el desarrollo de la investigación nos hemos propuesto como problema general ¿Cuál es la necesidad de fijar o establecer un monto mínimo para la configuración del delito de peculado, regulado en el primer párrafo del artículo 387 del Código penal, para que responda al principio de lesividad?, y como objetivo general “Determinar la necesidad de fijar o establece un monto mínimo para la configuración del delito de peculado, regulado en el primer párrafo del artículo 387 del Código penal, para que responda al principio de lesividad”, esto luego de plantear el problema en el Capítulo I.

Para luego en el Capítulo II, tratamos el Marco Teórico, abordando temas e investigaciones sobre el tema tratado; así como se analizó las sentencias de la Corte Suprema que se adjuntarán como anexos; mientras que en el Capítulo III, se abordaron los aspectos metodológicos; en el Capítulo IV se interpretó los resultados de las encuestas aplicadas, así como se sustentó nuestra postura.

De ese modo, llegamos al epílogo del trabajo, por lo que sustentamos nuestras conclusiones, luego proponemos nuestras recomendaciones y concluimos adjuntando un proyecto de ley, para la modificatoria del primer párrafo del artículo 387 del Código Penal; esto, en coherencia a la postura asumida por la Corte Suprema, así como a las respuestas objetivas en la aplicación de las encuestas a los señores Abogados del Colegio de Abogados de Junín.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1.1 DESCRIPCION DEL PROBLEMA

Conforme a la redacción del artículo 387 del Código Penal¹, modificada por el artículo 1° de la Ley 26643², en cuya parte final se añadió otras condiciones más, mediante Decreto Legislativo No 1243³; lo que interesa a la presente investigación es solo el primer párrafo del artículo citado; cuyo texto es: *“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 su cargo, será reprimido con pena privativa de la libertad no*

¹ En cuyo texto original y las modificatorias, contiene la misma redacción, esto es en referencia al primer párrafo del artículo 387 del Código penal: "El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón su cargo, (...)"

² Publicada el 26 de junio de 1996,

³ Decreto Legislativo No 1243 del 22 de octubre de 2016, incorporó la pena de días multa en el delito de peculado.

menor de cuatro ni mayor de ocho años (...)”; es decir, el valor mínimo del caudal o efecto, no se encuentra establecida o regulada, por lo que bien puede ser una hoja de papel membretado por ejemplo; o el cogerse un solo o sus fracciones; veinte soles, cien soles, es decir no interesa ningún monto mínimo; por lo que es suficiente que ese funcionario o servidor público, tenga la vinculación con los bienes (caudales o efectos) públicos de administración, percepción o custodia.

Sobre este particular, la Corte Suprema de la República, ha tenido la ocasión de pronunciarse hasta en cuatro ocasiones; sentencias que luego se analizarán en el Marco Teórico; pese a que con unos pocos años antes, mediante Acuerdos Plenarios, la misma Corte Suprema, estableció muchos criterios, pero nunca avizó sobre la necesidad de fijar un mínimo, para la configuración del delito de peculado.

Es más, sabiendo que todo funcionario o servidor público, tiene triple responsabilidad, la administrativa, la civil y la penal, al parecer, no resultaba siendo necesario, fijar un quantum mínimo para la configuración de este delito, pese a que en el Título Preliminar del mismo Código penal, se hace referencia al principio de lesividad⁴; mientras que, mediante el Acuerdo Plenario No 1-2007⁵, solo se estableció que el *“procedimiento administrativo sancionador, busca garantizar solo el funcionamiento correcto de la administración pública, las sanciones*

⁴ Artículo IV del Título Preliminar del Código penal “Principio de lesividad: La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”

⁵ Del dieciséis de noviembre de 2007

*disciplinarios 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”*⁶; entonces, hasta el año 2007, no tenía ninguna trascendencia que un funcionario o servidor público se apoderara de ínfimas cantidades de dinero, o bienes como unas hojas de papel bond⁷, como la ocurrida en la Corte Superior de Justicia de Junín en el siguiente caso: *“En el año 2014, un trabajador del Poder Judicial-sede Huancayo, fue intervenido por el Jefe del ODECMA-Junín, por un fiscal anticorrupción y varios policías, toda vez que imprimió 15 hojas de un trabajo particular en la impresora del Estado; el Fiscal Provincial, Dr. Rodrigo Mera Palomino, archivó el caso, con mucho criterio a partir del principio de lesividad; sin embargo, frente a una queja o elevación, el Fiscal Superior declaró fundada dicha queja, si en la actualidad avizoramos este panorama, deberíamos sostener que no tendría trascendencia para el Derecho penal, ya que por 15 hojas de papel bond, cuyo valor no superaría a la suma de un sol con cincuenta céntimos, no se puede movilizar a un magistrado titular, Jefe de ODECMA, a un Fiscal Provincial Titular, a cuatro policías, que sumados*

⁶ En este Acuerdo Plenario, la Corte Suprema ha reforzado que el procedimiento administrativo sancionador, es solo un mecanismo que busca el normal funcionamiento de las instituciones, para que el servidor o funcionario público, deba comportarse conforme a los reglamentos.

⁷ En el año 2014, un trabajador del Poder Judicial-sede Huancayo, fue intervenido por el Jefe del ODECMA-Junín, por un fiscal anticorrupción y varios policías, toda vez que imprimió 15 hojas de un trabajo particular en la impresora del Estado; el Fiscal Provincial, Dr. Rodrigo Mera Palomino, archivó el caso, con mucho criterio a partir del principio de lesividad; sin embargo, frente a una queja o elevación, el Fiscal Superior declaró fundada dicha queja.

en sus sueldos estamos seguros que sobrepasaban los treinta mil soles; todo para un operativo por uno sol con cincuenta céntimos; cuando deben existir otros casos que ameritan su atención.

Más adelante, como ya lo precisamos, en cuatro ejecutoria supremas, las diversas Salas de la Corte Suprema han establecido que, en casos de escasa significancia, por su escaso monto, como fueron el uso de tres hojas membretadas por un asesor de la Universidad Nacional de Huancavelica, o del Comisario PNP de la ciudad de Moquegua, que no cumplió con sustentar la suma de quinientos setenta soles; o el caso de la Procuradora Anticorrupción que no sustentó la suma de ciento cincuenta nuevos soles, que correspondía a la caja chica, la Corte Suprema, dejó establecidas, que en dichos casos, por su mínima significancia, debía declararse fundada la excepción de improcedencia de acción, no porque el hecho era atípico, sino porque no eran justiciables penalmente⁸; sin embargo, debemos precisar que en propiedad no es que el hecho haya sido no justiciable penalmente, porque no nos encontramos en los supuestos del artículo 20 del Código penal, sino que en el fondo se trató de hechos que importaban escasas o mínimas afectaciones a bienes del Estado; por lo que, el sustento para declarar fundada la excepción de improcedencia de acción, fue por la residualidad del Derecho penal, como que su intervención debe ser de última ratio.

⁸ Conforme al artículo 6 del Código procesal penal de 2004, las excepciones que pueden deducirse son: a) naturaleza de juicio; b) improcedencia de acción; c) cosa juzgada; d) amnistía; y, e) prescripción.

1.1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA:

1.1.2.1 Problema General:

¿Cuál es la necesidad de fijar o establecer un monto mínimo para la configuración del delito de peculado, regulado en el primer párrafo del artículo 387 del Código penal, para que responda al principio de lesividad?

1.1.2.2 Problemas Específicos:

- a) ¿Cuál debe ser la referencia para fijar ese monto mínimo para el delito de peculado, que responda al principio de lesividad?
- b) ¿Por qué los jueces de la investigación preparatoria no declaran fundada de oficio, la excepción de improcedencia de acción, en los peculados que representen valores mínimos?

1.1.3 JUSTIFICACION DE LA INVESTIGACION:

1.1.3.1 Justificación teórica:

El presente trabajo de investigación que es la fuente de nuestra tesis para optar el Título Profesional de abogado, se justifica, porque desde los nacimientos del primer Código penal de 1863, así como en las que se sucedieron, la de 1924 y la de 1991, no se establecieron montos mínimos para la configuración

del delito de peculado, regulado en el primer párrafo del artículo 387 del Código penal; además, cuando revisamos algunas legislaciones comparadas, como la de España Argentina, Ecuador, Colombia, tampoco se encuentra esa precisión de un monto mínimo; sin embargo, ya en las decisiones de la Corte Suprema lo encontramos, por lo que, al existir un conflicto entre el principio de legalidad material contenida en el primer párrafo del artículo 387 del Código penal, y cuatro ejecutorias supremas, que podemos sustentarlo como doctrina jurisprudencial consolidada, teóricamente, se justifica el presente trabajo.

1.1.3.2 Justificación práctica:

En el quehacer judicial, se están dando ya decisiones en el que, se declararon fundadas las excepciones de improcedencia de acción, pero solo a pedido de parte interesada; de no ocurrir una petición de parte, dicho imputado puede ser objeto de condena; lo que implicaría que, se estaría afectando al principio de igualdad ante la ley; por lo que también se encuentra justificada en la práctica.

1.1.3.3 Justificación social:

Como todo trabajo de investigación jurídica, el tema elegido, encuentra justificación en el plano social, porque tanto el Derecho Penal, como el Derecho Procesal Penal, como parte

del Derecho público, trata sobre problemas de carácter judicial, en el que los protagonistas son las personas, que forman parte de la sociedad y del Estado; que en un Estado de Derecho⁹ y por lo tanto, no pueden existir diferencias de tratamiento judicial en casos similares, así, si un imputado por la apropiación de unas hojas de papel, si no deduce la excepción de improcedencia de acción, será condenado en forma inexorable; mientras que, aquel imputado que se apropia de quinientos soles del Estado, y deduce la excepción indicada, será merecedor de un archivamiento de su causa.

1.1.3.4 Justificación metodológica:

El presente proyecto de investigación lo justificamos metodológicamente del siguiente modo; sabiendo que en todo trabajo de investigación se tienen que hacer uso de determinados métodos:

a) En la especialidad del derecho.

- La exégesis como razonamiento jurídico¹⁰, porque al verificar una inadecuada aplicación de penas, sin uniformizar las decisiones judiciales, además de la falta de iniciativa de la defensa, no pueden afectar a los

⁹ Conforme al artículo 43 de la Constitución Política del Estado: La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana.

¹⁰ Tal lo cual sostienen Lino Aranzamendi y Carlos Ramos Núñez, en las investigaciones jurídicas este método es recurrente.

derechos de un imputado; además, analizaremos cómo evolucionó esta postura en la Corte Suprema y algunas Cortes Superiores, como por ejemplo la ocurrida en la Sala Mixta Descentralizada de Tarma.

- La historiografía, porque se analizarán expedientes judiciales; en el Distrito Judicial de Junín, dos casos; mientras que, a nivel nacional cuatro casos con pronunciamiento de la Corte Suprema.

b) Métodos generales de la investigación:

- El método inductivo. Porque a partir de lo que encontramos en los expedientes judiciales, inductivamente determinaremos de cómo se viene administrando justicia en el todo del Distrito Judicial de Junín y tal vez a nivel nacional, en cuanto a los montos mínimos en los delitos de peculado, previsto en el primer párrafo del artículo 387 del Código penal.
- El método deductivo. Asimismo, llegaremos a deducir de cómo se imponen las penas, en los procesos en los que los interesados no dedujeron la excepción de improcedencia de acción, pena que resultaría siendo injusta, en aplicación del principio de igualdad ante la ley.

- El método del análisis. Analizaremos los expedientes que elegiremos como muestra para comprobar el problema planteado y por consiguiente nuestra hipótesis.
- El método de la síntesis. Nos servirá para tabular nuestros datos y justificar estadísticamente lo que nos hemos propuestos.

c) Otros métodos: El dialéctico, porque en el derecho penal existen cambios constantes, por lo que también los magistrados de la Corte Suprema han cambiado su forma de pensar en cuanto al delito de peculado básico; el estadístico, que nos ayudará a darse sentido a los datos obtenidos de las encuestas, y así poder sustentar nuestras hipótesis formuladas, etc.

1.1.4 DELIMITACION DEL PROBLEMA:

1.1.4.1 Delimitación temporal:

El presente trabajo de investigación tendrá como espacio temporal, a las investigaciones y decisiones judiciales, por el delito de peculado, regulado en el primer párrafo del artículo 387 de Código penal; por lo que abarcaremos desde el año 2013 a diciembre de 2017 (cinco años).

1.1.4.2 Delimitación espacial:

El presente trabajo de investigación se delimita dentro de la rama del derecho y en la especialidad del Derecho penal, con incidencia en el Derecho procesal penal.

1.1.4.3 Delimitación social:

Es una investigación social, porque el tema elegido se encuentra dentro del Derecho penal, pero que inexorablemente se encuentra relacionada al Derecho procesal penal; por cuanto, el Derecho penal en forma solitaria como medio de control social, se vuelve inútil, si no se tiene el camino de cómo realizarse; por ello, frente al Derecho penal, siempre habrá el Derecho procesal penal.

1.1.4.4 Delimitación conceptual:

- ✓ **Proceso penal. Como concepto**, camino para la realización del derecho penal; **como contexto**, solo por medio del proceso penal, se pueden formular cargos contra una persona, con la posibilidad de imponerse una sanción penal, como una expresión del ius puniendi del Estado, entonces, el derecho penal, solo se verá realizado por medio del derecho procesal penal, por ello allí radica su importancia.

- ✓ **Delito. Como concepto**, es un hecho típico, antijurídico y culpable; **como contexto**, solo cuando se ha cometido un hecho punible, una persona puede ser objeto de restricciones o merecedora de sanciones punitivas; en cuanto a las restricciones, puede ser merecedor de medidas de coerción, ya sea personal o real de acuerdo a la naturaleza de la necesidad; mientras, que, en el segundo supuesto, será para imponer una condena.

- ✓ **La pena. Como concepto**, es la sanción que impone el juez unipersonal o colegiado de juzgamiento, solo en las terminaciones anticipadas, el juez de la investigación preparatoria puede imponer una sanción; y será en base a la pena prevista en el Código Penal, observando el principio de legalidad; **como contexto**, es la sanción que impone el juez, no solo conforme a las penas previstas en el Código Penal, sino también aplicando principios como los de proporcionalidad, razonabilidad, humanidad, constitucionalidad; sólo así, se aproximará a una sentencia justa, y será de acuerdo al contexto de cada caso en particular.

- ✓ **Pena justa. Como concepto**, la sanción que se aproxima a la realidad de los hechos, pudiendo ser igual o diferente a la pena legal; **como contexto**, será la pena racional, la pena constitucional, la pena social, la pena proporcional, la pena

humana; la pena que representará lo más real posible a los hechos, así en determinados casos tal no amerite que se dicte una sentencia condenatoria efectiva, sino una sentencia con pena suspensiva e incluso con una reserva del fallo; pero para ello, se exigirá mayor motivación, como una justificación de la decisión justa.

- ✓ **Peculado. Como concepto**, es la apropiación o uso de caudales o efectos, confiados a un funcionario o servidor público, por su relación de administración, custodia o percepción; **como contexto**, un delito cometido por sujetos especiales, por ello es un delito especial propio, sanción que conllevará a la inhabilitación y a los días multa, y en el plano administrativa a la destitución, como consecuencia de una condena por delito doloso o culposo; en el primer caso, se configura por la apropiación o la utilización, mientras que en el segundo caso, es básicamente por imprudencia del sujeto legitimado al cuidado de los bienes del Estado, y otro aprovecha de ese descuido y se apodera del bien, apartándola de la esfera de dominio estatal.

- ✓ **Excepción de improcedencia de acción.** Medio técnico de defensa, que procede en los siguientes supuestos: a) que el hecho sea atípico, es decir que no encuentre respuesta en el derecho penal; y, b) o, pese a ser típico, pero no es justiciable

penalmente, cuando existe alguna excusa absolutoria, como las reguladas en los artículos 208 y 406 del Código penal, por ejemplo. Sin embargo, la Corte Suprema ha dejado establecido que, en los casos de peculados por mínimas cantidades, no deben ser merecedores de penas, sino que debe declararse fundadas la excepción de improcedencia de acción, pero solo a pedido de la parte interesada, es decir, de los imputados; cuando, lo correcto también sería que se declare de oficio.

- ✓ **Funcionario público.** Es la persona que, con determinados perfiles, deben ocupar cargos de dirección y con la capacidad de dar órdenes, que, para el derecho penal, conforme al artículo 425 del Código Penal, y comprende a los que se encuentran en la carrera administrativa, los cargos políticos, los depositarios, los miembros de la policía nacional y las fuerzas armadas, etc.¹¹

¹¹ Sánchez V. Pablo, 2017, pág. 336. artículo 425 del Código Penal, “Funcionario o servidor público Artículo 425°.- Son funcionarios o servidores públicos:

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.
4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.

- ✓ **Servidor público.** Mientras que, es o son el grupo de personas que laboran en la administración pública, pero sin capacidad de decisión.
- ✓ **Administración pública.** Es la entidad abstracta, que tiene por finalidad brindar los servicios a los usuarios, pero solo, por medio de los funcionarios o servidores públicos; entre los que encontramos a las municipalidades, a los gobiernos regionales, a las direcciones sectoriales, a los ministerios, al poder judicial, etc.
- ✓ **Inhabilitación.** Que en el delito de peculado, existe la obligación de imponer la pena de inhabilitación, como así lo ha dispuesto el artículo 426 del código penal¹², toda vez que, no solo se imponen penas privativas de libertad, sino también se les debe inhabilitar para que no puedan obtener cargos públicos, así como dejar de trabajar por determinado periodo, incluso en la actualidad, también se debe imponer la pena de multa; y lo que es más grave, cuando un funcionario o servidor público es condenado por delito doloso, conforma a ley de bases de la

6. Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.

7. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley”

¹² Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Código Penal Décimo Segunda Edición Oficial; Lima, Perú, 2016, página 242. “Inhabilitación accesoria y especial Artículo 426°.- Los delitos previstos en el capítulo II de este Título se sancionan, además, con pena de inhabilitación accesoria, con igual tiempo de duración que la pena principal, de conformidad con el artículo 36°, incisos 1 y 2.

Los delitos previstos en el capítulo III de este Título se sancionan, además, con pena de inhabilitación de uno a tres años, de conformidad con el artículo 36°, incisos 1 y 2376

carrera administrativa, aprobado por Decreto Legislativo 276, y su reglamento, contenido en el Decreto Supremo No 005-90-PCM, en forma obligatoria debe destituirse de la función pública.

1.2 OBJETIVOS:

1.2.1 OBJETIVO GENERAL:

Determinar la necesidad de fijar o establece un monto mínimo para la configuración del delito de peculado, regulado en el primer párrafo del artículo 387 del Código penal, para que responda al principio de lesividad.

1.2.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- a) Determinar cuál debe ser la referencia para fijar ese monto mínimo para el delito de peculado, que responda al principio de lesividad.
- b) Determinar por qué los jueces de la investigación preparatoria no declaran fundada de oficio, la excepción de improcedencia de acción, en los peculados que representen valores mínimos.

1.3 HIPÓTESIS Y VARIABLES DE LA INVESTIGACIÓN

1.3.1 HIPÓTESIS:

1.3.1.1 Hipótesis general:

Es necesario fijar o establecer un monto mínimo para la configuración del delito de peculado, regulado en el primer

párrafo del artículo 387 del Código penal, para que responda al principio de lesividad, ya que no existe un monto mínimo.

1.3.1.2 Hipótesis Específicos:

- a) El monto mínimo para que se configure el delito de peculado simple, debe ser igual a la remuneración mínima vital.
- b) En los casos judicializados, los jueces de la investigación preparatoria deben declarar fundada de oficio, la excepción de improcedencia de acción, en los peculados que representen valores mínimos.

1.3.2 VARIABLES:

1.3.2.1 Identificación de las variables:

a) Variable independiente:

El tipo penal del delito de peculado (primer párrafo del artículo 387 del Código penal)

b) Variable dependiente:

Proceso penal por el delito de peculado simple

c) Variable interviniente:

El sistema de justicia

1.3.2.2 Identificación de indicadores:

- a) **Para la variable independiente:** Riesgo de imponer penas no justas

b) Para variable dependiente: Investigación fiscal, acusación, fijación de una posible pena.

c) Para variable interviniente: Administración de justicia; penas injustas posibles.

Estas variables servirán de base, para construir nuestros instrumentos de recolección de datos, y que luego servirán para probar nuestras hipótesis, y a su vez para cumplir con formular propuestas legislativas, que serán plasmadas en el rubro de las recomendaciones del presente trabajo de investigación.

1.3.2.3 Operacionalización de las variables:

OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	INDICADORES
<p>OBJETIVO GENERAL</p> <p>Determinar la necesidad de fijar o establecer un monto mínimo para la configuración del delito de peculado, regulado en el primer párrafo del artículo 387 del Código penal, para que responda al principio de lesividad.</p> <p>OBJETIVOS ESPECÍFICOS:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Determinar cuál debe ser la referencia para fijar ese monto mínimo para el delito de peculado, que responda al principio de lesividad. 2. Determinar por qué los jueces de la investigación preparatoria no declaran fundada de oficio, la excepción de improcedencia de acción, en los peculados que representen valores mínimos. 	<p>HIPOTESIS GENERAL</p> <p>Es necesario fijar o establece un monto mínimo para la configuración del delito de peculado, regulado en el primer párrafo del artículo 387 del Código penal, para que responda al principio de lesividad, ya que no existe un monto mínimo.</p> <p>HIPOTESIS ESPECIFICOS:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El monto mínimo para que se configure el delito de peculado simple, debe ser igual a la remuneración mínima vital. 2. En los casos judicializados, los jueces de la investigación preparatoria deben declarar fundada de oficio, la excepción de improcedencia de acción, en los peculados que representen valores mínimos. 	<p>V. Independiente:</p> <p>El tipo penal del delito de peculado (primer párrafo del artículo 387 del Código penal)</p> <p>V. dependiente:</p> <p>Proceso penal por el delito de peculado simple.</p> <p>Variable interviniente:</p> <p>El sistema de justicia.</p>	<p>Riesgo de imponer penas no justas</p> <p>Investigación fiscal, acusación, fijación de una posible pena.</p> <p>Administración de justicia; penas injustas posibles.</p>

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN:

2.1.1 INVESTIGACIONES JURÍDICAS:

- a) Tesis presentada por el Bachiller Aguilera Bolaños, Clever Alexander, en la Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo, cuyo título, “LA TEORÍA DE LA UNIDAD DEL TÍTULO DE IMPUTACIÓN Y LA PERSECUCIÓN Y REPRESIÓN PENAL DE LOS DELITOS ESPECIALES COMETIDOS POR CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS”¹³, se planteó como problema de investigación la siguiente interrogante: “¿De qué manera la teoría de la unidad del título de imputación aplicada al momento de calificar la autoría y participación en los delitos especiales cometidos por corrupción de funcionarios públicos se expresa en la persecución y represión penal en la sede Trujillo- Distrito fiscal de La Libertad

¹³ Aguilera Bolaños, Clever Alexander, en la Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo, cuyo título, “LA TEORÍA DE LA UNIDAD DEL TÍTULO DE IMPUTACIÓN Y LA PERSECUCIÓN Y REPRESIÓN PENAL DE LOS DELITOS ESPECIALES COMETIDOS POR CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS, Trujillo 2016, pág. 17.

durante los años 2013 al 2015?”, pero no se trató propiamente del tema que pretendemos investigar, sino que sobre el delito de peculado, sólo se trató que este es un delito de infracción del deber; por lo que el aporte como antecedente para el presente trabajo será básicamente, para sustentar la clasificación y diferenciar entre los delitos de dominio de hecho y los de infracción de deber, y el delito de peculado se encuentra en esta última, por cuanto solo puede ser cometida por funcionarios o servidores públicos, con relación funcional específica para con los caudales o efectos estatales, y dichas funciones o vinculaciones deben ser por medio de la administración, la percepción y la custodia.

b) Mientras que, JOEL LEÓN SANTOS PINEDA, al desarrollar la Tesis para optar el grado de Maestro en Derecho Penal, en la Universidad de Huánuco, bajo el título “DELITO DE PECULADO DE USO POR SERVIDORES Y FUNCIONARIOS DEL GOBIERNO REGIONAL Y MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE HUÁNUCO”¹⁴, se desprende que como problema principal se formuló la siguiente interrogante: “¿Cuáles son las causas que “influyen” en la “comisión” del delito de “Peculado de Uso” por los “servidores” y “funcionarios públicos” que laboran en el “Gobierno Regional” y la “Municipalidad

¹⁴ JOEL LEÓN SANTOS PINEDA, al desarrollar la Tesis para optar el grado de Maestro en Derecho Penal, en la Universidad de Huánuco, bajo el título “DELITO DE PECULADO DE USO POR SERVIDORES Y FUNCIONARIOS DEL GOBIERNO REGIONAL Y MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE HUÁNUCO”, Huánuco, 2016, pág. 21.

Provincial de Huánuco” - 2015?”, como podrá apreciarse el investigador, citado, abordó el tema del delito de peculado, como un delito especial propio, pero enfocado al tema del uso, por ello nuestra investigación es original; además, lo consideramos como aporte al presente trabajo, en cuanto al tema del uso; pero el delito de peculado que queremos investigar, no es la del uso, sino de la apropiación de caudales o efectos, pero proponiendo que, para que se configure como delito, debe fijarse una cuantía mínima, como por ejemplo una remuneración mínima vital, o el equivalente a una unidad impositiva tributaria, etc. Para que de ese modo, el mismo Estado, no realice gastos ingentes en investigaciones insulsas, por su mínima significancia por el monto, como se verán al analizar las sentencias de la Corte Suprema; entidad que cambió su parecer, puesto que, hasta los años 2005, la postura o criterio era que así sea el valor de bien apropiado la suma de diez soles, pues constituía delitos, en cambio en las cuatro sentencias, que servirán de base para formular propuestas, la Corte Suprema ha cambiado de punto de vista, recurriendo a la aplicación de los principios de mínima intervención, o el principio fragmentario del derecho penal, entre otros.

- c) Por su parte el Bachiller RAFAEL HERNANDO CHANJAN DOCUMET, cuando presentó la Tesis titulada “La Administración Desleal de Patrimonio Público como Modalidad Delictiva Especial del

Delito de Peculado Doloso”¹⁵, en el año 2014 en la Pontificia Universidad Católica del Perú, al concluir dicha investigación dogmática, en la conclusión 2, estableció que *“El Derecho Penal, en tanto mecanismo limitado de protección de bienes jurídicos a través de la prevención de delitos, constituye un instrumento de suma utilidad para garantizar el correcto funcionamiento de la administración pública. El bien jurídico-penal de naturaleza colectiva-institucional que se protege a través de los delitos funcionariales es el “correcto funcionamiento de la administración pública”; es decir, no se protege a los órganos administrativos como tales, sino a la función pública que supone vías procedimentales de actuación administrativa (instituciones) para que los ciudadanos puedan resolver sus conflictos sociales o efectivizar sus intereses. En nuestra opinión, la teoría más acertada es la teoría del correcto funcionamiento o funcionalidad de la administración pública, puesto que se toma en consideración primordialmente la relación existente entre administración estatal y ciudadano, antes que la mera relación”*; por lo que, con la conclusión antes citada, está afirmando que el derecho penal es un instrumento de suma utilidad para el control social de la administración pública, y es por ello, que existe la necesidad de imponer sanciones a los que los infringen los bienes jurídicos protegidos por la ley, esto es, por el artículo 387 del Código

¹⁵ RAFAEL HERNANDO CHANJAN DOCUMET, cuando presentó la Tesis titulada “La Administración Desleal de Patrimonio Público como Modalidad Delictiva Especial del Delito de Peculado Doloso”, Lima, 2014, pág.

Penal; sin embargo, no tuvo la oportunidad de abordar el tema que pretendemos investigar, esto es, la existencia o no de fijar un quantum mínimo, para la configuración del delito de peculado por apropiación, toda vez que la Corte Suprema, en cuatro ejecutorias ha precisado que por la mínima lesividad, no deben imponerse sanciones penales, sino recurrirse a la vía administrativa, para que ésta sean la que tiene que tratar, cuando la apropiación de caudales o efectos públicos, son de escasos valores.

d) RAFAEL HERNANDO CHANJAN DOCUMET, en la Tesis titulada “La Administración Desleal de Patrimonio Público como Modalidad Delictiva Especial del Delito de Peculado Doloso”, presentada en el año 2014, en la Pontificia Universidad Católica del Perú, para optar el título de Abogado, el investigador, no solo desarrolló los aspectos dogmáticos, sino también sistematizó los tipos de infracción del deber, como también desarrolló las distintas teorías, sobre los tipos de autoría; importa también resaltar, en cuanto a la identificación del bien jurídico, Delimitación del bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública; así, refiere el investigador citado “los delitos contra la administración pública protegen un bien jurídico institucional denominado “correcto funcionamiento de la administración pública”, pues ello implica, que en todos los delitos contra la administración pública, se debe respetar el correcto funcionamiento de la administración pública, y para ello,

se cumple o se debe cumplir con una adecuada selección y reclutamiento, tanto de los funcionarios y servidores públicos, que como fundamento de la administración pública, y del servicio que debe brindar, es lógico y correcto el bien jurídico que precisó el autor de la tesis citada; además, no está demás afirmar que, ese bien jurídico sería de modo general, pero también hace otras disquisiciones sobre el particular, pues al sostener que “en la administración pública se protege penalmente en tanto “función administrativa” que resulta indispensable para el funcionamiento del sistema social.” Tanto el funcionamiento, así como el servicio, tienen finalidades ulteriores, que se manifiestan en la forma de cómo viene funcionando el Estado, o, mejor dicho, las partes de ese cuerpo llamado “Estado”, que cuando falla alguna parte, es porque están fallando los funcionarios o los servidores públicos, es allí entonces, que tienen que activarse los mecanismos de control social formal, ya sea por medio del derecho penal, o el derecho administrativo sancionador. Es decir, no así a los órganos administrativos en sí, “Como se adelantó, aquí no se protege a los órganos administrativos como tales, sino a la función pública que supone vías procedimentales de actuación administrativa (instituciones) para que todos y cada uno de los miembros de la sociedad puedan resolver sus conflictos sociales o efectivizar sus intereses; en el mismo sentido, lo afirmó tanto Abanto Vásquez, así como Fidel Rojas Vargas, como también James Reátegui; sin embargo, lo que ha de tenerse en cuenta es, qué tipo de bien jurídico

se protege con los delitos contra la administración pública en general; asimismo, el autor agregó que “sobre el particular, es necesario hacer notar características comunes en todos los delitos contra la administración pública, pues consideramos que todos ellos guardan un mismo fundamento de legitimación, en busca del bienestar del Estado mismo. Por lo que, el delito de peculado, al ser un delito de infracción de deberes jurídicos propios de la condición de funcionario estatal y, por lo tanto, a partir de dichos deberes, también se pueden cometer abusos de poderes públicos que deben ejercitar los funcionarios de la administración.”

El delito de peculado, que es objeto de estudio en la presente investigación, conforme a la legalidad penal, regulada en el artículo 387 primer párrafo del Código Penal, prima facie se debe sancionar a todo apoderamiento de caudales o efectos públicos, sin importar su monto o cuantía; sin embargo, al poner en movimiento a todo el aparato de la administración de justicia, o mejor dicho del sistema de justicia, también es cierto que al Estado, no les es rentable, en términos de eficacia social en el castigo; entonces allí nace la necesidad de fijar una cuantía mínima, para que se configure el delito de peculado simple. Tal vez por ello, el investigador orientó su punto de vista a que la administración pública como ente abstracto, es apenas un espacio en el que se debe cumplir con el rol real de la finalidad de la administración pública, la misma que se hace por medio de los funcionarios y servidores públicos; también agregó que

“todo delito funcional supondría un abuso de las competencias que la función pública otorga al funcionario, lo cual si se reproduce de manera masiva perjudicaría el correcto funcionamiento de la administración pública”. Entonces, el delito funcional, está basado en que los que hacen la función pública, en lugar de actuar de manera correcta, se aprovechan de las bondades que el Estado les brinda, como el uso de los bienes con fines de cumplir el rol de la administración pública. Por ello el autor se aproxima más a lo que implica un delito de infracción de deber; el que no cumple con su deber (atribuciones), es la persona, y el funcionario o servidor público, es solo una persona, por lo tanto, son las personas que hacen dichas funciones, son los que infringen sus deberes, llegando a cometer delitos.

2.1.2 ANTECEDENTES NORMATIVOS INTERNACIONALES:

2.1.2.1 En el Código penal de España

En el Código penal de España, se encuentra regulado el delito de peculado, así como la triple responsabilidad del imputado de un hecho punible que, afecte patrimonio del Estado, pero no existe un mínimo, como por ejemplo sí existen en los hurtos simples, que para que se configure este delito, debe superar el valor de un sueldo básico español, fijado para el año, entiéndase para el año en el que se cometió un hecho punible.

Pero si es resaltable, que, para el delito de colusión desleal, sí existe un monto mínimo.

Al respecto la sección 2ª de la Administración Desleal, del capítulo VI De Las defraudaciones en el Artículo 252 en el primer párrafo:

1. “Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que, teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.
2. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.”

Entonces, en la legislación española del Código Penal, para los delitos llamados colusorios, se ha establecido que, para que se configure como tal, y que merezcan la imposición de pena privativa de libertad, deben ser mayor a 400 euros; caso contrario, solo ameritará pena de multa hasta tres meses.

2.1.2.2 En el Código penal de Colombia

Similar a la española, por tener como fuente a ella, no se reguló la posibilidad de fijarse una base sobre la que debe partirse; en otras palabras, en el sistema latinoamericano de las legislaciones penales, no se encuentran reguladas un mínimo que, a partir del cual, se puede considerar cometido el delito de peculado; entonces, en Colombia, es usual, que se asignen por ejemplos teléfonos celulares a todas las autoridades, entre ellos a los magistrados del Ministerio Público y del Poder Judicial, pero, si algún magistrado hace uso de ese medio de comunicación, en llamadas no oficiales, también constituye delito; que para nosotros sería una exageración. Entonces, tanto para investigar como para imponer sanciones por el delito de peculado, solo en los últimos años, se está tomando la decisión que el casos de mínimos montos o valores apropiados o usados, no deben constituir delito, tal vez dicha línea de pensamiento, es que viene favoreciendo también a nuestra realidad; pero también en otras ocasiones, su sistema penal, es más drástico, que incluso se han visto, que a jueces o fiscales, que hicieron uso del teléfono celular dotados por el Estado colombiano, llamando a sus familiares por casos urgentes, pues éstos han ameritado que sean investigados por el delito de peculado¹⁶, entonces se tiene que tomar con cierta medida.

¹⁶ El caso de la fiscal del circuito de Medellín, que llamó a su hija, con el teléfono asignado por el Estado; el caso fue defendido por el Dr. Alejandro Decastro.

Así, cuando se lee en el primer párrafo del artículo 397 del Código Penal de Colombia¹⁷ se tiene: “Peculado por apropiación. El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis a quince años, multa equivalente a cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derecho y funciones públicas por el mismo término”, de lo que se puede advertir, que no existe monto mínimo alguno para que se configure el delito de peculado; por lo que resulta común, procesar a servidores públicos por sumas muy escasas, y que en estos casos incluso concluye con penas negociadas.

2.1.2.3 En el Código penal de Ecuador

Según el Código penal ecuatoriano, se sanciona todo acto de apoderamiento o uso de bienes del Estado; pero tampoco se ha fijado el valor del bien, o una base mínima del valor del bien.

¹⁷ Código Penal de Colombia. Edición Oficial 1995. Página 283.

Entonces, el sistema ecuatoriano, que, si bien no ha fijado un techo, a partir de la cual, recién se debe configurar este delito.

2.1.2.4 En el Código penal de Costa Rica

En la legislación de esta país, el delito de peculado se encuentra regulada en el artículo 361¹⁸, con el siguiente texto “Será reprimido con prisión de tres a dos años, el funcionario público que sustraiga o distraiga dinero o bienes cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada en razón de su cargo; asimismo, con prisión de tres meses a dos años, el funcionario público que emplee, en provecho propio o de terceros, trabajos o servicios pagados por la administración pública o bienes de propiedad de ella”; a su vez, también en sentido similar a lo nuestro, en el artículo 362 bis se reguló el llamado peculado por extensión. Sin embargo, tampoco se ha establecido alguna diferencia, sobre desde qué monto o valor, debe considerarse delito, esto, por la influencia de la teoría de la infracción del deber pura, pues en estos casos, no importará el valor o el monto apropiado, sino solo basta que ese bien sea del Estado, o de algún sector de la administración pública, por lo que se sancionará igual; el fundamento de estas formas de sanción, estriban básicamente, en la prevención general, por cuanto, al tratarse de un funcionario público, no debería existir

¹⁸ Código Penal de Costa Rica, Edición Oficial, 2000, artículo 361.

contemplaciones, por lo que no interesa monto o valor alguno de referencia, pues igual se trata de una infracción del deber encomendado.

2.1.2.5 En el Código penal de Argentina

El delito de peculado, se encuentra regulada dentro de otro delito contra la administración pública, esto es, dentro de la malversación de caudales públicos, específicamente lo encontramos en el artículo 261 del Código Penal¹⁹ argentino, con el siguiente texto “Será reprimido con prisión o reclusión de dos a diez años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que sustrajere caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo (...)”, por lo que, en Argentina, tampoco existe un monto diferenciador, como para tomar como referencia, como para sostener que, a partir de un determinado monto, recién puede constituir delito de peculado, una vez más, podemos advertir que la legislación argentina, también se ha adherido al sistema puro de los delito de infracción del deber, pues así, sea un peso el monto apropiado, igual a pena será de entre dos a diez años; es un claro ejemplo, que al funcionario público, a quien el Estado le ha confiado realizar la función pública asignándole en administración, custodia o percepción los bienes, debe ser la persona más honesta. Otro aspecto a resaltar, que, como quiera

¹⁹ Código Penal de Argentina, Edición Oficial, 2001, artículo 261.

que los delitos de infracción del deber, por la naturaleza de los funcionarios públicos, si son hallados responsables de la comisión de delito de peculado, también será merecedor de la inhabilitación; en este caso, a diferencia de nuestra legislación, la inhabilitación, será absoluta y perpetua. Lo cual, si representa una real prevención especial, pues todo funcionario público, sabe a qué ingresa al sistema de la administración pública, y cuáles son las consecuencias, en caso cometan delitos de peculado; pues nunca más podrá reingresar a ninguna repartición del Estado o entidades para estatales, ni instituciones públicas; entonces, es entendible del por qué, no existe un monto referencial, para que pueda diferenciarse el delito de peculado y una mera infracción administrativa.

2.1.2.6 La Convención Internacional de la lucha contra la corrupción

En esta convención, hace referencia a las sanciones que deben merecer los funcionarios y servidores públicos, con la afectación de los bienes del Estado; pero, no ha hecho referencia alguna, a valores o montos determinados; sino que solo ha precisado, que no deben afectarse los patrimonios de los estados, bajo ninguna circunstancia. Lo que los instrumentos internacionales, en suma, no pueden establecer criterios para la fijación de las penas, por cuanto, solo actúan en defensa de la

violación de los derechos fundamentales de las personas naturales.

2.1.3 ANTECEDENTES NACIONALES:

En cuanto a las precisiones del comportamiento del sujeto activo, en los delitos de infracción del deber, como lo es el delito de peculado, los magistrados de la Corte Suprema de la República, ha tenido la ocasión de tratar estos temas, hasta en cuatro oportunidades, pero en ninguna de ellas, sobre la posibilidad de fijar un monto o cuantía mínima para la configuración del delito de peculado.

2.1.3.1 Acuerdo Plenario 4-2005.

De fecha Lima, treinta de septiembre del dos mil cinco, que precisó sobre los aspectos constitutivos del delito de peculado, así, “El artículo 387^o del Código Penal vigente, establece en primer lugar la acción dolosa en el delito de peculado, al señalar que "El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo..." en segundo lugar, la acción culposa se traduce en el comportamiento negligente del sujeto activo, describiéndolo como "Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos..."; concluyendo en tercer lugar, que las

acciones dolosas y culposas admiten circunstancias agravantes precisamente en la importancia especial de la finalidad pública para lo cual estaban destinados los bienes "Si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social..." (Forma de circunstancia agravante incorporada por N^o 26198 del 13 de junio de 1993). Para la existencia del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la administración pública. Todo ello nos lleva a sostener que tratándose el peculado de un delito 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.

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:

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.

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.

Apropiación o utilización. En el primer caso estriba en hacer suyo los 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.

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.

Caudales y efectos. Los primeros, son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Efectos, son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables.” Sólo se precisó, cuál era la relación funcional específica entre el funcionario o servidor público, con los caudales o efectos; sustentando, que dichas relaciones debían nacer como consecuencia de la entrega del bien en administración, custodia o custodia, y, para aquellas personas que realicen actos de captación; por lo que para la presente investigación será más que todo referencial para poder ubicar al delito de peculado, como un delito especial propio, de infracción del deber; pues quiénes

infringirán sus deberes funcionariales, serán aquellos servidores o funcionarios públicos, que tengan una relación funcional específica para con los caudales o efectos, que se les confió por la razón de algún cargo dentro de la administración pública; pues solo así, se puede entender que cada servidor o funcionario público, deberá cumplir una determinada función previamente definida, o asignada, en los instrumentos propios de gestión de las entidades públicas, como pueden ser los manuales de organización y funciones, los reglamentos de organización y funciones, los reglamentos internos, etc.

Por lo que, en este Acuerdo Plenario se dejó establecido, el tipo de relación funcional que debe existir entre el funcionario o servidor público, con los caudales o efectos; pues sobre el particular, ya no cabe realizar mayores comentarios, por lo que ahora sabido es que, cualquier funcionario no puede cometer el delito de peculado, sino aquel, que mantiene en su poder, bienes o caudales públicos, pero que los recibió ya sea en administración, lo que implica darle el uso correcto de acuerdo a la naturaleza del bien o caudal, y se rige por las normas sobre la administración y dar el destino legal a ese bien o caudal; mientras que la custodia, está entendida como el debido cuidado que se deben tener con los bienes del Estado, por último, la percepción, a diferencia de los anteriores, significa realizar actos de captación, pues esto ocurre cuando las entidades públicas

realizan actos de ingresos, como podría ser por ejemplo un cajero en una municipalidad, pues por medio de ella ingresan los pagos por arbitrios, etc. y, que la obligación de este último, será la de efectuar los correspondientes depósitos en las cuentas corrientes habilitadas para tal fin, dentro del plazo de veinticuatro horas.

2.1.3.2 Acuerdo Plenario 1-2007²⁰, de fecha: Lima, dieciséis de noviembre de dos mil siete

Se preció, que sobre las discrepancias entre el derecho administrativo sancionar y el derecho penal, así se puede leer desde el fundamento 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 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.” Pero al proponer cambios en la legislación penal, precisamente nos basaremos en el citado principio para sustentar que existe la necesidad de fijar un quantum mínimo para que se configure el delito de peculado; pues en el fundamento cuarto se precisó “Que el procedimiento administrativo sancionador busca garantizar sólo el

²⁰ Acuerdo Plenario 1-2007, de fecha: Lima, dieciséis de noviembre de dos mil siete.

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.” Por lo que la percepción de la Corte Suprema cambiará en ese contexto, más aún, si las infracciones menores, así llamadas esas apropiaciones de escasas sumas de dinero, pues su sanción en el derecho administrativo sancionar será más eficaz, no solo porque puede disponer la devolución

del monto apropiado ya sea doblado o triplicado en su valor; sino que esta si se cumplirá, por cuanto se procederá al descuento de sus haberes en forma directa, por lo que en estos supuestos será más eficaz el derecho administrativo; el mismo Acuerdo Plenario en comentario que recogiendo a la ejecutoria recaída en el Recurso de Nulidad No 2090-2005, en el quinto fundamento agregó que “el principio ne bis in idem material tiene conexión con los principios de proporcionalidad y de legalidad, el primero se encuentra vinculado a la llamada "prohibición de exceso", esto es, sancionar más de una vez por el mismo contenido injusto implica imponer una sanción no prevista en la ley, puesto que el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal establece que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho; y, el principio de legalidad garantiza la seguridad jurídica debido que sólo se puede sancionar conductas que se encuentran tipificados previamente.” Por lo que, proponer la sanción de los casos menores a la administración pública, no constituirá de modo alguna, una doble sanción, sino que, a la luz de las nuevas tendencias asumidas por la Corte Suprema, será la correcta, más aun cuando todo funcionario o servidor público, tiene una triple responsabilidad, una responsabilidad civil, una responsabilidad administrativa y una responsabilidad penal²¹.

²¹ Tipos de responsabilidad que, también se encuentran reguladas en el D.S. No 005-

Si, a la luz del presente trabajo de investigación, en los supuestos de apoderamientos de escasas sumas de dinero, se propondrá que se reserve su procesamiento y sanción al Derecho Administrativo Sancionador, entonces, el Acuerdo Plenario en comentario, sólo servirá para afianzar el sistema del Derecho Administrativo, con la sola idea de que las sanciones en ella sean ejemplares, eficaces y oportunas así, si un servidor o funcionario público, se apoderó de la suma de cuatrocientos soles, que en la actualidad constituirá delito de peculado; pero por su mínima significancia, el Derecho Administrativo Sancionador, en un plazo no mayor de treinta días, debe investigar e imponer la sanción, disponiendo la restitución vía descuento por planillas, en una suma doblada o triplicada al monto apropiado; o, de ser el caso, con una destitución, y con esta última medida, que bien no existirá una privación de libertad, pero, la sanción será más eficaz que la sanción penal, por cuanto, un servidor o funcionario destituido, siempre tendrá el obstáculo natural, de no poder ingresar a la administración pública, por ningún motivo, salvo que la norma administrativa lo prevea, pero luego de haber cumplido o transcurrido un tiempo determinado.

2.1.3.3 Acuerdo Plenario 2-2011, de fecha: Lima, 6 de diciembre de 2011

El punto de partida dogmático está dado por la categoría de estos delitos: de infracción de deber. Actualmente, en la doctrina y la jurisprudencia se ha definido que existen tipos legales que requieren un dominio del autor para su construcción, como por ejemplo los delitos de robo agravado, homicidio calificado, estafa, tráfico ilícito de drogas, entre otros – denominados delitos de dominio

Sin embargo, también existen tipos legales que excluyen el dominio para su configuración y se forman a partir de la infracción de un deber especial que le corresponde a la órbita del autor -característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos-. El autor del delito de infracción de deber no puede ser cualquier persona, sino sólo aquél funcionario o servidor público que ocupa un status especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que no tiene ninguna trascendencia jurídica, pues el fundamento está construido por la posición que domina en relación al deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la Administración Pública y con los bienes que se encuentran bajo

su ámbito. En este espacio, por ejemplo, deberá disponer correctamente del patrimonio estatal que administra.

Por consiguiente, el funcionario o servidor público, en tanto en cuanto su responsabilidad penal se sustenta en la infracción del deber, siempre será autor del delito contra la Administración Pública, sin perjuicio claro está, de los diferentes presupuestos que también se requieran para determinar la autoría de cada injusto, como por ejemplo en el delito de peculado, que exige además el vínculo funcional con el objeto. Por ello, en los delitos contra la administración público, resulta indispensable que cada servidor y funcionario público, tiene determinada sus atribuciones, de manera previa, y se apodera de un bien del Estado, que se encuentra dentro de su esfera de dominio ya, sea por la administración, custodia o captación, entonces será responsable por esa relación funcional específica y por otro. Mientras que, si otro servidor público, a quien no le está asignado un bien, se apodera, apartándola de la esfera de dominio estatal, con la capacidad de disponer dicho bien, ejemplo: una laptop, no hará cometido el delito de peculado, sino un delito común, la cual sería un hurto.

Este tipo de delitos restringe el círculo de autores -como se anotó-, pero se admite la participación del “extraneus” que no ostenta esa obligación especial, como partícipe: inductor o cómplice. Para fundamentar esta perspectiva -en torno a la

accesoriedad de la participación- en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad de título de imputación para resolver la situación del “extraneus”.

Esta posición, sostiene lo siguiente:

- a) Un mismo hecho no puede ser reputado bajo dos tipos penales diferentes.
- b). El extraneus puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del extraneus no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal. Esto es, no posee autonomía y configuración delictiva propia a pesar de que aquél toma parte en la realización de la conducta punible.” Es decir en el escenario delictivo existen la cooperación de por lo menos un servidor o funcionario público y un particular, el que hace el delito especial propio, de infracción de deber será el servidor o funcionario, mientras que, el que cooperó, será su actuación catalogada como un actuar a título de complicidad primaria.

Además, mediante este Acuerdo Plenario, se estableció o aclaró sobre los plazos de la prescripción de la acción penal, en

que supuestos, se debían duplicar dichos plazos, a quiénes no alcanzaban dichas duplicaciones; como por ejemplo a los llamados cómplices primarios o extraneus; en este Acuerdo Plenario N°2-2011/CJ-116 denominado “Nuevos Alcances de la Prescripción”, en su fundamento 16, fundamento que se establece como doctrina legal, refiere que el que no detenta la condición de Funcionario o Servidor Público toda vez que es, quien tiene una condición especial de deberes que fundamenta la mayor extensión en la prescripción, ya que de ello se debe tener una conducta de compromiso hacia la administración pública, es por estos criterios que quien no ostenta la condición de tal, no son merecedores de reproche penal en cuanto a la extensión del plazo de prescripción. Asimismo, en su fundamento 17, suscribe que, en cuanto al principio de proporcionalidad y razonabilidad, haya una diferencia entre el intranei y el estraneus, que se debe de basar en la condición y ausencia del deber jurídico especial, que en consecuencia se determina que el Intranei y extraneus tienen diferencias en el plazo de prescripción de la acción penal; por lo que, no se trató sobre el tema objeto de investigación, cuando tal vez, por la trascendencia, debió ser tratado o en otro Acuerdo Plenario o en una Sentencia Plenaria.

2.1.3.4 Acuerdo Plenario 3-2012.

Se sustentó sobre la identificación de los bienes del Estado o de dominio del Estado; por consiguiente, todos los bienes dotados para el funcionamiento de la administración pública, por el propio Estado; son bienes del Estado, así como las sumas de dinero entregados o captados; pero también se precisó, o identificó a los bienes de dominio o a cargo del Estado, a aquellos bienes que alquiló, como eran los vehículos.

Por lo que, una vez, desarrollado sobre qué bienes, se puede cometer el delito de peculado, como serían en suma de dinero, en valores (vales, pagares, etc.), bienes muebles como computadoras, escritorios, sillas, etc. bienes que, pueden o son susceptibles de ser apartados de la esfera del dominio estatal, con la posibilidad de disponerlo, y a su vez, de obtener un provecho ilícito, así sea mínimo.

2.2 MARCO HISTORICO:

2.2.1 EL CÓDIGO EN MATERIA PENAL DE 1863.

Es el primer Código en materia penal, que, dada a su antigüedad, que aún nos encontrábamos en la etapa de los inicios de la época republicana; pero, como que tenía que regular los comportamientos de los ciudadanos peruanos y entre ellos, se trataba de un Estado, que solo funcionaba por medio de los funcionarios o servidores públicos, por lo tanto, pasibles de cometer delitos, pues se reguló el delito de peculado;

pero, no se precisó los alcances de los montos o valores que a partir de los cuales, recién se podría considerar delito, es decir, sin mayores precisiones.

2.2.2 EL CÓDIGO PENAL DE 1924.

En este Código material, también se reguló el comportamiento del delito de peculado; muy similar a su antecedente, solo se consideró a los funcionarios y servidores públicos, como sujetos activos del delito, sin mayor desarrollo sobre la tenencia o un actuar con una vinculación especial, de esos funcionarios o servidores para con los bienes o caudales objeto del delito; como tampoco se definió en qué consistían los caudales y en qué consistían los efectos; así tenemos que conforme al artículo 346 del Código Penal de 1924²², modificado por el Decreto Legislativo No 121, quedó con la redacción del texto siguiente “El 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, será reprimido con penitenciaría no mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1º y 3º del artículo 27, por doble tiempo de la condena”; mientras que las inhabilitaciones a la que hace referencia la norma antes citada establecía “artículo 27. La inhabilitación producirá: 1º la pérdida de los derechos, cargo, empleo o comisión que ejercía al penado, (...); 3º la

²² Figueroa E. Hernán. Código Penal, comentado-concordado y actualizado. Lima, Perú, 1985. Editorial Inkari. Cuarta Edición. Pág. 119.

incapacidad para obtener mandatos, cargos, empleos y comisiones públicas”; en consecuencia, como efecto de las condenas por delito de peculado, a ese funcionario o servidor público le esperaba una inhabilitación por el doble de la pena que sufrió, y, por lo tanto, no podría acceder a la administración pública de ninguna manera; concluyendo en esta parte también, afirmaremos, que no existió una límite como para sostener que, a partir del tal o cual monto, se considerará configurada el delito de peculado; sino que más adelante, recién, por decisiones de los magistrados del Poder Judicial fueron identificando en forma correcta una diferenciación sobre este aspecto. Por lo que, si ni el Código penal de 1991, ha reulado la posibilidad de fijar una cuantía mínima para con configuración del delito de peculado, menos este Código pudo fijar esa posibilidad.

2.2.3 EL CÓDIGO PENAL DE 1991.

En su texto originario del artículo 387, solo se precisó como sujetos activos del delito, a los funcionarios y servidores públicos; pero, en cuanto a la afectación patrimonial o al valor del mismo, no se reguló; aún, cuando este Código sufrió sucesivas modificaciones, pero fue básicamente para, determinar la posibilidad de la duplicidad de los plazos de la prescripción a partir de la influencia de la última parte del artículo 41 de la Constitución Política del Estado²³; modificado por ley No 30650

²³ En el artículo 41 de la Constitución Política del Estado, se reguló la Responsabilidad de los Funcionarios y Servidores Públicos, y en cuyo último párrafo se legisló así “El plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado”, modificado por Ley 30650.

del 20 de agosto de 2017, con el siguiente texto “**artículo único.** **Modificación del artículo 41° de la Constitución Política del Perú.** Modifícase el cuarto párrafo del artículo 41° de la Constitución Política del Perú, conforme al texto siguiente:

“**Artículo 41°.** Los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condiciones que señala la ley.

Cuando se presume enriquecimiento ilícito, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial.

La ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública.

El plazo de prescripción de la acción penal se duplica en caso de los delitos cometidos contra la Administración Pública o el patrimonio del Estado, tanto para los funcionarios o servidores públicos como para los particulares. La acción penal es imprescriptible en los supuestos más graves, conforme al principio de legalidad”; por lo que, en la actualidad los delitos contra la administración pública son imprescriptibles, de este modo el Estado ha expresado su política criminal en contra de los delitos contra la administración pública, con la drasticidad de los plazos, al

afirmar que no prescribirán por el transcurso del tiempo; sin embargo, en cuanto a los montos mínimos, que a partir de los cuáles deben configurarse el delito de peculado, no está en ninguna ley, sino solo en cuatro ejecutorias supremas.

2.2.4 LEY 26360²⁴.

Por esta Ley, promulgado por el Presidente de la República; se incorpora y modifica varios artículos del Código Penal. En lo que concierne al problema de nuestra tesis, esta Ley no modifica ni incorpora la duplicidad del plazo de prescripción. Se incorpora al artículo 80 del Código Penal que la prescripción no será mayor a veinte años; asimismo, tratándose de delitos sancionados con pena de cadena perpetua se extingue la acción penal a los treinta años, con esta ley se incorpora al artículo 80 en cuanto a la prescripción de delitos que tienen como pena la cadena perpetua, suscribiendo que se extingue la acción penal a los treinta años. Como se puede advertir, estas normas solo modificaron en cuando se refiere a los plazos de prescripción de la acción penal, pero más no así, en cuanto se refiere a los aspectos normativos, ni en cuanto se refiere a la legalidad del tipo del delito; por la dación en el tiempo, sigue la línea de la norma anterior.

²⁴ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 23 de setiembre de 1994.

2.2.5 PROYECTO DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL 2016

2.2.5.1 Exposición de Motivos del Proyecto de Ley .N° 4307/2014-CR

Este proyecto del Código Penal de 2016, que en gran forma modificaba al actual Código Penal, pero en cuanto interesa al presente trabajo de investigación, es menester precisar que, “en los casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste, previstos en los artículos 382° (concusión), 383° (cobro indebido), 384° (colusión), 385° (patrocinio ilegal), 387° (peculado doloso), 389° (malversación de fondos), 393° (cohecho pasivo propio), 394° (cohecho pasivo impropio), 395° (cohecho activo específico), 397° (cohecho activo genérico), 398° (cohecho activo específico), 399° (negociación incompatible), etc, del Código Penal,” sólo se resaltaba que estos delitos iban a tener la calidad de delitos imprescriptibles, lo que tal vez influenció en la dación de la Ley 30650; se sustentó la necesidad de los delitos imprescriptibles; en base a la necesidad de la sanción por siempre a aquellos sujetos que afectaron bienes o patrimonio del estado; por lo que, en este proyecto, no admite ninguna posibilidad de fijar una cuantía mínima para la configuración del delito de peculado doloso. De lo que también se puede apreciar, es que el Estado ha querido endurecer la política criminal para estos delitos, y no

exista funcionario o servidor público alguno, que pueda esconderse eternamente; sin embargo, no se vio ninguna posibilidad de fijar montos o topes, que desde los cuáles se tendría que tener por configurado el delito de peculado simple.

2.2.6 NUEVAS ORIENTACIONES DE LA CORTE SUPREMA

Se analizarán, las cuatro ejecutorias que se emitieron dentro del marzo del delito de peculado doloso, previsto y penado por el primer párrafo del artículo 387 del Código penal.

A continuación, se analizarán las cuatro ejecutorias supremas, como sigue:

Caso uno:

R.N. N°	3763-2011-HUANCAVELA	
Hecho	Fundamento	Fallo
<p>Segundo: Según acusación fiscal de fojas doscientos sesenta y seis, se imputa a Ricardo Alejandro Vera Donaires, servidor público que se desempeña como abogado de la oficina de asesoría legal de la Universidad Nacional de Huancavelica, <u>haber utilizado papel</u></p>	<p>Quinto: Previo a la solución del caso sub examine es necesario mencionar que <i>“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 social, éste tiende a evitar determinados comportamientos sociales que se reputan indeseables, acudiendo</i></p>	<p>HABER NULIDAD en la sentencia conformada del veintiocho de junio de dos mil once, obrante fojas trescientos veinte, que condenó a Ricardo Alejandro Vera Donaires como autor del delito contra la administración pública, en la</p>

<p><u>membretado de propiedad de dicha casa de estudios</u> - cuatro hojas bond con sello de agua obrantes a fojas treinta y uno y siguientes- con el fin de redactar un escrito a favor de Jesús Ángel Vásquez Ampa –a quien patrocina de manera particular-; habiéndolo presentado ante el Segundo Juzgado Penal de la Corte Superior de Huancavelica, infiriéndose que la elaboración del escrito se realizó con los equipos de cómputo e impresión de la citada Universidad; ello llevó a que el representante del Ministerio Público formulara acusación por el delito de peculado doloso, previsto en el primer párrafo del artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal.</p> <p>Tercero: Del acta de sesión de audiencia de juicio oral –fojas trescientos diecisiete-, se infiere que el encausado Vera</p>	<p><i>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 las sanciones en principio más graves –las penas y las medidas de seguridad-, como forma de evitar los comportamientos que juzga especialmente peligrosos –los delitos-. 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.</i></p> <p>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</p>	<p>modalidad de peculado de uso, a un año de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente, bajo reglas de conducta e inhabilitación de un año, y fijó en trescientos nuevos soles el monto de la reparación civil que deberá pagar el sentenciado a favor de la Universidad Nacional de Huancavelica; reformándola ABSOLVIERON a Ricardo Alejandro Vera Donaires de la acusación fiscal por el referido delito y la citada agraviada; ORDENARON la anulación de sus antecedentes penales y judiciales generados como consecuencia del presente proceso; y los devolvieron. Interviene el señor Juez Supremo Príncipe Trujillo por licencia de la señora Juez Supremo</p>
---	--	---

<p>Donaires se acogió a la conclusión anticipada de los debates orales, conforme lo preceptuado en el numeral cinco de la Ley veintiocho mil ciento veintidós, aceptando los cargos imputados en la acusación fiscal y la reparación civil, con el consentimiento de su abogado defensor, dictándose la sentencia conformada de fojas trescientos veinte. Siendo esto así, la cuestión que en esta instancia corresponde resolver es si el pronunciamiento de la Sala Tribunal, es decir, si por existir una sentencia conformada únicamente corresponde emitir un pronunciamiento sobre el quantum de la pena y reparación civil.</p> <p>Cuarto: A este respecto, se debe señalar que en el Vigente Estado Constitucional de Derecho los jueces de</p>	<p>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 <i>ultima ratio</i> 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.</p> <p>Sétimo: En la misma línea se encuentra el principio de lesividad, por el cual <i>“la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por ley”</i>, 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.</p> <p>Octavo: En un plano estrictamente dogmático, lo acabado de mencionar tiene su correlato en la</p>	<p>Barrios Alvarado.</p>
--	--	--------------------------

<p>la Corte Suprema desempeñan el rol de jueces de garantías de los derechos de los ciudadanos, de tal manera que, contando de una parte con el respaldo legal de lo dispuesto en el artículo trescientos uno del Código de Procedimientos penales, que faculta a esta suprema instancia a absolver al condenado cuando no considere fundada la sentencia condenatoria, de otra parte en aplicación del aforimos <i>iura novit curia</i>, el juez tiene el poder-deber de identificar el derecho comprometido en la causa, aun cuando no se encuentre expresamente invocado por las partes (STC N° 0569-2003-AC/TC, F.J. 6), estando legitimado a absolver inclusive a quien se acogió a la conformidad procesal cuando, luego de una revisión integral del expediente y de las</p>	<p>teoría de la imputación objetiva, en virtud de cuyos fundamentos se tiene que la configuración de la tipicidad atraviesa un filtro de valoración por el cual alcanzan el nivel de una conducta típica sólo aquellos comportamientos que expresen el significado de una relevancia social, o que produzcan una “perturbación social” en sentido objetivo, de lo contrario la intervención del Derecho penal plasmada en la imputación jurídico penal no reflejaría las expectativas normativas de la sociedad por una genuina protección penal.</p> <p>Noveno: 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 de 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</p>	
---	--	--

<p>pruebas obrantes en el mismo, existen fundadas razones basadas en los principios del Derecho Penal para absolver al encausado.</p>	<p>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 transgredir 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 <i>ultimo ratio</i>, corresponde absolver al imputado de la acusación fiscal por el delito imputado.</p>	
---	--	--

Comentario:

Analizando este caso, podemos asumir que la Corte Suprema de la República, ha cambiado de postura en forma radical, por cuanto siempre, se disponían condenas por muy escasas que representen los caudales o efectos públicos, entonces, ese cambio de rumbo, implica que existe la necesidad de regular, ya sea normativamente, lo implicaría realizar una modificación al primer párrafo del artículo 387 del Código Penal, con la incorporación de techo o quantum para que a partir de ella se configure el delito de peculado, y si no supera, las acciones deben ser administrativas.

Caso dos:

A.V. N°	09-2015-1-Lima	
Hecho	Fundamento	Fallo
1.1. Conforme copia certificada de la	3.1. Sobre el principio de mínima	Decisión: Por estos fundamentos, el

<p>Disposición de la Fiscalía de la Nación – fojas ciento setenta-, se atribuye a la denunciada Eva Giselle García León, en su condición de Procuradora Pública del Ministerio de Energía y Minas, haberse apropiado de la suma de ciento treinta y tres soles, dinero correspondiente al fondo de caja chica de la Procuraduría del Ministerio de Energía y Minas, consignando en los comprobantes de egresos respectivos, importes de dinero mayor a los gastos de movilidad que realmente realizaba el practicante pre-profesional Manuel Alfonso Aparicio Gutiérrez, del área de Procuraduría del citado ministerio. Asimismo, se le imputa haber falsificado la firma del referido practicante pre-profesional en los documentos</p>	<p>intervención</p> <p>3.1.1. El principio de intervención mínima constituye un límite al <i>ius puniendi</i> del Estado, pues señala que se justifica la intervención penal siempre que ésta sea necesaria e indispensable para el mantenimiento de la armonía social, pues “<i>El derecho penal deja de ser necesario para proteger a la Sociedad cuando esto puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales</i>”. En ese sentido, se tiene que este principio acoge los siguientes subprincipios: fundamentariedad y subsidiariedad (<i>ultima ratio</i>). En ese sentido, se tiene que el principio de fragmentariedad establece que el derecho penal no interviene en la regulación de todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino solo en las modalidades más peligrosas. Asimismo, el principio de subsidiariedad y/o <i>ultima ratio</i> señala que el derecho penal deberá intervenir exclusivamente cuando otros medios de control social hayan fracasado en el intento de salvaguardar el buen desarrollo de la sociedad.</p> <p>3.1.2. En la jurisprudencia nacional existen diversos pronunciamientos sobre este principio. Así, la ejecutoria suprema recaída en el</p>	<p>Colegiado de esta Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia resuelve:</p> <p>I.- INFUNDADA los recursos de apelación interpuestos por el representante del Ministerio Público y el representante de la Procuraduría Pública Especializada en delitos de corrupción.</p> <p>II.- CONFIRMACIÓN la resolución del cinco de febrero de dos mil dieciséis – fojas sesenta y cuatro- que declaró fundada la excepción de improcedencia de acción formulada por la investigada Eva Giselle García León, respecto al delito de peculado doloso, en la investigación que se le sigue por el citado delito y otro, en agravio del estado.</p> <p>III.- EXIMIERON a</p>
---	---	--

<p>denominados comprobantes de egreso número cinco mil veintinueve al cinco mil treinta y cuatro, a fin de sustentar gastos de movilidad irreales ante la Tesorería y Oficina General de Administración de la institución mencionada.</p>	<p>R.N. N° 238-2009-Lima, en su fundamento jurídico quinto, señala que <i>“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 otro menos lesivo, 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 del Estado sólo se justifica cuando es necesario para el mantenimiento de su organización”</i>. Siguiendo esta línea jurisprudencial. Este Supremo Tribunal también ha expedido las ejecutorias recaídas en los R. N. N° 3763-2011-Huancavelica y R. N. N° 1336-2012-Apurímac, indicando que cuando la lesión resulta ínfima se debe buscar otros mecanismos alternativos al sistema penal, toda vez que con dicho obrar no se quebranta significativamente la</p>	<p>los recurrentes del pago de las costas por la tramitación del recurso.</p> <p>IV.- MANDARON se remita los actuados al Juzgado Supremo de Instrucción, a fin de que continúe el proceso según su estado. Hágase saber y los devolvieron.</p>
---	---	---

	<p>norma.</p> <p>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 al investigado puedan configurar el tipo penal imputado, no obstante, en aplicación del principio de mínima intervención, el derecho penal no podrá acudir a sancionar 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, más aún si existen otras vías alternas que lesionan en menor grado el derecho del ciudadano.</p>	
--	--	--

Comentario:

En esta ejecutoria, magistrados diferentes que vieron el anterior caso, han sostenido que los hechos imputados, por su mínima cuantía, no debería ser objeto del derecho penal, y recurriendo al principio de la última ratio, así como a la mínima intervención del Estado, el hecho no tiene trascendencia para el

derecho penal; estos fundamentos también ayudan a demostrar nuestras hipótesis, ya que, de un lado, no solo en la actualidad resulta necesario y obligatorio fijar un quantum, que a partir del cual, como es una especie de línea divisoria, sean considerados delitos o infracciones administrativas; ya, que hasta estos momentos, ninguna de las ejecutorias antes citadas, han precisado cuál ha de ser ese margen.

Caso tres:

R.N. N°	1336-2012-APURIMAC	
Hecho	Fundamento	Fallo
<p>Segundo: Que la acusación de fojas quinientos ochenta atribuye al procesado Jorge Asunción Sifuentes Valverde, en su condición de Jefe del Estado Mayor de la Policía Nacional del Perú –Región Policial de Apurímac-, que con fecha trece y veinte de marzo de dos mil nueve recibió dos cheques por las sumas de mil trescientos noventa y cinco nuevos soles con setenta y cinco céntimos, y mil ochocientos diecisiete nuevos soles con ochenta céntimos, correspondiente a la recaudación de multas por infracciones de tránsito de los meses</p>	<p>Cuarto: Que, del mismo modo, se ha desvirtuado la comisión del delito de peculado con el dictamen pericial contable ampliatorio de fojas mil treinta y siete, que concluyó “De la documentación existente en autos por infracciones de tránsito de la Policía Nacional del Convenio N° 001-2008, los meses de diciembre – 2008 y enero – 2009 el importe de S/. 3,213.58, los mismos que han sido rendidos en su totalidad por el Coronel Sifuentes. Incluso con el importe de S/. 2.07 a favor por exceso de gastos, tal como se detalla en Anexo N 01, con la observación de que no se distribuyó la alícuota a las comisarías de Abancay, Bellavista, Radio Patrulla, Curahuasi, Tamburco, Huanipaca, Casinchihua, Lambrama y Chalhuanca. También se ha determinado, que de los fondos entregados al Mayor Marco Ayvar, Jefe de DVPOLTRAN existe un</p>	<p>Decisión: Por estos fundamentos, con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de fojas mil sesenta y dos, del dos de diciembre de dos mil once, que absolvió a Jorge Asunción Sifuentes Valverde de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Administración Pública –peculado y malversación de fondos-, y por delito contra la Fe</p>

<p>de diciembre de dos mil ocho y enero de dos mil nueve, con el objetivo de hacerlos efectivo y parte de ellos distribuirlos a las Sub Unidades de Tránsito de las Comisarías de Abancay, Bellavista, Tamburco, Carahuasi, Lambrama, Chalhuanca y Radio Patrulla – Apurímac. Empero, un porcentaje lo destinó indebidamente a la compra de una batería para un vehículo policial de placa de rodaje JY – dos mil cuatrocientos cincuenta y ocho, la adquisición de un cristal para el escritorio de la Oficina del Jefe de Estado Mayor y tres cuadros con bastidores para el gimnasio, sin acreditar la utilización de un saldo ascendente a quinientos cuarenta y un nuevos soles con diecisiete céntimos, monto que se habría apropiado el Coronel PNP Jorge Asunción Sifuentes Valverde.</p>	<p>saldo por distribuir de S/ 1.37 (...). Por lo demás, debido a que los montos cuestionados como objeto de apropiación no se condice con los principios de subsidiariedad y <i>ultima ratio</i> que informa el derecho penal, pues deben priorizarse otras vías distintas a la penal para la solución de conflictos de relevancia jurídica, donde sólo determinados bienes jurídicos, importantes, necesarios e indispensables para la viabilidad de las interrelaciones y la cohesión del sistema social y político ingresan al ámbito penal, los que a su vez 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.</p>	<p>Pública – falsificación de documentos, sub tipo adulteración de documento privado- en agravio de la Municipalidad Provincial de Abancay y la Policía Nacional del Perú- El Estado; con lo demás que contiene; y los devolvieron.</p>
---	---	---

Comentario:

La Corte Suprema, ha reasumido y ratificado su postura, desde que presentaron el proyecto de ley, para modificar el artículo 387 del Código Penal, esto ocurrió en el año 2010; por lo que, en esta ocasión, en forma similar a los anteriores ya comentadas, han venido en afirmar que, por su escasa significancia, la apropiación o apoderamiento de la suma de S/. 329, no es suficiente como para que se configure el delito de peculado doloso; por el contrario, se ha vuelto a sostener que el derecho penal, no ingresará a buscar castigar todas las conductas reguladas en el Código Penal, sino que, tiene que verificar, los casos en razón a la aplicación de los principios de lesividad, de última ratio, de la fragmentariedad, y, utilidad del derecho penal, que como función de expresión del ius puniendi del Estado, debería dedicarse a los casos, complejos, agravados, etc. y estos casos de mínima importancia, dejarlo al derecho administrativo sancionador.

Caso cuatro:

R.N. N°	238-2019-PUNO	
Hecho	Fundamento	Fallo
Segundo: Que la acusación fiscal de fojas seiscientos veinte atribuye a los encausados Coila Roque y Colquehuanca Churata que en su condición de trabajadores de la Municipalidad Provincial de San Román y en particular en su calidad de	Cuarto: Que, sin embargo, también se deben valorar los siguientes indicadores: i) la boleta de internamiento de fojas ocho, que verifica que al momento de recepcionarse el vehículo en mención se encontraba en mal estado de conservación y al efectuarse el inventario de sus accesorios no se consignó aquéllos que Mamani Huanca dice que le fueron sustraídos –se indica que al ingresar al depósito el	Declararon : I. Declararon NULA a sentencia de fojas ochenta sesenta y cinc, del doce de noviembre de dos mil ocho, en la parte que absuelva a Hermilio Jorge Calisaya Castillo, de la acusación fiscal formulada en su contra por delito

<p>vigilantes del depósito Municipal se apropiaron de diversas piezas del vehículo de placa de rodaje número XU –tres mil trescientos nueve de propiedad de Esteban Mamani Huanca, que fue entregado en custodia luego que participara en un accidente de tránsito ocurrido el diecinueve de septiembre de dos mil cinco; que cuando el agraviado el veinte del mismo mes y año se constituyó al depósito municipal a retirar su vehículo, se constató a su insistencia que le faltaban los siguientes accesorios: once botones del sistema eléctrico, un botón de ventana, veinte relays, un flasher de emergencia, cinco fusiles de luces, dos parlantes y un alternador; que, además, se imputa a Hermilio Jorge Calizaya Castillo, Jefe de la Oficina de Personal de la</p>	<p>vehículo contaba, entre otros accesorios, con un relay y alternador-, de modo tal que este documento resulta insuficiente para acreditar la sustracción denunciada; ii) los acusados Coila Roque –véase su manifestación policial de fojas treinta, instructiva de ciento ochenta y nueve y en el juicio oral de fojas setecientos setenta y tres- y Colquehuanca Churata – véase su manifestación policial de fojas veintisiete, instructiva de fojas doscientos noventa y dos y en el juicio oral de fojas setecientos sesenta y dos- negaron en forma uniforme haber sustraído los bienes del vehículo que fue internado en el depósito que ellos vigilaban; iii) el peritaje técnico de fojas cuatrocientos treinta y nueve, que se realizó después del accidente de tránsito que ocasionó, se limita a concluir que el indicado vehículo se encuentra inoperativo por presentar daños materiales. Iv) el cotejo del acta de internamiento del vehículo al depósito municipal con el acta de constatación de pérdidas no comprueba la sustracción de la totalidad de accesorios supuestamente faltantes.</p> <p>Quinto: Que del acta de internamiento del vehículo al depósito municipal y del acta de constatación de pérdidas se</p>	<p>contra la Administración Pública – omisión de actos funcionales en agravio del Estado y de Esteban Mamani Huanca; reformándola: declararon EXTINGUIDA LA ACCIÓN PENAL POR PRESCRIPCIÓN a favor de Hermilio Jorge Calisaya Castillo por el delito contra la Administración Pública – omisión de actos Funcionales en agravio del Estado y de Esteban Mamani Hanca; DISPUSIERONS se anulen los antecedentes policiales y judiciales de Hermilio Jorge Calisaya Castillo en relación de los hechos que originaron el presente proceso, y se archive definitivamente lo actuado en cuanto a este extremo se</p>
---	--	--

<p>Municipalidad, haber omitido dar el trámite correspondiente al reclamo que formuló el agraviado Huamaní Huanca en relación a la sustracción de los accesorios ya mencionados.</p>	<p>acredita que falta sólo un alternador y un relay –y no todo lo que indica el agraviado Mamani Huanca-; 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 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</p>	<p>refiere. II. Declararon NO HABER NULIDAD en la propia sentencia en el extremo que absuelve a Miguel Coila Roque y Zenón Colquehuanca Churata de la acusación fiscal de formulada en su contra por delito contra la Administración Pública –peculado por extensión en agravio del Estado y de Esteban Mamani Huanca; con los demos que al respecto contiene y es materia del recurso; y los devolvieron.</p>
--	--	--

	<p>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.</p> <p>Sexto: Que, en lo que representa al delito de omisión de actos funcionales atribuido a Hermilio Jorge Calisaya Castillos, se le imputa que en su condición de Jefe de la Oficina de Personal de la Municipalidad Provincial de San Román omitió dar el trámite correspondiente al reclamo que formuló el agraviado Huamaní Huanca por la pérdida de los accesorios mencionados anteriormente; que aún, cuando el</p>	
--	---	--

	<p>indicado encausado no llevó a esto las acciones necesarias para viabilizar el reclamo del agraviado, resulta necesario verificar si a la fecha se encuentra vigente la acción penal para su persecución; que el ilícito en referencia está previsto en el artículo trescientos setenta y siete del Código sustantivo, que lo sanciona con dos años de pena privativa de libertad, lo que significa que la acción penal prescribe a los tres años de su comisión, conforme a lo dispuesto por los artículos ochenta y tres del acotado código; que es de precisar que en el presente caso no se puede aplicar la última parte del artículo ochenta del Código Penal – duplicidad del plazo ordinario- por no tratarse de un hecho punible cometido contra el patrimonio del Estado.</p>	
--	---	--

Comentario:

Con las cuatro ejecutorias, estamos convencidos de la existencia de la necesidad del cambio de rumbo en la tipificación del primer párrafo del artículo 387 del Código Penal, pues ello ya implica poner techos o quantum, que a partir de ella, recién para hablar del delito de peculado; ya que, en ninguna de las cuatro ejecutorias, ninguno de los magistrados que participaron, han propuesto que debe establecerse un monto mínimo, que a partir de ello, se construya la existencia de un delito; por el contrario, ha dejado abierto, que no existe techo, entonces nuestra propuesta será que se modifique el citado artículo del Código Penal, fijando en una impositiva tributaria o su equivalente, y, cuando se supere ese monto, recién hablemos de la comisión del delito de peculado, por lo tanto, nuestra hipótesis, prima facie se encuentra probada.

2.2.7 EFECTOS DE LA PRESCRIPCIÓN

Que incorpora un sexto párrafo al artículo 80 del Código Penal; y, por primera vez en el Código Penal peruano se incorpora que, en caso de delitos cometidos por funcionarios públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste, el plazo de prescripción se duplica. Es de afirmar que, nunca intentó ni siquiera tratar la posibilidad de fijar un quantum para poder determinar la comisión del delito de peculado simple; además, cuando se dio esta ley, también la propia Corte Suprema de la República, sostenía que no interesaba el valor o monto del bien público apropiado, por lo que igual constituía delito de peculado, por lo que debería ameritar que se imponga una condena.

2.3 BASES TEORICAS DE LA INVESTIGACIÓN:

2.3.1 TEORÍAS DE LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

En todo Código penal, como en la nuestra, que en el artículo 23 del Código penal, se recurrir a identificar al infractor de la ley penal, y, luego considerar si es autor, coautor, instigador, autor mediato, o partícipe; todo con una sola finalidad, de imponer una pena al final del proceso penal.

Sin embargo, con la incorporación del tercer párrafo al artículo veinticinco del Código Penal, mediante Decreto Legislativo No 1351²⁵,

²⁵ Decreto Legislativo No 1351 publicado el 07 de enero de 2017, que en su artículo segundo se estableció la incorporación al artículo 25 del C.P. el siguiente texto “El cómplice

entonces de alguna manera quedó más aclarado, que a los extraños a la función pública, a quienes se les debería imputar el delito común de hurto, por la naturaleza de la infracción del deber del funcionario o servidor público, pues le merecerá una sanción dentro de ese ámbito de la comisión del delito.

En los comportamientos humanos, con las que se pueden violar las normas prohibitivas del Código penal; pueden existir actos solitarios y actos compartidos o con la participación de varias personas; motivo por el cual, se dio la necesidad regular estas posibilidades; por ello, en el artículo 23²⁶ y siguientes del Código Penal²⁷ y sus modificatorias²⁸, se desarrolló con amplitud sobre los diversos tipos de autorías; como son la autoría, la autoría mediata y la coautoría; la primera está referida a la comisión de un hecho punible en forma solitaria, sin la participación ni contribución de otros; la segunda se refiere, que se utilizó a un instrumento, es decir el que ejecuto el delito es uno diferente al que

siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurran en él”.

²⁶ Artículo 23 del Código Penal. “El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometen conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción.”

²⁷ Artículo 24 del Código Penal, que regula la instigación. “E que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor”.

²⁸ Artículo 25 del Código Penal. “El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor.

A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena. ...”

domina el hecho; mientras que la última, está referido a la participación o actuación en un mismo escenario de la comisión del delito de varias personas, en las que se pueden distribuir roles, pero todos dominan el hecho. Es necesario tener presente, que la persona que cometió un delito de peculado doloso, pero dentro de ella a aquellas conductas, que impliquen escasas afectaciones al patrimonio del Estado, pudiendo ser a título de autor, como infracción del deber, o con la participación de otras personas, es a esos márgenes o casos, que se refiere el presente trabajo de investigación, que tomando la postura de la Corte Suprema pretendemos proponer que se cumpla con fijar una cuantía que a partir de la cual, se considerará delito, nuestra propuesta será que el base para ésta sea la unidad impositiva tributaria.

Como quiera, que el delito de peculado doloso, es un delito de infracción del deber, entonces, será útil desarrollar las dos teorías aplicables a los delitos de infracción del deber, cuando actúan dos o más personas en la comisión de un delito; en consecuencia, tenemos:

2.3.1.1 Unidad de Título de Imputación

Esta teoría, nace en las postrimerías de la teoría finalista de la acción, llegando a consolidarse con la teoría finalista; además tiene su sustento, en la teoría de la autoría y participación, cuando se advirtió la existencia de la dificultad de imputar un hecho ante la participación de funcionarios y servidores públicos, así como la participación de extraños o

ajenos a la función pública, en un mismo hecho punible; de allí que es totalmente posible la participación de varias personas en el delito de peculado; unos pueden cumplir con la exigencia normativa de ser funcionarios o servidores públicos, y, otros ajenos a dicha función; pues este problema ha sido resuelto de algún modo con la incorporación del tercer párrafo al artículo 25 del Código Penal, mediante el artículo 2 del Decreto Legislativo 1351, cerrando así, cualquier discusión, sobre todo por parte de los señores abogados.

Los problemas básicos fueron, que cómo se debía procesar, investigar, acusar y juzgar, en un mismo proceso a funcionarios o servidores públicos conjuntamente con los particulares, y cómo debería ser la dosificación de las penas; además, cómo se debería de computar los plazos de prescripción de la acción penal y dentro de este aspecto, la Corte Suprema de la República, ha establecido que la duplicidad de los plazos de prescripción es solo para funcionarios o servidores públicos, mas no así para los particulares; también se ha precisado que las penas solo serán impuestas bajo la actuación de la complicidad primaria. Sin embargo, el Congreso de la República mediante la Ley 30650, que modificó el artículo 41 de la Constitución Política del Estado, estableció la imprescriptibilidad incluso para los particulares; sobre este particular, la presente tesis no

abarcará, porque es tan amplio, que ameritaría otra investigación.

Entonces, nació la teoría de la unidad de título de imputación, en el que, en un mismo proceso, debería de investigarse, procesarse, acusarse, juzgarse y condenarse, tanto a funcionarios o servidores públicos y los particulares; pero con la siguiente diferenciación:

- a) A los sujetos cualificados con son los funcionarios o servidores públicos, como autores de la acción cometida, por tratarse de un delito de infracción del deber.
- b) Mientras que, a los particulares o ajenos a la función pública, como cómplices en las acciones de los funcionarios o servidores públicos, por lo general como cómplice primario. Toda vez que, en estos delitos de infracción del deber, la contribución del ajeno, siempre será determinante en la comisión del delito del sujeto especial, no siendo solo a nivel de complicidad, sino también pudiendo ser con facilidad en calidad de autor; pero con consentimiento válido del servidor o funcionario público, o como coautor, cuando actúan en forma conjunta, pero que se va diferenciar por la calidad del sujeto especial, como son los funcionarios o servidores públicos, en los que habrá un dolo reforzado, es decir por un lado, está infringiendo sus deberes de lealtad, probidad, honradez, para con los bienes del Estado;

por otro, la acción propia del apoderamiento; mientras que el particular o extraño, solo actuará como un autor más; pero, como que se trata de un delito de función, la infracción de deber no lo hace el particular, sino el sujeto cualificado (servidor o funcionario público), motivo por el cual, es que se hace la diferenciación de autor y cómplice primario, en estos supuestos.

2.3.1.2 Ruptura del Título de Imputación

Esta teoría fue anterior a la unidad de título de imputación, que consistía, en que a los particulares o extraños, no se les podía investigar, acusar, juzgar ni sentenciar en forma conjunta con los sujetos cualificados por la función, ni por los delitos especiales propios, que cometieron los funcionarios o servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, y que implicaban la comisión del delito con la consiguiente infracción de su deber asignado por las normas administrativas; sino, que debían ser procesarles por los delitos comunes, por tratarse de personas también comunes, sin cualificación alguna; pues ello implicaba, generar varios problemas como:

- a) Sobre la prescripción, en los delitos comunes, las prescripciones son más cortas, mientras que, en los delitos especiales propios, son más largos los plazos.

- b) Existiría discusión en la imputación necesaria en los delitos comunes, pues al existir dificultad en la identificación de la acción como delito común, también conllevaba a generar problemas sobre la imputación necesaria.
- c) Asimismo, habrá dificultades, en cuanto se refiere a la determinación de la autoría y participación.
- d) Otro problema que se presentaba fue, que en ocasiones a uno se absolvía mientras que al otro se condenaba, refiriéndonos que a los ajenos los absolvían de los delitos comunes, mayormente por la falta de la imputación; mientras que los funcionarios o servidores eran condenados.
- e) Por lo tanto, se tenía que identificar en forma plena al tipo de delito común atribuible; entonces, la dificultad de esta teoría, ha sido, que, en muchas ocasiones, a los particulares se les sancionaba con penas muy bajas, o, por el contrario, con penas muy drásticas; mientras que, al funcionario o servidor, público tal vez terminaba con una absolución, o con la imposición de penas más severas; o en el caso del particular, no ameritaba ni siquiera ser investigado. Por ello que, esta teoría, en nuestro país ya no está en uso; porque además, se ha asumido la aplicación de la teoría de la unidad de título de imputación, para que tanto funcionarios o servidores públicos y los particulares, sean procesados y juzgados en un solo proceso, en observancia al debido

proceso, de un lado, pero de otro al principio de legalidad y al principio de responsabilidad, ya que, si alguien comete un delito, pues merecer ser sancionado, pero en igualdad de condiciones que todos los que participan en la comisión del mismo hecho punible, claro está con la sola diferenciación del uso de las atenuantes genéricas, las atenuantes privilegiadas, así como las agravantes tanto genéricas y privilegiadas, y las salidas o beneficios procesales como la confesión, la colaboración eficaz, la terminación anticipada y la conclusión anticipada de los debates orales.

2.3.1.3 Bien jurídico

Según Peña Cabrera²⁹, el bien jurídico en el delito de peculado, constituye que, “cuando el servidor o funcionario público, en pleno ejercicio de sus atribuciones funcionariales y aprovechando en forma indebida, los bienes (caudales o efectos) bajo su administración, custodia o precepción”, los aparta de la esfera del dominio público, poniéndolo en la posibilidad de disponerlo, y obtener un provecho ilícito; por lo que el bien jurídico, en este delito, debe entenderse como la corrección en la administración pública, en el uso de los caudales o efectos.

²⁹ Peña Cabrera F. Raúl (2016). Derecho Penal Parte Especial. Lima, Perú; Tercero Edición, Tomo V, Editorial IDEMSA, pág. 384.

2.3.1.4 Imputación objetiva en los Delitos de Infracción de deber.

Vale incorporar como un añadido al presente, sobre la imputación objetivo³⁰ siguiendo a García Cavero, en los delitos funcionariales especiales, la imputación objetiva presenta criterios particulares, aún, cuando los elementos de la imputación objetiva no varían, es decir son los mismos; pero, se requiere realizar la imputación del comportamiento, que “está constituida por el incumplimiento de un deber específico que exige una prestación positiva en el marco de una vinculación institucional.” Por ello, se sustenta que dicha imputación, en sus componentes de quién está obligado legalmente a hacer o no hacer; de cómo se infringe el deber institucional o estatal; y, finalmente cuáles son límites de la competencia institucional. Lo que se espera es, saber quién tiene el deber legal, institucional o estatal, para con el bien que recibió en administración, custodia o percepción; o, saber de qué manera ese servidor o funcionario público, orientado a cometer un delito determinado; y, cómo se encuentra reguladas las atribuciones de los dependientes del Estado, para comprender todo ello, existen otros factores como son:

- a) Todo funcionario o servidor público, que tiene relación funcional específica con los bienes del Estado, sólo se

³⁰ García C. Percy (2012). Derecho Penal Parte Especial. Lima, Perú; Segunda Edición, Jurista Editores, pág. 470.

probará en primera instancia con los documentos de asignación patrimonial; y, en segundo lugar, por el uso del bien para cumplir con la función pública.

- b) Las competencias y atribuciones asignadas por los instrumentos de gestión, como los Manuales de Organización y Funciones, los Reglamentos de Organización y Funciones; y, los Reglamentos Internos, para así complementar, no solo las funciones del empleado público, sino también, sobre la relación específica para con los caudales o efectos, objeto del delito.

2.3.2 PRINCIPIOS FUNDAMENTADORAS AL TEMA

2.3.2.1 Principios Sustentados por la Corte Suprema

Sala Penal Permanente R.N. N° 238-2009-PUNO, en el fundamento, Quinto, precisó que “del acta de internamiento del vehículo al depósito municipal y del acta de constatación de pérdida se acredita que falta sólo un alternador y un relay- y no todo lo que indica el agraviado Mamani Huanca-; 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 deje 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 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. En este fundamento de la Ejecutoria materia de análisis, se hace referencia al principio de

última ratio, así como a la mínima intervención del Derecho Penal, sustentando que, para los casos como el presente, existen otras vías, que, pueden y son más eficaces, como el derecho administrativo sancionador.

De modo similar ha sostenido en el R.N. N° 3763-2011-HUANCAVELICA; pues al sostener 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, éste 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 las sanciones en principio más graves -las penas y los medios de seguridad-, como forma de evitar los comportamientos que juzga especialmente peligros”. En el mismo sentido ha afirmado en profesor Santiago Mir Puig³¹, pues ha venido en sostener, que el Derecho Penal, debe encontrarse a disposición del Estado, como instrumento de control social, sólo cuando los hechos o

³¹ Santiago Mir Puig. Derecho penal Parte General, Editorial Reppertor, octava edición. Barcelona 2008, página 40.

injustos, tengan relevancia social, relevancia de gravedad, y más no así, distraer sus fuerzas, en casos que no tienen trascendencia; por lo que la política criminal del Estado, no debe convertirse en instrumento de cacería de brujas, interviniendo a los delitos de mínima importancia, como son las apropiaciones de montos ínfimos como podrían ser doscientos soles, o trescientos soles, o montos menores, como en las sentencias que los analizaremos. La Suprema agregó que, “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. “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”, es que la Corte Suprema, compartiendo la postura del profesor español Silva Sánchez, Jesús María³², resaltando, la utilidad del Derecho Penal, en el contexto de su instrumentalidad, de su valor que representa en la prevención general como un medio intimidador, una intimidación que en los

³² Sánchez, Jesús María³², aproximación al Derecho Penal contemporáneo, segunda edición, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, dos mil diez, página trescientos noventa y tres)

supuestos de delitos de poca monta o escasa importancia, pues solo representará como un instrumento de deslegitimación, por cuanto esa persona investigación, por el apoderamiento de doscientos soles, o menos, por citar algunos supuestos, se concluirá sin imponer sanción alguna, esto, después de varios meses de investigación, pues en esas circunstancias el Derecho Penal ya no es utilitario, motivo por el cual, la Corte Suprema agregó que “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 de conflicto a una sanción menos gravosa que la penal, delimita el campo de acción que la intervención penal únicamente a aquello que sirve eficazmente a la prevención general positiva de la pena”, entonces, existen otros medios de control social formal, como el derecho administrativo sancionador, que será eficaz en la medida que en forma oportuna el Estado actúa sancionando, de acuerdo al principio de inmediatez³³.

³³ Que, según el derecho administrativo sancionador, implica, que la sanción debe y tiene que ser pronta, oportuna y eficaz, para que ese derecho estatal no pierda contenido, y también se vuelva ineficaz, como el derecho penal o el derecho civil.

En otro pasaje del fundamento del por qué, no deben sancionarse las apropiaciones mínimas por medio del derecho penal, encontramos también al principio de lesividad, por el cual “la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por ley”³⁴, entonces, cuál será la lesión que pueda sufrir el Estado, por ejemplo con el apoderamiento de cincuenta soles, cien soles, etc. pues será mayor el desgaste del sistema de justicia, investigando por dichos montos, cuando existen otros mecanismos de control social, que deben activarse; por ello, la misma Corte Suprema termina afirmando que “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”, entonces viene a afirmar una postura, en el que se entiende que el derecho penal, debe encontrarse reservado para los delitos agravados, o de importancia social de mayor grado, o gravedad; pues de lo contrario, solo investigando estos hechos por montos escasos, se distraerá y se pueden dejar de perseguir delitos tan graves, como los de lavado de activos, los de la criminalidad organizada, las grandes corrupciones, los enriquecimientos ilícitos, etc.

³⁴ Sánchez V. Pablo. Código Penal. Lima, Perú; Editorial Grijley, pág. 41, cuando se transcribe el artículo IV el título Preliminar del Código Penal, “La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”.

En ese sentido también Günter Jacobs³⁵ ha expresado que, el derecho penal, o el fundamento dogmático del castigo, que el Estado debe propiciar como un medio de control social formal, no debe enfocarse en asuntos de mínima importancia, ya sea, por el monto, su valor, o por la forma del comportamiento, salvo estrictamente en los delitos de cohecho; sino, que deberá orientarse a los casos que interesan a la sociedad, 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; sino, existe el riesgo, de que el Estado, por medio de los gobernantes de turno, cual cortina de humo, se dediquen a perseguir a aquellos funcionarios o servidores públicos que se hayan apoderado de sumas ínfimas, como en los ejemplos que ya hemos sugerido líneas arriba.

2.3.2.2 Principio de proporcionalidad.

Que contiene, a su vez los sub principios de idoneidad, de necesidad y proporcionalidad propiamente dicha, que no debe faltar como motivación en ninguna sentencia, por más sentencia anticipada que fuera; pero, lo que este principio representa para el presente trabajo de investigación, es el sentido que representa,

³⁵ Jacobs, Günter, La Imputación Objetiva en Derecho penal, traducción de Manuel Cancio Meliá, Grijley, Lima mil novecientos noventa y ocho, página veintidós y siguientes)

es decir, cuál es la necesidad de sancionar conductas que no representan una lesión o ponen en peligro bienes jurídicos, que afectan el patrimonio del Estado; así, como sustentar la idoneidad, es decir, si serán idóneas buscar sanciones punitivas por montos escasos, como en las cuatro sentencias que analizaremos; o por el contrario el Estado debería de concentrarse en la búsqueda de sanciones a delitos que representan peligro para la sociedad, como el tráfico ilícito de drogas, que afecta a toda la colectividad, o los delitos de minería ilegal, que asociado a los delitos ambientales, igualmente afectan a toda una comunidad, además del ecosistema.

2.3.2.3 Principio de razonabilidad.

Es un principio, que busca la razón para una sanción, así, será razonable:

- a) Que el Estado, despliegue esfuerzos, con la actividad de los fiscales, de la policía, de los magistrados del Poder Judicial, y de peritos contables, para investigar por cien soles, o quinientos soles; creemos que no existe una razón sociológica, pero tal vez sí legal; o,
- b) Por el contrario, resultará totalmente razonable, que el Estado, para los casos de mínimos montos apropiados, deje al derecho administrativo sancionador, para que cumpla con su finalidad, a su vez, precisando, que si el órgano

sancionador, no cumple con su rol en un plazo breve, también deben ser destituidos; entonces, será razonable, que a un funcionario o servidor público que se apropió un monto ínfimo, como lo precisado antes, el derecho administrativo, debe sancionar, por ejemplo, con la devolución no solo de la suma apropiada, sino tal vez el triple de la misma, y, en un plazo de tres meses; y que debería descontarse por intermedio de las planillas, entonces, la sanción será eficaz, sin mayor costo para el Estado.

- c) También será razonable, que el Estado, oriente su política criminal a la persecución de otros delitos agravados, como ya lo precisamos líneas arriba; más aún, toda política criminal del Estado debe responder a finalidades concretas, y, por lo tanto, deben ser razonables, más no así inhumanas, no solo en la persecución sino también en la sanción penal, cuando corresponda.

2.3.2.4 Finalidad de la pena.

Otro principio que tiene relación con el presente trabajo de investigación, es la finalidad de la pena; que como toda sanción penal, siempre ha de cumplir una finalidad, en la realidad peruana, dicha finalidad se encuentra regulada en el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado,

es decir, toda pena o medida de seguridad tiene por finalidad concreta, resocializar, reincorporar y rehabilitar a una persona condenada; entonces, cómo ha de cumplir esta finalidad, en los casos en los que persigue, para luego de muchos años, y todavía en la Corte Suprema, se afirme que, en los casos de mínima importancia o mínima lesión, los imputados deben solicitar la excepción de improcedencia de acción, y por lo tanto disponerse el archivamiento de la causa, aún, no compartiendo esta última postura, porque también puede declararse fundada el medio técnico de defensa antes glosado, de oficio.

2.3.2.5 Principio de doctrina jurisprudencial.

A criterio del Dr. Salas Arenas, Juez Supremo de la Corte Suprema³⁶, como consecuencia de la ponencia presentada en la Corte Superior de Justicia de Junín, organizada por el Ministerio de Justicia, ha sostenido, frente a la pregunta de un interlocutor, que, al existir ya cuatro ejecutorias supremas en el mismo sentido, en el que participaron el mayor número de magistrados en lo penal de la Corte Suprema, ya constituye una doctrina jurisprudencial, por lo que solo faltó, que se declare de carácter vinculante; afirmó, que ya debería ser que de oficio, se declaren fundadas las excepciones de improcedencia de acción,

³⁶ Salas Arenas. (diciembre-2017). En la Ponencia Presentada en la Corte Superior de Justicia de Junín.

a mérito del artículo 6 del Código Procesal Penal de 2004³⁷, que se lee así “Las excepciones que pueden deducirse son las siguientes:

- a) Naturaleza de juicio, cuando se ha dado al proceso una sustanciación distinta a la prevista en la ley;
- b) Improcedencia de acción, cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente;
- c) Cosa juzgada, cuando el hecho punible ha sido objeto de una resolución firme, nacional o extranjera contra la misma persona;
- d) Amnistía;
- e) Prescripción, cuando por el vencimiento de los plazos señalados por el Código Penal se hay extinguido la acción penal o el derecho de ejecución de la pena.”

Luego la misma la misma norma, en el inciso 3° del artículo 7° estableció que “Los medios técnicos de defensa referidos en este dispositivo, pueden ser declarados de oficio”; por lo que, toda vez que en la última parte estableció, que los medios técnicos de defensa, también pueden ser declarados de oficio, aún, cuando en otra ocasión la misma Corte Suprema

³⁷ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Código Procesal Penal de 2004, Segunda Edición Oficial. Lima, Perú; 2016. Páginas 14, 15.

indicó, que los medios técnicos de defensa, solo deben ampararse a pedido de parte, esto, ya en forma contradictoria; extremo que también, en el futuro deberá ser modificado no solo por la Corte Suprema, sino también por los jueces de juzgamiento, optimizando la labor del magistrado, que actuará no solo aplicando las ejecutorias supremas, sino sobre todo interpretando en armonía con el postulado del inciso 3° del artículo 7° del Código Procesal Penal de 2004.

2.3.2.6 Principio de lesividad.

Conforme al artículo IV del Título Preliminar del Código Penal³⁸, que establece que la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley; lo que significa, que solo se sancionará cuando existe lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, que cuando equiparamos con el sistema civil, en el ámbito civil, habrá reparación en función al daño; que a decir de Aníbal Torres Vásquez³⁹ ha precisado que para la reparación de un hecho, sustentado en un daño, debería cumplirse de manera copulativa con o siguientes elementos:

³⁸ Artículo IV del Título Preliminar del Código Penal. “La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley.”

³⁹ Torres V. Aníbal. (2016). Código Civil Tomo V, Comentarios y Jurisprudencia, Concordancias, Antecedentes, Sumillas, Legislación Complementaria. Lima, Perú, Octava Edición, Editorial IDEMSA.

- a) El daño. Que constituye el menoscabo de un bien, que puede resultar como una inoperatividad, o la disminución en su operatividad, o pérdida o menoscabo de su valor.
- b) La antijuricidad. En que la conducta es contrario a los ordenamientos jurídicos.
- c) La relación causal. Que entre una acción determinada y su el daño o resultada, exista una relación directa; y,
- d) El factor de atribución. Que ese resultado, es atribuible a una persona determinada.

Entonces, en al ámbito civil, si no se cumple con los cuatro elementos antes descritos, entonces, no habrá posibilidad alguna de fijar el pago de una reparación. Pues del mismo modo, en el ámbito penal, si no existe lesión o peligro del bien jurídico, no tiene por qué sancionarse al sujeto imputado de la comisión de un hecho punible.

2.3.2.7 Principio de última ratio.

Al derecho penal, se le considerará para su actuación, como una última función, o última oportunidad, es decir, cuando ya las otras normas o sistemas fracasaron, pero no, en cualquier caso, sino, siempre y cuando los hechos constituyan delito. Este principio es de aplicación, por la mínima importancia de los hechos, como, por ejemplo, en los delitos de hurtos simples, en los delitos culposos, en los de conducción en estado de ebriedad,

que debería concluir con la aplicación del principio de oportunidad, ante el Ministerio Público. Sobre este tema también, García Caveró⁴⁰ sostiene que también es conocido como el principio de mínima intervención del Derecho Penal, o como lo precisan los criminólogos como Pablos de Molina o Alessandro Barata, es el llamado minimalismo; también conocido como la última ratio, por el que el Derecho Penal, solo debe intervenir en los casos estrictamente necesarios, o de otro modo, se dice cuando el conflicto social no pueda ser resuelto por medio de los otros sistemas de control social, nos referimos a los sistemas extrapenales, como el Derecho Civil, el Derecho Administrativo, etc.

2.3.2.8 Principio fragmentario.

En todo sistema de justicia, así como en el conjunto de las normas, cada una cumple un rol determinado en la sociedad, para las soluciones de las diversas formas de conflictos sociales; entonces, en ese sistema, también tiene lugar el derecho penal, que se aplicará a los casos que la ley dispone. En ese sentido, el mismo García Caveró⁴¹, agregó que es entendida “como una exigencia de limitación de la punibilidad de las acciones o hechos injustos, por la que no toda conducta lesiva de bienes

⁴⁰ García C. Percy. (2012). Ob. Cit. pág. 136

⁴¹ García C. Percy (2012) Ob. Cit. pág. 137

jurídicos merecedores de protección penal debe ser sancionados penalmente”, lo que propone la Corte Suprema con las cuatro ejecutorias ya analizadas, es precisamente ello, es decir, que el derecho penal, no debe ser el medio de control social formal, la que debe avocarse a esas apropiaciones o apoderamientos de sumas menores; pero, que a la Corte Suprema, le faltó es fijar más o menos cuál sería el monto que delimite la línea entre el interés a investigar penalmente, y que marque la diferencia, para que el Derecho Administrativo Sancionador entre a tallar, ese vacío dejado por la Suprema Cortes de la República, es lo que con el presente trabajo queremos llenar.

2.3.2.9 Principio de mínima intervención del derecho penal.

Dentro de las modernas corrientes del derecho penal y la criminología, se han postulado teorías de la mínima intervención del derecho penal, del tal suerte que, asociados a la lesividad, así como a la última ratio, el derecho penal, solo debe constituir un medio de control social formal, para los casos más complejos, más graves, para la protección de la sociedad; mientras que para los casos de escasa importancia, deben dejarse que funciones otros sistemas, como el derecho administrativo sancionador; así, el Estado, no pierda horizonte en las investigaciones, juzgamiento y posterior condena, con la consiguiente distracción de fuerzas, en las investigaciones fútiles; sino por el contrario,

concentrar sus esfuerzos en los casos emblemáticos. Este principio también, es de arribo que los otros principios antes ya glosados, además que por la funcionalidad del sistema de justicia, por la seguridad jurídica, así como por la eficacia y los principios de economía y celeridad procesal, creemos que no deben movilizarse a todo el aparato del sistema de justicia para sumas ínfimas como trescientos soles, o menos; movilizando a la Policía Nacional, al Ministerio Público, al Poder Judicial, representados por sus jueces de los distintos niveles, a los procurados públicos anticorrupción, al ministerio de justicia, representado por los abogados de la defensa pública, para que al final, se concluya declarando fundada un medio técnico de defensa, como la improcedencia de acción, proceso en el que ni siquiera se va lograr una reparación civil que represente el esfuerzo desplegado por el propio Estado.

2.3.2.10 Principio de eficacia.

Cuando se mide, los resultados del derecho penal, como instrumento de sanción, para las infracciones consideradas delitos, que deben ser en plazos determinados; con los resultados, de las otras ramas del derecho, como el derecho administrativo sancionador, es obvio que, mayor eficacia encontraremos o debemos encontrar en este último; pero, para los casos que impliquen infracciones administrativas, esto, con

la observancia del principio de inmediatez, caso contrario, igual se tornará ineficaz.

Este aspecto, no necesariamente implica que estamos ante una crisis de la legalidad, como afirma Luigi Ferrajoli⁴² “la legalidad ordinaria, por efecto de la inflación legislativa que ha provocado, en todos los países avanzados, un colapso del principio de legalidad”. Pues la inflación legislativa, no solo se da en los países europeos, sino también en nuestra realidad, pues se han venido a regular conductas, innecesarias como por citar solo por ejemplo: la regulación del supuesto en el artículo 168-A del Código Penal, totalmente inoperativo, o la regulación del artículo 251-A en la misma norma material, igualmente inoperativo, que en su vigencia de más de veinte años, por lo menos en el Distrito Judicial de Junín, no se ha tenido ni un solo caso judicializado.

Por lo que, el principio de legalidad en rigor, la formal, la pura, creemos que ha fracasado, más aun, están al Estado Constitucional, se debe priorizar al Derecho Penal, dándole el funcionamiento para aquellos casos, en los que realmente amerita que el Estado se beneficie; por ello, que los apoderamientos de escasas sumas de dinero, es real y latente que el Estado pierde esfuerzos innecesarios, y si realizáramos un

⁴² Ferrajoli L. (2016). Derechos Fundamentales, Democracia Constitucional y Garantismo. Lima, Perú; Editorial RZ Editores; primera edición en Colombia con autorización de RZ Editores, Ediciones Jurídicas AXEL, pág . 51/52.

análisis económico del derecho, en los casos antes citados, pues, hablando desde el punto de vista de la criminología, no le es rentable al Estado, motivo más que suficiente como para argumentar que para que se configure el delito de peculado doloso simple, previsto en el primer párrafo del artículo 387 del Código Penal, resulta necesario fijarse una cuantía; y tal vez no sea el único delito que requiere ese presupuesto.

2.3.2.11 Principio de Control de Constitucionalidad.

Por un lado, la persecución eterna, así como la persecución innecesaria, subyacen del artículo 1° (referido a la dignidad), del artículo 43 (que estableció la forma de gobierno), y de manera especial del inciso 3° del artículo 139 de la Constitución Política del Estado; entonces, si con las cuatro sentencias dictadas por la Corte Suprema de la República, además del proyecto de Ley propiciado en el año 2010, se logra establecer la existencia de una doctrina uniforme, por lo tanto, adquiere el carácter de general o de observancia obligatoria; además, considerando que sus principios, siempre deben estar por encima de las normas infra constitucionales, como los Códigos penales, civiles, procesales penales, y el principio de lesividad es un principio general, por lo que debe ser la base para cumplir con fijar un quantum mínimo, que a partir del cual, constituirá delito de peculado, por lo que proponemos que sea el

equivalente a una unidad impositiva tributaria; y en los supuestos de apoderamientos menores, que sea el derecho administrativo sancionador la responsable, de cumplir con el castigo pecuniario al funcionario o servidor público; además, que de conformidad con el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional⁴³, se estableció que “El contenido y alcances de los derechos fundamentales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”; a ello debe agregarse vía interpretación, si ya los magistrados de la Corte Suprema han expresado y generado una línea jurisprudencial, así como que ninguna de dichas decisiones fueron objetados ni cuestionados en sede constitucional, entonces, se pone de manifiesto, que ya constituye parte del debido proceso, la observancia de dichas decisiones, así como la aplicación de los principios desarrollados en cada una de las cuatro sentencias ya analizadas.

⁴³ Sánchez V. Pablo (2017). Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal, Código Procesal Constitucional. Lima, Perú; Primera Edición, Importadora y Distribuidora Editorial Moreno S.A., pág. 967.

2.3.2.12 Control de convencionalidad.

Si el propio Estado, por intermedio de uno de los máximos órganos de la administración de justicia, como lo es la Corte Suprema de la República, ha establecido una línea jurisprudencial; entonces, a partir del principio de igualdad, que tiene rango convencional, y considerando que, nuestro país se ha adherido a los instrumentos internacionales, entre ellos, por ejemplo al conocido como Pacto de San José, lo que implica, que ningún ordenamiento interno o peruano debe encontrarse al margen de los controles de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como a los Informes u Opiniones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por lo que, en todos los supuestos de las investigaciones contra servidores o funcionarios públicos, en los que la afectación patrimonial sea por sumas menores; y, acudiendo al principio de igualdad, deben ser declarados de oficio, fundada las excepciones de improcedencia de acción, caso contrario, un imputado, puede recurrir incluso tanto a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a reclamar que se cumpla con los criterios jurisprudenciales nacionales; toda vez que, no puede aplicarse en forma discriminadora, para unos sí y para otros no. Por otro lado, debemos precisar que, a la Corte Suprema, o más claro a los magistrados de dicho órgano judicial, les faltó tal vez valentía,

para afirmar que los criterios establecidos en las cuatro sentencias, tienen el carácter de vinculantes, o en su defecto, que cumplan con proponer que se fije, un monto mínimo, para que se configure el delito de peculado.

2.3.2.13 Principio de aplicación de los Instrumentos Internacionales.

Que los principios contenidos en los diferentes Instrumentos Internacionales, una vez ratificados por el Estado forman parte de nuestro derecho interno, de conformidad al artículo 55 de la Constitución Política del Estado⁴⁴, entonces, los principios de dignidad, de igualdad, de razonabilidad, de proporcionalidad, de lesividad, entre otros, deben aplicarse por igual en todos los casos.

2.3.3 ¿ES RELEVANTE LA CUANTÍA DEL PERJUICIO PATRIMONIAL?

Según Salinas Siccha⁴⁵ “El tipo penal 387° no hace referencia a cuantía alguna como lo hace el Código Penal español. Para nuestro sistema penal, así el perjuicio ocasionado al Estado sea mínimo, igual se configura el delito de peculado”; por ello que, antes de las cuatro ejecutorias que sirven de base para el desarrollo del presente trabajo de

⁴⁴ Artículo 55. Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

⁴⁵ Salinas Siccha, Ramiro. Artículo sobre “EL DELITO DE PECULADO EN LA LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA PERUANA”, 2010, pág. 10.

investigación, las ejecutorias supremas, fueron uniformes en sostener que, para la configuración del delito de peculado, no se requería cuantía alguna, así se cita a las ejecutorias siguientes: “En efecto, en la Ejecutoria Suprema del 21 de diciembre de 1990 se argumenta que “el delito de peculado es una figura delictiva específica, en la cual para su calificación como tal no se tiene en cuenta el monto del desmedro patrimonial”; también se tiene, “En el mismo sentido, la ejecutoria suprema del 3 de junio de 1991 prescribe que “por la naturaleza del delito de peculado, el anterior Código Penal ni el actual cuerpo de leyes contemplan la cuantía de los caudales apropiados para considerar como faltas contra el patrimonio tal ilícito penal”; sin embargo, la postura de la propia Corte Suprema ha cambiado, desde el año 2010, así, parafraseando al autor citado, “Aquí cabe precisar que la Sala Plena de la Corte Suprema, por el Proyecto de Ley N° 4187/2010-PJ22, propuso se modifique el contenido del artículo 387° del CP, para imponer una cuantía mínima al delito de peculado (2 unidades impositivas tributarias para el doloso y 2 remuneraciones mínimas viales para el culposo)”; sin embargo, esta propuesta no fue admitida, pero un año después la propia Corte Suprema, por intermedio de sus diferentes Salas Penales, han precisado que debe existir una cuantía mínima para que se configure este injusto penal, por ello que, concluyó en las cuatro ejecutorias recientes, precisando o declarando fundada la excepción de improcedencia de acción, por la escasa cantidad de suma de dinero apropiado.

Sobre este particular, en la doctrina nacional, no se ha dicho nada, así, ni James Reátegui en su obra *Delitos contra la Administración Publica*, en el Código Penal⁴⁶, que si bien desarrolla los aspectos objetivos y subjetivos del delito de peculado, es decir esquematiza el tipo penal, pero no ha expresado un punto de vista, como para poder determinar la existencia de la necesidad de fijar un quantum mínimo para la configuración del delito de peculado.

2.3.4 FUNCIONES DE LA POLÍTICA CRIMINAL

No existe país en el mundo, que sus sistemas penales, no tenga como soporte a la Política Criminal, por ello, se sancionan conductas humanas que violan las normas prohibitivas positivizadas o escritas; o las normas prohibitivas que se generaron como consecuencia de las jurisprudencias, en los estados como Inglaterra; para ello, es que se cuenta con los códigos penales, y es que, en dichos cuerpos normativos, se encuentran expresadas las funciones o justificaciones de la política criminal, por ello, para cada tipo de delito, existen determinadas formas de punibilidad, desde penas suspensivas o con reserva del fallo condenatorio hasta penas de cadena perpetua; todo esto, en función a la gravedad del hecho punible. Aún, cuando para el delito de peculado, se haya establecido determinadas penas o márgenes punitivos normativos, también es cierto que, en determinados casos, por su mínima importancia

⁴⁶ Reátegui S. James. *Delitos contra la Administración Publica*, en el Código Penal, Lima, Perú 2015, pág. 409 ss.

del bien o caudal afectado, no será necesario que el Estado exprese su ius puniendi, sino realizando una ponderación o equilibrio, dispone que determinadas conductas, no sean castigadas por el derecho penal.

Además, una expresión del ius puniendi del Estado, como una forma de preservar la seguridad ciudadana, así como la seguridad jurídica, expresada en que, a cada comportamiento, debe encontrarse una respuesta punitiva, con las observaciones del debido proceso, del derecho a la defensa, etc. a efectos que los delitos no queden impunes y el Estado no se vuelva insegura; entonces la función político criminal que sustenta a todo código penal, debe tener una justificación, por más leve que sea, por ello existen delitos que pueden merecer sólo una sanción de días multa, o de prestación de servicios a la comunidad, o una reserva del fallo condenatorio, o penas suspensivas; pero en otras no ameritará ni eso.

Porque, de tratarse de delitos leves, si son sucesivas, o reiteradas, bien pueden tenerse presente como conductas habituales, y ello implicará una agravación cualificada, para la imposición de una nueva pena, para el nuevo hecho punible, que irá por encima del máximo legal permitido en la ley penal, de conformidad con el artículo 46-C del Código penal; por lo que:

a) Fundamento del ius puniendi⁴⁷. Nace como consecuencia de la función que se le asigna a la pena, y solo así se dice, que cuando existe una función del ius puniendi, es que el Derecho Penal adquiere

⁴⁷ García C. Percy. (2012). Ob. Cit. pág. 113.

legitimación; por ello que, el Derecho Penal, debe reservarse para los casos, en los realmente el Estado demuestre su interés.

- b) Titular del ius puniendi⁴⁸. Se dice que, el que tiene el monopolio o exclusividad de imponer penas y sanciones, por intermedio de los jueces, es el Estado, por cuanto no tenemos un derecho privado para imponer condenas.
- c) Límites del ius puniendi⁴⁹. Está expresado por el hecho de que, no pueden castigarse las conductas lesivas, en forma irrestricta, solo basados en el principio de legalidad rígida, tradicional; sino solo en base a la aplicación de otros principios, como la necesidad, la idoneidad, la de última ratio, etc.

2.3.4.1 Funciones de la política criminal para delitos especiales propios

La razón del castigo de los delitos especiales propios, fue por la confianza que el Estado depositó en una persona, denominada funcionario o servidor público; esto, por los diversos roles que cumple, así tenemos a la fidelidad al servicio y al cuidado debido de los bienes que les entregó para que cumpla con ese servicio público: así también quien mantenga en su esfera de actividad, bienes del Estado, que los recibió en administración, en custodia o percepción; entonces, también el

⁴⁸ García C. Percy /2012). Ob. Cit. pág. 115.

⁴⁹ García C. Percy (2012). Ob. Cit. pág. 116.

mismo Estado, quiere proteger esos bienes o caudales entregados para el correcto funcionamiento de la administración pública, por ello, que los funcionarios y servidores públicos, deben responder desde el punto de vista penal, administrativo y civil; sólo en el primero, las penas pueden ser privativas de libertad, más inhabilitación y multa; y esta última, conforme al artículo 44 del Código penal, la multa debe pagarse en el plazo de diez días de dicta la sentencia⁵⁰.

a) Funciones de la política criminal para delitos especiales propios dolosos

Trátase de aquellos delitos cometidos, solo por sujetos cualificados, es decir, son los cometidos por los funcionarios o servidores públicos; como en los delitos de cobro indebido, la concusión, la colusión desleal, los peculados, la malversación de fondos, etc., la función político criminal del Estado, variará en función a los siguientes criterios:

a.i) Si existe afectación al patrimonio del Estado, el margen de las penas establecidos en el Código Penal, dependerá de cuánto es esa afectación, así por ejemplo para el delito de peculado, que es nuestro tema, si pase del valor de las diez Unidades Impositivas Tributarias, la pena privativa

⁵⁰ Artículo 44 del Código Penal: La multa deberá ser pagada dentro de los diez días de pronunciada la sentencia. A pedido del condenado y de acuerdo a las circunstancias, el Juez podrá permitir que el pago se efectúe en cuotas mensuales.

de la libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años⁵¹; entonces, la función político criminal para los delitos contra la administración pública, en los que se vean afectados el patrimonio del Estado, van desde las penas privativas de libertad, las inhabilitaciones y los días multa, que conforme al artículo 28 del Código penal⁵², también son penas.

Además, añadido tenemos a las consecuencias administrativas, a partir de la condena por delito doloso, pues es la destitución de ese funcionario o servidor público de la función pública; entonces la función político criminal, no se circunscribe solo a la sanción penal, sino va más allá, es decir a las consecuencias administrativas y civiles, que pueden aplicarse a todo funcionario o servidor público.

a.ii) Si, por el contrario, sólo se afecta la legitimidad pública, la corrección del funcionario o servidor en su actuación; o el uso correcto de los bienes del Estado; etc., como en los delitos de peculado de uso o los cohechos, la función político criminal del Estado, irá variando; así: i) si se

⁵¹ Esta regulación en el segundo párrafo del artículo 387 del Código penal, fue introducida mediante el Decreto Legislativo No 1243 del 22 de octubre de 2016, más los días multa.

⁵² Artículo 28 del Código penal: Clases de penas: Las penas aplicables de conformidad con este Código son: Privativa de la libertad; Restrictivas de libertad; Limitativas de derechos; y, Multa.

trata de un peculado de uso, se castigará menos que a un corrupto, porque el bien objeto de uso, siempre estará dentro del dominio de la esfera de la administración pública, pues la afectación solo será, por haber usado dicho bien, con escasos estándares de depreciación; mientras que, en los de corrupción de funcionarios, es más drástica, en los que sancionará con penas severas, se prohibirá cualquier intento de reingreso a la función pública, y se inhabilitará para tal fin, y las penas privativas de la libertad, siempre son efectivas; pues el mensaje para la sociedad es que toda persona, que tenga potencialmente la posibilidad de ingresar a la carrera administrativa, deben comportarse en forma correcta.

b) Funciones de la política criminal para delitos comunes dolosos sancionados con penas privativas de la libertad.

Todo Estado democrático y constitucional, tiene como fundamento constitucional, que el Estado está en la obligación de proteger a sus ciudadanos de aquellas personas, que han cometido hechos punibles; esto es una expresión de la seguridad ciudadana, pues así se desprende del primer párrafo del artículo 44 de la Constitución Política del

Estado⁵³, y que, por ello, como consecuencia de un hecho injusto o hecho punible, merecen que se les imponga una sanción, como una prevención especial y sirva de ejemplo a otros, pues si realizan dichas o similares conductas, les puede merecer las penas que se les impuso a aquel; es una forma de preservar la seguridad ciudadana. Dependiendo de las circunstancias del caso, conforme a las reglas establecidas en los artículos 46-A, 46-B, 46-C, 46-D y 46-E del Código Penal, en estos supuestos solo cabe imponer penas privativas de libertad muy drásticas, necesariamente en los cinco supuestos antes indicados, las penas deben estar por encima de la máxima pena fijada en la ley penal.

Pero, además, conforme a la última parte del artículo 57 del Código Penal, incorporado por el artículo 2° del Decreto Legislativo No 1351 del 07 de enero de 2017, en los delitos de peculado, colusión desleal, y otros las penas siempre deben ser privativas de libertad efectivas; si a ello, agregamos, que, en los peculados por sumas muy ínfimas, pues no tendría sentido imponerles condenas efectivas.

⁵³ Artículo 44 de la Constitución Política del Estado: Deberes del Estado. Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad (...).

c) Funciones de la política criminal para delitos comunes delictos dolosos, sancionados con penas diferentes a la pena privativa de la libertad.

En estos delitos, el Estado busca, que, como una alternativa a las penas privativas de libertad, y, por lo tanto, alternativa a las cárceles, la de imponerse o dictarse sentencias con reserva del fallo condenatorio⁵⁴, o imponer penas con el carácter de suspensivas⁵⁵; en ambos casos sujetos a determinadas reglas de conducta. La función de la política criminal del Estado, es, darles, una oportunidad al hombre delincuente, pero bajo ciertas condiciones, llamadas reglas de conducta; pues, si infringen dichas reglas de conducta, serán acreedores a otras sanciones más drásticas, o que se les lea el sentido del fallo, o se convierta en pena privativa de la libertad, respectivamente; pero, dichos cumplimientos serán o deben ser vigilados por una Oficina

⁵⁴ Se encuentra regulada en el artículo 62 del Código penal, cuando refiere: El juez puede disponer la reserva del fallo condenatorio siempre que, de las circunstancias individuales, verificables al momento de la expedición de la sentencia, pueda colegir que el agente no cometerá nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del sentenciado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación. La reserva del fallo es dispuesta en los siguientes casos: 1) Cuando el delito está sancionado con pena privativa de la libertad no mayor de tres años o con multa; 2) Cuando la pena a imponerse no supere las noventa jornadas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres; 3) cuando la pena a imponerse no supere los dos años de inhabilitación.

⁵⁵ Se encuentra regulada en el artículo 57 del Código penal, que estableció: El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los siguientes requisitos: 1) Que con conducta se refiera a pena privativa de la libertad no mayor de cuatro años; 2) Que la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente, permita inferir al juez que aquel no volverá a cometer un nuevo delito. El pronóstico favorable sobre la conducta futura del condenado que formule la autoridad judicial requiere de debida motivación; 3) Que el agente no tenga la condición de reincidente o habitual.

del Instituto Nacional Penitenciario, para que se hagan los seguimientos del caso, y en los supuestos de incumplimiento disponer su revocatoria de ser el caso.

d) Funciones de la política criminal para delitos comunes delitos culposos.

En los delitos contra la administración pública, existe un solo delito culposo, la cual es el delito de peculado por culpa; y conforme a la propuesta de proyecto de ley, sustenta en el año 2010, por el Poder Judicial, se proponía, que para que se configure como delito, en los casos culposos, el bien no debía ser menor al valor o equivalente a dos unidades impositivas tributarias; además, en los delitos culposos que, en la práctica, son contados, las funciones político criminales, plasmados en los códigos penales, son darle un tratamiento diferenciado a aquellas acciones realizadas con conocimiento y voluntad, o dolosos; así, en los delitos culposos se permite llegar a acuerdos reparatorios, o principios de oportunidad; mientras que en los últimos, o sea en los delitos dolosos, sólo para las acciones menos gravosas, se les permite estos mecanismos de salidas alternativas premiales; mientras que, para los delitos gravosos, las penas han de ser severas, que afectan la libertad ambulatoria, como las penas privativas de la libertad; la función político criminal, es diferente, es darles salidas alternativas, pero en casos de principio de oportunidad

solo por dos veces; mientras que en las terminaciones anticipadas, por una sola vez. El mensaje de la función del Estado, es que cuando cometen delitos menores y culposos, deben merecer una oportunidad, pero igual sujetos siempre a determinadas reglas de conducta, como el pago de la reparación civil, como para no dejar al desamparo a la parte agraviada; incluso nos atreveríamos en afirmar, que los peculados culposos deberán concluir con la aplicación del principio de oportunidad o acuerdos reparatorios, cosa que hasta la fecha la Corte Suprema aún ha rechazado.

2.3.5 LÍMITES DEL IUS PUNIENDI DEL ESTADO

La administración pública y el derecho penal, conforme lo sostiene Raúl Pariona Pastrana⁵⁶ que, *“el problema que subyace como cuestión de fondo reside en las excesivas expectativas colocadas en el marco de la intervención penal; de allí, que al haberse regulado penas privativas de la libertad desde dos días, hasta treinta y cinco años, si son penas temporales”*; Sin embargo, no solo es la regulación en el artículo 29 del Código penal, sino que, haberse incluido los artículos 45-A, 46, 46-A, 46-B, 46-C, 46-D y 46-E, como ya lo precisamos líneas arriba, el propio Estado ha fijado ciertos parámetros para imponer las penas más severas en razón a los hechos atribuidos a una persona, es decir, por su

⁵⁶ Pariona R. Derecho Penal Parte General. Pag. 126. Lima; Perú; Editorial Idemsa 2011

reincidencia, por su habitualidad, etc. sin embargo, son los jueces los que deben aplicar o no dichas propuestas; sin embargo, es una exigencia judicial, aplicar las normas antes citadas, y con esto quebrantar la pura legalidad del tipo penal respectivo; es decir ahora no basta identificar la pena que establece el tipo penal, para una determinada conducta, sino verificar la concurrencia o no de los supuestos antes especificados (45-A, 46, 46-A, 46-B, 46-C, 46-D y 46-E), para luego extender la sanción por encima de los máximos establecidos en la ley para el delito, siempre que no se supere los treinta y cinco años, y, si es una cadena perpetua, no se requerirá aplicar dichas normas; pues de por sí, a cadena perpetua, será la pena más gravosa.

También el citado autor ha precisado que “*debe quedar claro que el derecho penal no es un medio ex profeso de evitar delitos o de componer procesos de lesividad material*”⁵⁷; sino, que solo debe entenderse al derecho penal, como uno de los medios de control social, en este caso una forma de control social formal, que solo se ejecuta o bien por la policía, por el representante del Ministerio Público o los jueces penales; siempre y cuando hayan fallado los otros medios de control social, nos referimos a la informal, como la familia la sociedad, la escuela, e colegio, la iglesia, etc.

Entonces, entre las funciones básicas de la política criminal, asociada a los límites del ius puniendi del Estado, debe resumirse en:

⁵⁷ Ob Cit, pag. 129

- a) Prevenir hipotéticamente la comisión de delitos y faltas mediante el mensaje de prevención general positiva, lo cual implica, que el derecho penal sirva de mensaje para todos en general, que, si se viola una norma prohibitiva, contenida en el Código penal o en las leyes penales extra código, pueden merecer una sanción penal, lo que se resumen en internalizar en toda la población, el mensaje de la sanción; pues las normas punitivas, son para todos sin excepciones de ninguna naturaleza, basta con que tengan capacidad de culpabilidad, o, a través de la amenaza de la pena (prevención general negativa); y,
- b) Aplicar sanciones penales una vez cometido el hecho prohibido en la norma u omitido la obligación de actuar contenida en la misma, previo un procedimiento penal ajustado a ley y al debido proceso; en el que haya tenido la posibilidad de defenderse, tanto técnica como materialmente.
- c) En el caso de los delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos, deben integrarse los fines preventivos generales (positivo y negativo) y las sanciones, la intervención efectiva del derecho penal se constituye así en el mecanismo racional violento de respuesta estatal para afirmar la vigencia de la norma penal vulnerada contra los actos delictivos imputables al infractor, sea éste un funcionario, servidor público o un particular vinculado con

la administración pública; de allí que, es correcto sostener que la sanción debe ser un reflejo del hecho punible. Pues, el Estado, como un medio de control social formal, ha decidido actuar, por medio de los operadores del sistema de justicia, imponiendo penas drásticas, o no, pero sanciones, para aquellas personas, que infringieron la norma penal prohibitiva; con efectos incluso de imponerles las penas de inhabilitación para la función pública, y al pago de los días multa. Tal es la justificación social y quizás la razón suficiente de mayor peso argumentativo dado hasta ahora, frente a la serie de cuestionamientos, a los fines y a la existencia misma del derecho penal.

Además, aún, cuando el mismo autor, señaló que, la relación a la política criminal peruana, *“la respuesta del Estado frente a la diversidad de comportamientos lesivos por los agentes públicos (funcionarios y servidores) contra los valores e intereses agrupados en el bien jurídico de la “administración pública” ha estado caracterizada por una especial política de control penal que se ha mantenido relativamente constante desde la dación del primer código punitivo nacional (1863) hasta el presente: escasa criminalización y baja penalidad con tendencia a un leve endurecimiento represivo en los quantums de penas para determinados delitos”*; pues en el tiempo se han ido agravando las conductas, son a estos factores, que se ha venido en llamar como la inflación legislativa; pero además, por los hechos ocurridos en la década de los noventa, y últimamente en los

hechos de los últimos diez años; no solo se dieron leyes más drásticas, sino que, a los magistrados también se les impuso la necesidad de observar las leyes para endurecer las sanciones penales, cuando un funcionario o servidor público haya cometido un delito que afecte el patrimonio del Estado, pero que no sea cualquier patrimonio, sino de mucha importancia o monto.

2.3.6 NECESIDAD DE FIJAR UN CUANTUM MÍNIMO PARA EL DELITO DE PECULADO SIMPLE

2.3.6.1 Para el delito de peculado doloso simple.

Si partimos de la necesidad de la existencia del Derecho Penal, así como de la necesidad de las sanciones penales; de la observancia y uso de los principios de última ratio, de la fragmentariedad, y de la subsidiariedad del Derecho Penal, en los que ésta, solo debería entrar a actuar, claro está, por intermedio del defensor de la legalidad, y titular de la acción penal público, nos referimos al Ministerio Público; sin embargo, en los casos de apoderamientos de sumas ínfimas, que no superan de Una Impositiva Tributaria, deben ser castigados por el Derecho Administrativo Sancionador.

2.3.6.2 Para el delito de peculado culposo simple.

Para el peculado culposo simple creemos que debe establecerse en el valor del bien o caudal afectado, que no

supere del cincuenta por ciento de la Unidad Impositiva Tributaria, vigente a la fecha de comisión del injusto penal.

Además, que, en ambos casos, deben propiciarse, que, por su mínima sanción, deben promover la aplicación del principio de oportunidad, imponiendo la obligación de pago doblado del valor de la suma o bien apropiado, en un plazo no mayor de tres meses.

2.4 MARCO CONCEPTUAL:

2.4.1 IMPUTADO

Persona sobre quien pesa una incriminación, por la comisión de un hecho punible o delito, y sobre quien recae una investigación fiscal o policial; persona que tiene derecho a la defensa, pero en función al hecho punible, así como tiene derecho a conocer los hechos, a guardar silencio si así lo estima.

2.4.2 INVESTIGADO

Persona sobre quien recae una imputación de hechos que merecen ser corroborados, contrastados en forma objetiva, por parte del titular de la acción penal pública; por lo general, adquiere dicha denominación, durante las diligencias preliminares, o bien bajo el cargo del fiscal, o a cargo de la policía, pero en este último caso, dirigido por el fiscal, en esa fase inicial, dicho investigado, también tiene derechos, conforme al artículo 71 y artículo 87 del Código Procesal Penal.

2.4.3 AGRAVIADO

Es la persona que sufrió las consecuencias del delito, por lo tanto, tiene derecho a constituirse en actor civil y exigir el pago de la reparación civil y coadyuvar a la investigación del fiscal.

2.4.4 ACTOR CIVIL

Puede ser la persona afectada por el delito, o bien puede ser algún representante del agraviado directo, conforme a las reglas establecidas en el artículo 816 del Código Civil.

2.4.5 FISCAL

Funcionario del Estado, que conforme al artículo 159 de la Constitución Política del Estado, tiene el deber de la carga de la prueba, y por lo tanto probar su hipótesis inculpativa; que debe actuar con independencia de criterio, con observancia del principio de objetividad, y en un determinado momento de la investigación, se convierte en parte.

2.4.6 POLICÍA

Funcionario público del Estado, que conforme al artículo 166 de la Constitución Política del Estado, tiene el deber de colaborar con el Ministerio Público, en la investigación de delitos y faltas y, sobre todo, velar por la prevención y la seguridad ciudadana. En el proceso penal, por lo general es el testigo de excepción del Ministerio Público

2.4.7 JUEZ

Funcionario del Estado, que conforme al artículo 138 y 139 de la Constitución Política del Estado, son los que aplicaran la ley, en función a cada caso en particular.

2.4.8 ACUSACIÓN

Es la formulación de cargos, pero en una disposición llamada “acusación”, por lo tanto, es atribuir algún delito a una persona determinada, en el sistema procesal penal, solo el representante del Ministerio Público tiene legitimidad para formular una acusación contra una persona que la investigó y encontró suficientes cargos como para llevarlo a un juicio oral, público y contradictorio, en el que pretenderá acreditar su responsabilidad para la imposición de una condena; de acuerdo al tipo penal infringido y en base a los principios de lesividad, de proporcionalidad, de razonabilidad, de debido proceso, de defensa, etc. como quiera que se trata de una atribución de cargos, pues con ésta debe notificarse al acusado y los demás sujetos procesales, para que puedan formular oposiciones del ser el caso, o en su defecto, para que puedan preparar su defensa.

2.4.9 CONDENA

Declarar culpable a una persona imputada, luego acusada, y al momento de declarar su responsabilidad se determinará o fijará una sanción penal, la misma que puede ser desde la más gravosa de la

privación de la libertad desde dos días hasta incluso la de cadena perpetua o las penas limitativas de derechos, de conformidad a las penas fijadas en cada tipo penal, y en concordancia con el artículo 28 del Código Penal.

2.4.10 PECULADO SIMPLE

Delito previsto en el primer párrafo del artículo 387 del Código penal, que cuya afectación patrimonial, es hasta las 10 Unidades Impositivas Tributarias.

2.4.11 DELITO

Es un hecho típico, antijurídico y culpable; solo cuando se ha cometido un hecho punible, una persona puede ser objeto de restricciones o merecedora de sanciones punitivas; en cuanto a las restricciones, puede ser merecedor de medidas de coerción, ya sea personal o real de acuerdo a la naturaleza de la necesidad; mientras, que, en el segundo supuesto, será para imponer una condena.

2.4.12 LA PENA

Es la sanción que impone el juez unipersonal o colegiado de juzgamiento, solo en las terminaciones anticipadas, el juez de la investigación preparatoria puede imponer una sanción; y será en base a la pena prevista en el Código Penal, observando el principio de legalidad; es la sanción que impone el juez, no solo conforme a las penas previstas

en el Código Penal, sino también aplicando principios como los de proporcionalidad, razonabilidad, humanidad, constitucionalidad; sólo así, se aproximará a una sentencia justa, y será de acuerdo al contexto de cada caso en particular.

2.4.13 PENA JUSTA

Sanción que se aproxima a la realidad de los hechos, pudiendo ser igual o diferente a la pena legal; entonces, también representará una equivalencia entre el injusto penal o hecho típico y la sanción a imponerse así como a la conducta demostrada por el imputado; será la pena racional, la pena constitucional, la pena social, la pena proporcional, la pena humana, la pena con dignidad, la sanción que representa a ese programa constitucional de la búsqueda de ser reinsertado a su comunidad; la pena que representará lo más real posible a los hechos, así en determinados casos tal no amerite que se dicte una sentencia condenatoria efectiva, sino una sentencia con pena suspensiva e incluso con una reserva del fallo; pero para ello, se exigirá mayor motivación, como una justificación de la decisión justa.

2.4.14 EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN.

Medio técnico de defensa, que procede en los siguientes supuestos: a) que el hecho sea atípico, es decir que no encuentre respuesta en el derecho penal; y, b) o, pese a ser típico, pero no es justiciable penalmente, cuando existe alguna excusa absolutoria, como

las reguladas en los artículos 208 y 406 del Código penal, por ejemplo. Sin embargo, la Corte Suprema ha dejado establecido que, en los casos de peculados por mínimas cantidades, no deben ser merecedores de penas, sino que debe declararse fundadas la excepción de improcedencia de acción, pero solo a pedido de la parte interesada, es decir, de los imputados; cuando, lo correcto también sería que se declare de oficio.

2.4.15 FUNCIONARIO PÚBLICO

Es la persona que, con determinados perfiles, deben ocupar cargos de dirección y con la capacidad de dar órdenes, que, para el derecho penal, conforme al artículo 425 del Código Penal, y comprende a los que se encuentran en la carrera administrativa, los cargos políticos, los depositarios, los miembros de la policía nacional y las fuerzas armadas, etc.⁵⁸

⁵⁸ Sánchez V. Pablo, 2017, pág. 336. artículo 425 del Código Penal, "Funcionario o servidor público Artículo 425°.- Son funcionarios o servidores públicos:

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.
4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
6. Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.

2.4.16 SERVIDOR PÚBLICO.

Mientras que, es o son el grupo de personas que laboran en la administración pública, pero sin capacidad de decisión.

2.4.17 ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Es la entidad abstracta, que tiene por finalidad brindar los servicios a los usuarios, pero solo, por medio de los funcionarios o servidores públicos; entre los que encontramos a las municipalidades, a los gobiernos regionales, a las direcciones sectoriales, a los ministerios, al poder judicial, etc.

2.4.18 INHABILITACIÓN.

Que en el delito de peculado, existe la obligación de imponer la pena de inhabilitación, como así lo ha dispuesto el artículo 426 del código penal⁵⁹, toda vez que, no solo se imponen penas privativas de libertad, sino también se les debe inhabilitar para que no puedan obtener cargos públicos.

7. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley”

⁵⁹ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Código Penal Décimo Segunda Edición Oficial; Lima, Perú, 2016, página 242. “Inhabilitación accesoria y especial Artículo 426°.- Los delitos previstos en el capítulo II de este Título se sancionan, además, con pena de inhabilitación accesoria, con igual tiempo de duración que la pena principal, de conformidad con el artículo 36°, incisos 1 y 2.

Los delitos previstos en el capítulo III de este Título se sancionan, además, con pena de inhabilitación de uno a tres años, de conformidad con el artículo 36°, incisos 1 y 2376

2.5 MARCO FORMAL O LEGAL:

2.5.1 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO.

Que, en los casos de mínima lesividad, no solo el marco constitucional protege los bienes jurídicos solamente, sino también, vela por la dignidad de las penas, por la humanidad de las penas; esto, en los casos de las condenas; pero, en los casos de mínima lesividad, en función al rol del Estado Democrático y Constitucional, no solo deben velarse por la penalización sobreabundante, sino proponer alternativas a las sanciones penales, generando la asignación de roles al Derecho Administrativo Sancionador.

2.5.2 CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL 2004.

Porque en esta ley procesal, no ha establecido forma alguna, por las que no deben penalizarse los hechos de apoderamientos de mínimas cantidades de los caudales o efectos públicos; pero sí, puede proponerse la aplicación de las salidas alternativas; ya que no todo es penalizar por penalizar, sino buscar la efectividad del cumplimiento de los acuerdos y las penas.

2.5.3 DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Solo para que nos sirva de referencia y reflexión sobre la humanización de las penas privativas de la libertad. Pues bien, las declaraciones sobre derechos humanos, son parámetros que sirven para la fijación de las penas, así como las medidas de seguridad; pero, siempre

respetando la dignidad del ser humano, y también propiciando en lo posible la optimización del sistema penal, proponiendo que se centralicen en los casos de interés social, de interés estatal.

2.5.4 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

Que servirá para conocer de cómo se hace el control convencional de la Constitución y, por lo tanto, en los supuestos planteados en las cuatro sentencias de la Corte Suprema ya analizadas, si en ellas se estaría produciendo una especie de aplicación no igualitaria a todos, de cierta manera violando el principio de igualdad ante la ley, entonces bien puede entrar a realizar controles de convencionalidad.

2.5.5 CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN.

Que nos ayudará a reflexionar sobre los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la fijación de las penas privativas de la libertad. Es cierto, de la existencia de esta convención; sin embargo, debemos interpretarla en su sentido más amplio, en su sentido teleológico, e interpretando en forma armónica con los programas constitucionales sobre las sanciones penales.

2.5.6 SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA.

Ya hemos analizado las cuatro sentencias que sirven de base al presente trabajo de investigación; en los que los magistrados de la Corte

Suprema de la República han coincidido, en que las mínimas afectaciones, o de escasos valores de los bienes apropiados, no deben ser sancionados penalmente, sino administrativamente.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1 METODO LA INVESTIGACION:

3.1.1 EL MÉTODO GENERAL.

Que guiará desde el planteamiento del problema hasta su culminación del presente proyecto motivo de investigación, serán los métodos, análisis, síntesis, inductivo y deductivo.

3.1.2 MÉTODOS ESPECÍFICOS.

La exégesis como razonamiento jurídico, la historiografía para el análisis de los expedientes que nos hemos propuesto.

3.1.3 MÉTODOS PARTICULARES.

La dialéctica, porque queremos proponer cambios en la legislación penal (aunque existen algunos autores, quienes sostienen que la dialéctica no es método, pero para nosotros si lo consideramos).

3.2 TIPO Y NIVELES DE INVESTIGACION:

Diseño de investigación jurídica social (descriptiva)

3.2.1 TIPOS DE INVESTIGACIÓN:

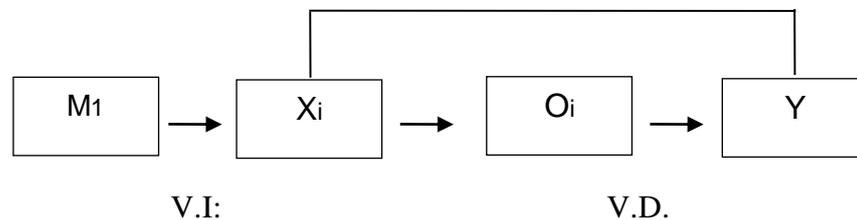
En el presente estudio se tendrá en cuenta la investigación básica a razón que la finalidad es contribuir a la ampliación del conocimiento científico, creando nuevas teorías o modificando las ya existentes.

3.2.2 NIVEL DE INVESTIGACIÓN:

El nivel de investigación que se utilizará en el desarrollo del presente proyecto motivo de investigación será descriptivo correlativo.

3.3 DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN:

El diseño de investigación que se empleará es descriptivo correlacional, como lo señala Antonio Alva Santos⁶⁰; pues se pretende medir el grado de asociación entre las variables X1 y X2, cuyo diseño es:



Donde:

⁶⁰ Alva S. A; *Introducción a la investigación científica*. Pag. 68. Lima; Perú; Editorial Societas 2012

- M1 : Muestra 1 (un solo grupo de estudio).
- Xi : Variable independiente de estudio.
- Oi : Observaciones i: Resultados de ser medidos respecto a la VD (Y)
- Y : Variable dependiente de estudio.

3.4 POBLACIÓN Y MUESTRA:

3.4.1 POBLACIÓN:

Como quiera que el presente trabajo es básicamente descriptivo, pero, si queremos saber la opinión de determinados juristas sobre el tema propuesto; con incidencia desde el año 2013 a 2017, nos veremos obligados a recurrir a los señores abogados del Distrito Judicial de Junín, para aplicar la correspondiente encuesta.

3.4.2 MUESTRA:

La muestra se ha tomado de acuerdo al siguiente procedimiento:

$$n = \frac{N * Z_{\alpha}^2 * p * q}{d^2 * (N - 1) + Z_{\alpha}^2 * p * q}$$

Donde:

N = Total de la población.

Z α = 1.96 al cuadrado (si la seguridad es del 95%)

p = proporción esperada (en este caso 5% = 0.05)

q = 1 - p (en este caso 1-0.05 = 0.95)

d = precisión (en su investigación use un 5%).

Para efectos del cálculo del tamaño de nuestra muestra, considerando

N = 4750 tenemos lo siguiente:

$$n = \frac{4750 (1.96)^2 (0.05) (0.95)}{(0.05)^2 (749) + (1.96)^2 (0.05)(0.95)}$$

$$N = \frac{136.857}{2.0549}$$

$$n = 72$$

La muestra se encuentra representada por 72 abogados.

En cuanto a los magistrados superiores, encuestaremos al 100 ciento porque son pocos.

Luego analizaremos las cuatro sentencias de la Corte Suprema y una de la Sala Mixta Descentralizada de Tarma.

Finalmente, realizaremos una entrevista sobre el tema a un experto; tenemos como candidato con predisposición para ello al Dr. Salas Arenas, Juez Supremo en lo Penal.

3.5 TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN:

3.5.1 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS:

a. Guía de encuestas.

Documento que nos permite conocer las estrategias metodológicas que emplean los investigadores.

b. Fichas.

Para la ejecución del presente proyecto de investigación se ha recurrido a la elaboración de fichas: bibliográficas, hemerográficas y textuales.

c. Ficha de análisis de expedientes.

3.5.2 ESTRATEGIAS DE RECOLECCIÓN DE DATOS:

a. Seriación.

Se ha elegido datos a partir de las diversas interrogantes, las cuales se han ordenado cada uno en su radio de estudio.

b. Codificación.

Culminado el ordenamiento de los resultados de las interrogantes se ha utilizado símbolos estadísticos para evaluar el resultado final.

c. Tabulación.

Se ha empleado categorías para determinar el número de casos en las diferentes variables e interrogantes.

d. Graficación.

Para un mejor entendimiento y explicación del mismo, se empleará gráficos estadísticos, que permiten fundamentar con mayor objetividad el tema de investigación.

3.5.3 TÉCNICAS DE PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS:

Considerando que en todo trabajo de orden descriptivo a ejecutarse bajo el paradigma cuantitativo el tratamiento estadístico es la parte medular en la fase del procesamiento y análisis de datos, con el objetivo de facilitar la interpretación de las mismas; en el presente estudio utilizaremos las diferentes técnicas de la estadística descriptiva como: La clasificación y codificación de las encuestas y sus categorías de datos e informaciones.

CAPITULO IV

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

4.1 PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS

Se encuestó a 27 abogados que representa la muestra de los abogados colegiados en Junín, habiendo aplicado la regla de inclusión y exclusión. La misma que representa una muestra significativa para nuestro caso.

4.2 CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

A partir de los principios de doctrina jurisprudencial uniforme, por lo tanto, debería ser de obligatorio cumplimiento; así como por el principio de lesividad, en el que sólo deben sancionarse penalmente, cuanto existe una lesión a bienes jurídicos protegidos por la ley, ya que el delito de peculado es un delito de resultado; además, recurriendo a los principio de última ratio, de mínima intervención del derecho penal; de la condición fragmentaria del Derecho Penal, así como por su carácter de subsidiario, debemos sostener que existe la necesidad de fijar un hito, que a partir del cual, penalizar las conductas, como delito de peculado.

Asimismo, nuestra postura, es que ese hito, sea la Unidad Impositiva Tributaria, ya que las otras referencias, como la Unidad de Referencia Procesal, o la Remuneración Básica Mensual, tienen otras funciones.

Solo en los supuestos de peculado culposo, debe tenerse presente como referencia al cincuenta por ciento de la Unidad impositiva Tributaria; esa equivalencia, siempre debe ser al momento de la comisión del hecho punible.

4.3 DISCUSIÓN DE RESULTADOS

Para mejor análisis de los resultados se aplicó encuesta a 27 abogados, muestra a la que se llegó, una vez obtenida el universo, se sacó la media, resultando 72 abogados colegiados en el Colegio de Abogados de Junín, luego excluimos a los que ya no litigan; también se excluyó a los abogados civilistas, como también a aquellos abogados que no quisieron aportar con la encuesta; por lo que válida trabajamos con 27 encuestas; de antemano nuestros agradecimientos eternos por su colaboración.

Las preguntas que se formularon fueron por objetivos; por lo que, a continuación, para analizar los resultados, partiremos transcribiendo nuestros objetivos y luego las preguntas formuladas; en consecuencia, tenemos:

4.3.1 SI EL OBJETIVO GENERAL ES:

“Determinar la necesidad de fijar o establecer un monto mínimo para la configuración del delito de peculado, regulado en el primer párrafo del artículo 387 del Código penal, para que responda al principio de lesividad.”

Preguntas:

1. ¿Para usted, existe la necesidad de fijar un quantum mínimo en el delito de peculado simple?

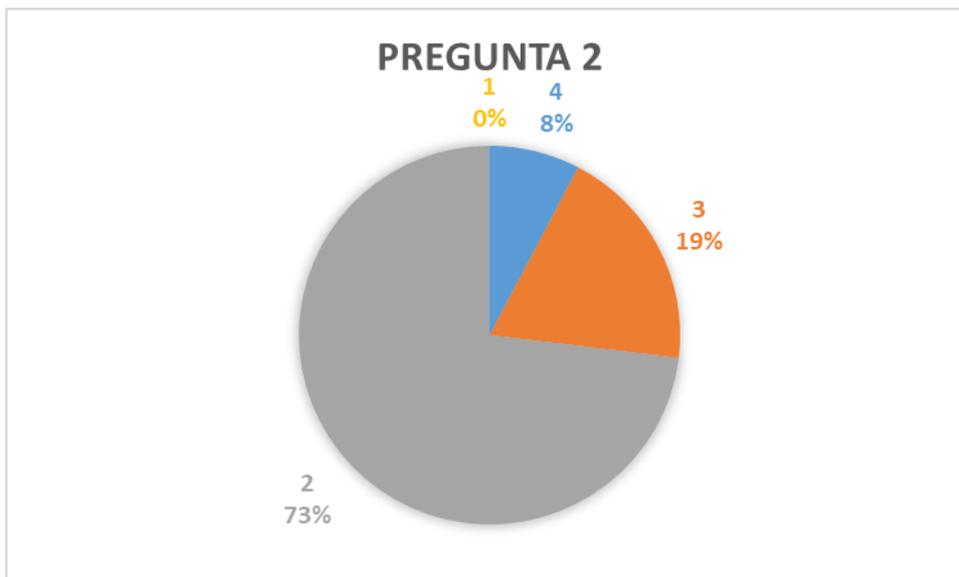
4	3	2	1
21	3	2	1



Para el 78% de los abogados penalistas encuestados, existe la necesidad de fijar en quantum o monto, en el tipo penal del artículo 387 del Código Penal, para que marque la diferencia si entra a tallar el Derecho Penal o por el contrario le corresponde al Derecho Administrativo Sancionador; esta respuesta, casi absoluta, ayuda a sustentar nuestra hipótesis, y, por consiguiente, consideramos que el tema objeto de investigación es original. Que al responder que se encuentran totalmente de acuerdo, también implica que conocen de la problemática judicial, sobre este delito.

2. O, ¿Se encuentra redactada en forma correcta el artículo 387 del Código Penal, en su primer párrafo?

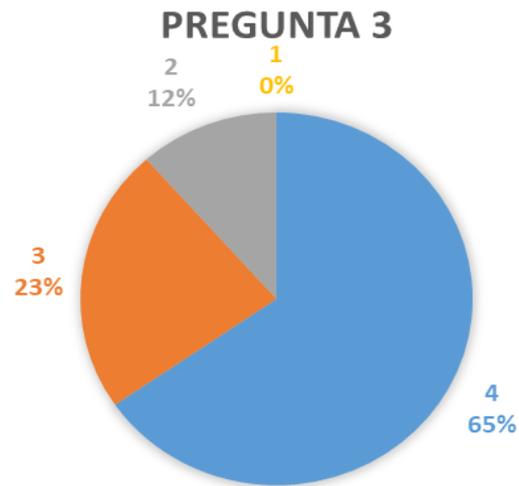
4	3	2	1
2	5	19	0



Frente a esta pregunta: **¿Se encuentra redactada en forma correcta el artículo 387 del Código Penal, en su primer párrafo?** para el 73% de los abogados encuestados, o ese porcentaje de abogados dijeron en desacuerdo, lo que implica que la redacción del primer párrafo del artículo 387 del Código Penal, es impreciso, ambiguo, más aún, si en la actualidad se tienen ya posturas jurisprudenciales de la Corte Suprema de la República; entonces, esta respuesta también, abona a probar nuestra hipótesis. Frente a ese pequeño grupo que se encuentran de acuerdo, que representa apenas al 19%, y los que se encuentran totalmente de acuerdo, apenas representa el 8%.

3. ¿Importa la existencia de una afectación patrimonial al Estado, para que se configure el delito de peculado?

4	3	2	1
17	6	3	0



También, de la respuesta obtenida a esta pregunta, para el 65% de los encuestados, la existencia de una afectación patrimonial, en los delitos contra la administración pública, en especial del delito de peculado, sí tiene importancia.

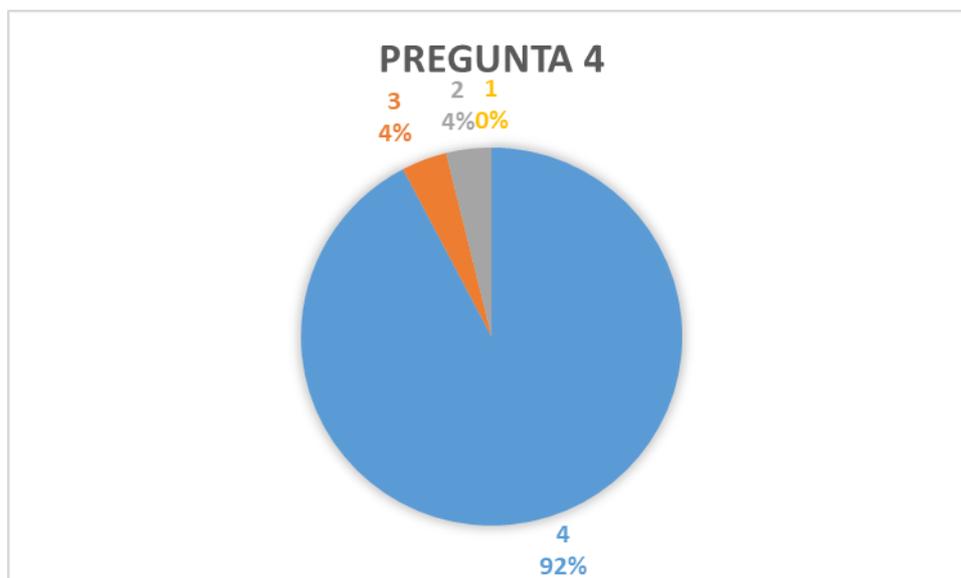
4.3.2 PARA EL OBJETIVO ESPECÍFICO 1: OE1:

“Determinar cuál debe ser la referencia para fijar ese monto mínimo para el delito de peculado, que responda al principio de lesividad.”

Preguntas:

4. ¿Está de acuerdo que, la referencia para fijar el monto mínimo, para el delito de peculado, sea una UIT?

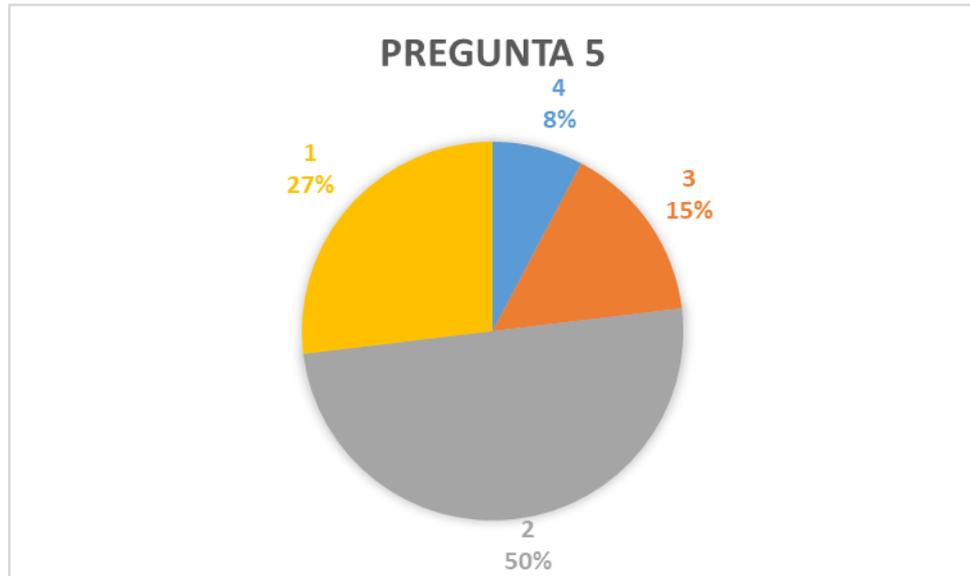
4	3	2	1
24	1	1	0



Una gran mayoría, es decir para el 92% de los abogados penalistas encuestados, no solo existe la necesidad de fijar un parámetro de definición, que a partir del cual, recién se configuraría el delito de peculado, en el supuesto del primer párrafo del artículo 387 del Código Penal; sino que han mostrado su predisposición de expresar que ese eje de división o fijación sea la referencia en Unidades Impositivas Tributarias, y conforme a la encuesta suministrada, han expresado que sería el equivalente a Una Unidad Impositiva Tributaria, entiéndase en el momento de la comisión del hecho punible.

5. ¿Está de acuerdo que, la referencia para fijar el monto mínimo, para el delito de peculado, sea una RMV?

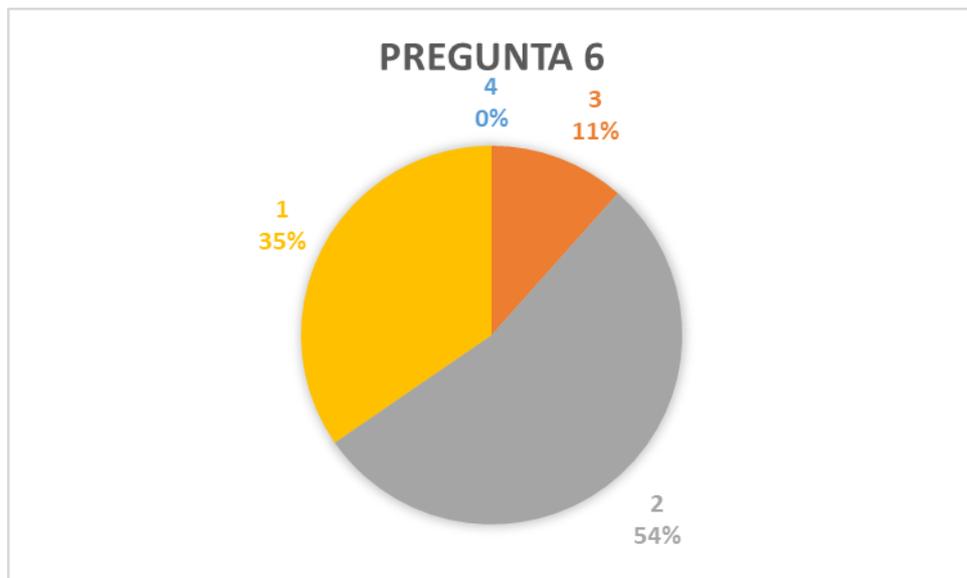
4	3	2	1
2	4	13	7



Por otro lado, para el 50% de los encuestados, mostraron encontrarse de desacuerdo en que se fije ese margen de división, entre delito e infracción administrativa; mientras que el 15% expresaron estar de acuerdo que, la línea divisoria, y que marque la diferencia entre un delito de peculado simple y una de tipo administrativo; por lo que, va confirmando nuestra hipótesis planteada en su oportunidad.

6. ¿Está de acuerdo que, la referencia para fijar el monto mínimo, para el delito de peculado, sea una URP?

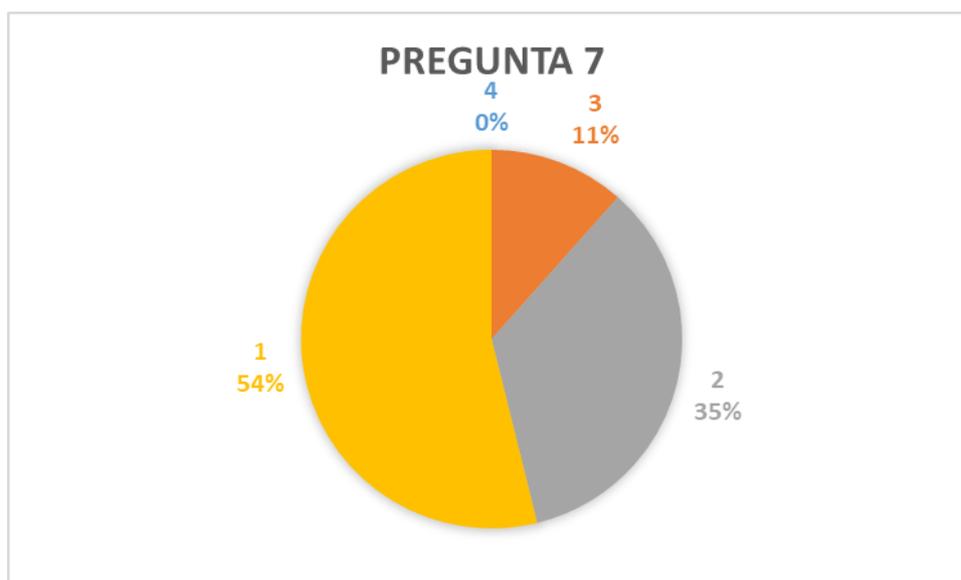
4	3	2	1
0	3	14	9



Asimismo, un 54% de los encuestados, manifestaron encontrarse en desacuerdo, es decir frente a la propuesta, que esa línea divisoria, y, que a partir de la cual, se debería considerar delito de peculado simple, están en desacuerdo que sea la referencia la Unidad de Referencia Procesal, que como bien sabemos, es el valor que representan al 10% de la Unidad Impositiva Tributaria, lo que en la actualidad representaría a S/. 413 soles aproximadamente, por lo que, esta respuesta es coherente, con las respuestas anteriores, lo que implica también que los señores abogados encuestados conocen el tema. Y más aún, contribuyen a las respuestas anteriores, es decir son coherentes, claro, si cotejamos con las cuatro sentencias por la Corte Suprema de la República, ya analizadas, pues en una de ellas, el monto apropiado fue más de quinientos soles, entonces, de hecho, que la misma Corte Suprema está pensando en una suma mayor al equivalente a la Unidad de Referencia Procesal.

7. ¿Está de acuerdo que, la referencia para fijar el monto mínimo, para el delito de peculado, sea otra referencia?

4	3	2	1
0	3	9	14



A la pregunta, **¿Está de acuerdo que, la referencia para fijar el monto mínimo, para el delito de peculado, sea otra referencia?**, la respuesta es que para el 54% de los encuestados, se mostraron totalmente en desacuerdo, por cuanto, en todo el sistema procesal y material peruano, las referencias son o bien la Unidad de Referencia Procesal, o la Remuneración Básica Mensual o la Unidad Impositiva Tributaria; entonces, pretender fijar otra referencia, carecería de sentido y fundamentación; mientras que el 35% expresaron su desacuerdo; entonces, si sumamos, a estos dos grupos, tendrías la negativa del 89% lo que implica que no existe posibilidad de otra referencia.

A continuación, se analizarán las preguntas propuestas para probar el objetivo específico 2, para ello también, se transcribirá el objetivo ya citado, para luego analizar las respuestas obtenidas.

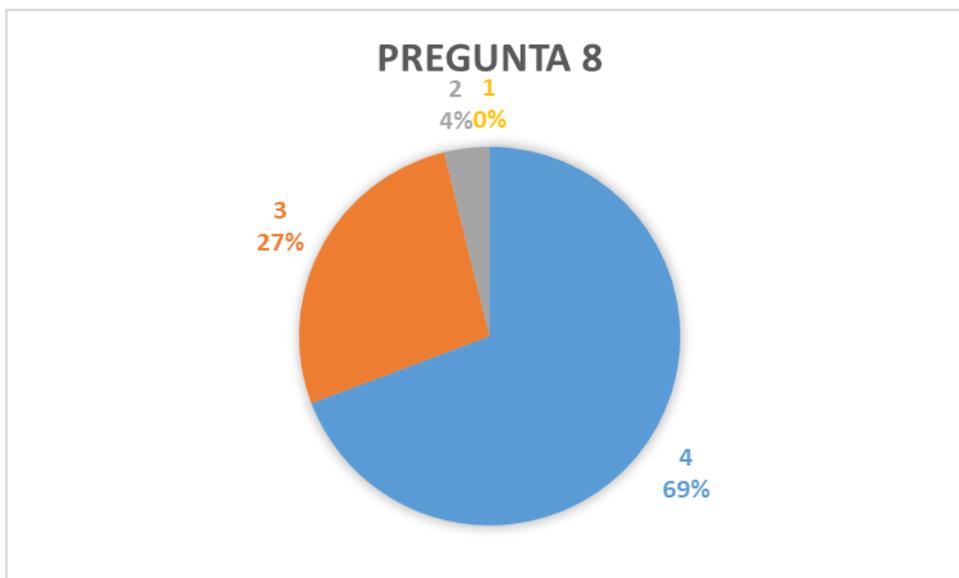
4.3.3 PARA EL OBJETIVO ESPECÍFICO 2: OE2, SE TIENE:

“Determinar por qué los jueces de la investigación preparatoria no declaran fundada de oficio, la excepción de improcedencia de acción, en los peculados que representen valores mínimos.”

Las Preguntas son:

8. ¿Los jueces de la investigación preparatoria, deben declarar de oficio los medios técnicos de defensa?

4	3	2	1
18	7	1	0

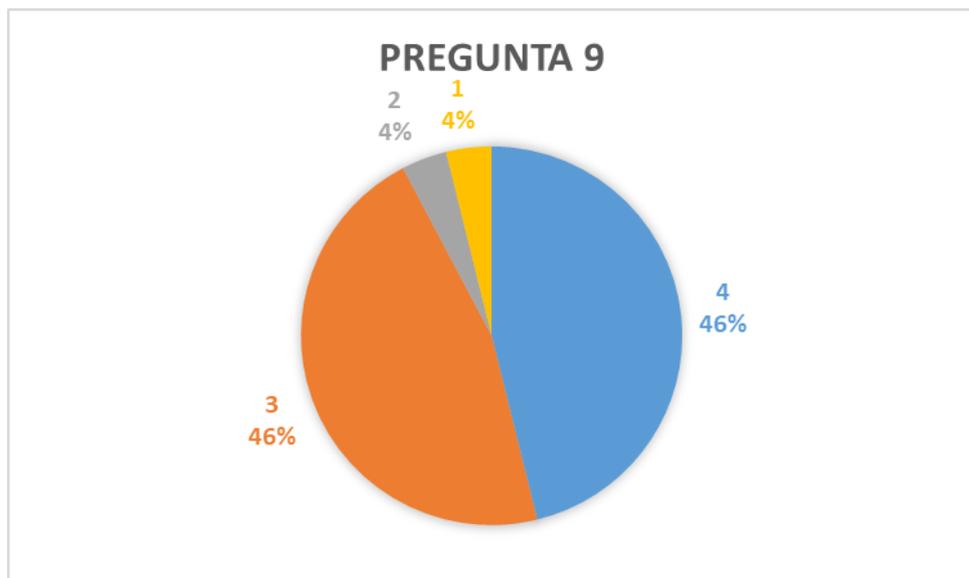


Para el 69% de los encuestados, los jueces de la investigación preparatoria, deben declarar fundada los medios técnicos de defensa; esta expresión de alguna manera contradice a lo expuesto por los magistrados de la Corte Suprema, pues en las cuatro sentencias analizadas, han dejado establecido que el medio técnico de defensa, específicamente la excepción de improcedencia de acción, en estos supuestos, sólo pueden declararse a pedido de parte legitimada; sin embargo, conforme al inciso 3° del artículo 7° del Código Procesal Penal de 2004, los medios técnicos

de defensa, pueden ser declaraos de oficio, por lo que la respuesta obtenida es coherente con la norma antes citada y con nuestra propuesta.

9. ¿Los jueces de la investigación preparatoria, deben declarar la excepción de improcedencia de acción?

4	3	2	1
12	12	1	1



Sobre la pregunta, ¿Los jueces de la investigación preparatoria, deben declarar la excepción de improcedencia de acción?, las respuestas fueron: para un 46% quienes están totalmente de acuerdo, que los jueces de la investigación preparatoria deben declarar fundada de oficio la excepción de improcedencia de acción; y para el otro 46%, están de acuerdo con lo antes expuesto; entonces, si sumamos las dos respuestas en mayoría, para el 92% de los abogados encuestados, los jueces de la investigación preparatoria deben declarar fundada de oficio la excepción de improcedencia de acción, siendo coherentes en el artículo 7º del Código Procesal Penal, y discrepando con la postura de la Corte Suprema, y así ayuda a probar nuestras hipótesis.

10. ¿Los jueces de la investigación preparatoria, deben declarar de oficio la excepción de improcedencia de acción, cuando los montos públicos apropiados (peculado), sean escasas cantidades?

4	3	2	1
19	6	0	1



En esta pregunta final, sobre si los jueces de la investigación preparatoria, deberían declarar fundada la excepción de improcedencia de acción, en los delitos de peculado, cuando los montos apoderados sin mínimos, o de escasas cantidades, para el 73% de los encuestados, sí es factible, por ello están totalmente de acuerdo, y el 23% están de acuerdo; entonces, sumando los dos productos que ayudan a la nuestra tesis, tenemos al 96% que están de acuerdo, en que los jueces de la investigación preparatoria, deben declarar fundada de oficio la excepción de improcedencia de acción, en los delitos de peculado simple, cuando los montos apropiados son ínfimos.

CONCLUSIONES

1. Se concluye que en el primer párrafo del artículo 387 del Código Penal, no se encuentra prevista monto o valor alguno, que a partir del mismo se configure delito de peculado dolo o culposo.
2. Que existe la necesidad de fijar en quantum mínimo para configuración del delito de peculado doloso, en los supuestos del primer párrafo del artículo 387 del Código Penal.
3. Que existe la necesidad de fijar en quantum mínimo para configuración del delito de peculado culposo, en los supuestos del primer párrafo del artículo 387 del Código Penal.
4. También se concluye, que existen cuatro sentencias de la Corte Suprema de la República que han precisado, que cuando los montos apropiados sean escasos, deben ser declarados fundados la excepción de improcedencia de acción, pero solo a solicitud del imputado.
5. También se concluye, que, al existir cuatro sentencias de la Corte Suprema, con la participación de diferentes magistrados, entonces, nos encontramos ante la existencia de una línea jurisprudencial de obligatorio cumplimiento.

RECOMENDACIONES

1. Que existe la necesidad de modificar el primer párrafo del artículo 387 del Código Penal, esto es, estableciendo el equivalente a una Unidad Impositiva Tributaria, como base, que a partir del cual, se configure como delito de peculado doloso simple; por lo que se recomienda que se fije ese extremo legal.
2. Que existe la necesidad de modificar el primer párrafo del artículo 387 del Código Penal, esto es, estableciendo el equivalente a un cincuenta por ciento de una Unidad Impositiva Tributaria, como base, que a partir del cual, se configure como delito de peculado culposo simple, por lo que se recomienda que se fije ese extremo legal.
3. A su vez, también se recomienda, que la Corte Suprema de la República, ya sea mediante Acuerdo Plenario o Sentencia Plenaria, cumpla con declarar como vinculantes a las cuatro sentencias ya analizadas.
4. Recomendar a los magistrados de la Corte Suprema, en especial a su Presidente, a que formule nuevamente una iniciativa legislativa, para que se cumpla con modifica el primer párrafo del artículo 387 del Código Penal, fijando un quantum que a partir de ella se configure el delito de peculado doloso y culposo simple.

5. Se propone el proyecto de ley, que modifica el primer párrafo del artículo 387 del Código Penal.

PROYECTO DE LEY

LEY NRO...

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA HA DADO LA LEY SIGUIENTE:

FORMULA LEGAL:

LEY QUE MODIFICA EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 387 DEL CODIGO PENAL (DELITO DE PECULADO SIMPLE)

ARTÍCULO 1.- OBJETO DE LA LEY:

La presente Ley tiene por objeto establecer normas, procedimientos y mecanismos para una adecuada aplicación del artículo 387 del Código Penal, específicamente en su primer párrafo, esto es, para optimizar el sistema de administración de justicia, con la fijación de un quantum que marque el hito entre un delito de peculado y una falta administrativa.

ARTÍCULO 2.- EXPOSICION DE MOTIVOS:

I. CONVERSIÓN DE LA PENA:

El artículo 387 del Código Penal, expresa lo siguiente:

“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”

II. ANTECEDENTES:

Ya en el año 2010, la Corte Suprema de la República propuso una reforma legislativa al artículo 387 del Código Penal, en el que se sustentaba la

necesidad de fijar un cuantun, que sirva de referencia para calificar como delito, en los supuestos de apoderamiento de caudales o efectos públicos; propuesta que no fue de arribo por el Congreso de la República, pasando a archivarla.

Sin embargo, a partir de los años venideros al citado proyecto, la Corte Suprema de la República, ha dictado cuatro Sentencias, en las que ha recalcado, que los apoderamientos de sumas de escasa importancia, o sumas menores, de ameritan ser investigados, juzgados ni sancionados por el delito de peculado; empero, en ninguna de las cuatro sentencias, han propuesto cuál sería esa línea divisoria, entre lo ilícito penal, y la infracción administrativa; motivo por el cual, se requiere precisar el primer párrafo del citado artículo.

ARTÍCULO 3.- MODIFICACION DEL ARTÍCULO 387 PRIMER PÁRRAFO DEL CÓDIGO PENAL

Se modificará así:

“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; siempre y cuando que, el monto apropiado supere el equivalente a Una Remuneración Mínima Vital al momento de la comisión del injusto penal, para el peculado doloso simple.”

ARTICULO 4.-VIGENCIA DE LA LEY

La presente Ley entra en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial “El Peruano”.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

1. Aranzamendi N. Lino, *Instructivo Teórico-Práctico del Diseño y Redacción de la Tesis en Derecho*, Grijley, Lima, 2013.
2. Araya V. Alfredo, *El Nuevo proceso inmediato para delitos en flagrancia y otras delincuencias*, Jurista editores, Lima, 2016.
3. Calderón S. Ana, *El Nuevo Sistema Procesal Penal, Análisis crítico*, San Marcos, Lima, 2011.
4. Código Penal, Jurista Editores, Lima, 2017.
5. Código Procesal Penal, Jurista Editores, Lima, 2017.
6. Constitución Política del Estado, Jurista Editores, Lima, 2017.
7. Gavagnin T. Osvaldo, *La Creación del Conocimiento Plan y Elaboración de una Tesis de Postgrado*, Editorial Imprenta Unión, Lima, 2009.
8. Lorenzo Leticia, *Manual de ligación*, didot, Argentina, 2012.
9. Neyra F. José, *Manual del Nuevo Proceso Penal y de Litigación Oral*, idemsa, lima, 2010.

- 10. San Martín C. César, *Derecho Procesal Penal Tomo II*, grijley, Lima 2004.**
- 11. Urquizo O. José, *Código Penal Práctico Tomo I*, Gaceta Jurídica, Lima, 2016.**
- 12. Aguilera Bolaños, Clever Alexander**, en la Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo, cuyo título. “LA TEORÍA DE LA UNIDAD DEL TÍTULO DE IMPUTACIÓN Y LA PERSECUCIÓN Y REPRESIÓN PENAL DE LOS DELITOS ESPECIALES COMETIDOS POR CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS. Trujillo, Perú, 2016.
- 13. Santos Pineda, Joel León**, en la Universidad Privada Huánuco, presentó la Tesis titulada “DELITO DE PECULADO DE USO POR SERVIDORES Y FUNCIONARIOS DEL GOBIERNO REGIONAL Y MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE HUÁNUCO”, Huánuco, 2016.
- 14. Chanjan D. Rafael Hernando**, en la Tesis titulada “La Administración Desleal de Patrimonio Público como Modalidad Delictiva Especial del Delito de Peculado Doloso”, Lima, 2014.

15. **SALINAS SICCHA, Ramiro.** EL DELITO DE PECULADO EN LA LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA PERUANA. Lima, 2010.
16. **Reátegui S. James.** Delitos contra la Administración Publica, en el Código Penal, Lima, Perú 2015; Jurista Editores E.I.R.L.
17. Mir P. Santiago. Derecho penal Parte General, Editorial Reppertor, octava edición. Barcelona 2008, página 40.
18. Silva Sánchez, Jesús María, aproximación al Derecho Penal contemporáneo, segunda edición, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2010.
19. Jacobs, Günter, La Imputación Objetiva en Derecho penal, traducción de Manuel Cancio Meliá, Grijley, Lima, Perú, 1998.
20. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Código Penal Décimo Segunda Edición Oficial; Lima, Perú, 2016.
21. Salas Arenas. (diciembre-2017). En la Ponencia Presentada en la Corte Superior de Justicia de Junín.
22. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Código Procesal Penal de 2004, Segunda Edición Oficial. Lima, Perú; 2016.

- 23. RAFAEL HERNANDO CHANJAN DOCUMET**, en la Tesis titulada “La Administración Desleal de Patrimonio Público como Modalidad Delictiva Especial del Delito de Peculado Doloso”, presentada en el año 2014, en la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- 24.** Código Penal de Colombia. Edición Oficial 1995. Página 283.
- 25.** Código Penal de Costa Rica, Edición Oficial, 2000
- 26.** Código Penal de Argentina, Edición Oficial, 2001, artículo 261.
- 27.** Constitución Política del Perú, modificado por Ley 30650.
- 28.** Figueroa E. Hernán. Código Penal, comentado-concordado y actualizado. Lima, Perú, 1985. Editorial Inkari. Cuarta Edición. Pág. 119.
- 29.** Bramont-Arias Torres, Luis Miguel, Manual de Derecho penal, Parte General, Tercera edición. Lima: EDDILI, 2005.
- 30.** Acuerdo Plenario 1-2007, de fecha: Lima, dieciséis de noviembre de dos mil siete.
- 31.** Decreto Legislativo No 1351 publicado el 07 de enero de 2017

- 32.** García C. Percy (2012). Derecho Penal Parte Especial. Lima, Perú; Segunda Edición, Jurista Editores, pág. 470.
- 33.** Torres V. Aníbal. (2016). Código Civil Tomo V, Comentarios y Jurisprudencia, Concordancias, Antecedentes, Sumillas, Legislación Complementaria. Lima, Perú, Octava Edición, Editorial IDEMSA.
- 34.** Ferrajoli L. (2016). Derechos Fundamentales, Democracia Constitucional y Garantismo. Lima, Perú; Editorial RZ Editores; primera edición en Colombia con autorización de RZ Editores, Ediciones Jurídicas AXEL, pág . 51/52.
- 35.** Sánchez V. Pablo (2017). Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal, Código Procesal Constitucional. Lima, Perú; Primera Edición, Importadora y Distribuidora Editorial Moreno S.A., pág. 967.
- 36.** Peña Cabrera F. Raúl (2016). Derecho Penal Parte Especial. Lima, Perú; Tercero Edición, Tomo V, Editorial IDEMSA, pág. 384.

ANEXOS

MATRIZ DE CONSISTENCIA:

Problemas	Objetivos	Hipótesis	Variables	Indicadores
<p>PROBLEMA GENERAL:</p> <p>¿Cuál es la necesidad de fijar o establecer un monto mínimo para la configuración del delito de peculado, regulado en el primer párrafo del artículo 387 del Código penal, para que responda al principio de lesividad?</p> <p>PROBLEMAS ESPECIFICOS:</p> <p>1. ¿Cuál debe ser la referencia para fijar ese monto mínimo para el delito de peculado, que responda al principio de lesividad?</p> <p>2. ¿Por qué los jueces de la investigación preparatoria no declaran fundada de oficio, la excepción de improcedencia de acción, en los peculados que representen valores mínimos?</p>	<p>OBJETIVO GENERAL</p> <p>Determinar la necesidad de fijar o establece un monto mínimo para la configuración del delito de peculado, regulado en el primer párrafo del artículo 387 del Código penal, para que responda al principio de lesividad.</p> <p>OBJETIVOS ESPECÍFICOS:</p> <p>1 .Determinar cuál debe ser la referencia para fijar ese monto mínimo para el delito de peculado, que responda al principio de lesividad.</p> <p>2. Determinar por qué los jueces de la investigación preparatoria no declaran fundada de oficio, la excepción de improcedencia de acción, en los peculados que representen valores mínimos.</p>	<p>HIPOTESIS GENERAL</p> <p>Es necesario fijar o establece un monto mínimo para la configuración del delito de peculado, regulado en el primer párrafo del artículo 387 del Código penal, para que responda al principio de lesividad, ya que no existe un monto mínimo.</p> <p>HIPOTESIS ESPECIFICOS:</p> <p>1. El monto mínimo para que se configure el delito de peculado simple, debe ser igual a la remuneración mínima vital.</p> <p>2. En los casos judicializados, los jueces de la investigación preparatoria deben declarar fundada de oficio, la excepción de improcedencia de acción, en los peculados que representen valores mínimos.</p>	<p>V. Independiente:</p> <p>El tipo penal del delito de peculado (primer párrafo del artículo 387 del Código penal)</p> <p>Variable dependiente:</p> <p>Proceso penal por el delito de peculado simple.</p> <p>Variable interviniente:</p> <p>El sistema de justicia.</p>	<p>Riesgo de imponer penas no justas</p> <p>Investigación fiscal, acusación, fijación de una posible pena.</p> <p>Administración de justicia; penas injustas posibles.</p>

MATRIZ DE OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES.

Objetivos	Hipótesis	Variables	Indicadores
<p>OBJETIVO GENERAL</p> <p>Determinar la necesidad de fijar o establece un monto mínimo para la configuración del delito de peculado, regulado en el primer párrafo del artículo 387 del Código penal, para que responda al principio de lesividad.</p> <p>OBJETIVOS ESPECÍFICOS:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Determinar cuál debe ser la referencia para fijar ese monto mínimo para el delito de peculado, que responda al principio de lesividad. 2. Determinar por qué los jueces de la investigación preparatoria no declaran fundada de oficio, la excepción de improcedencia de acción, en los peculados que representen valores mínimos. 	<p>HIPOTESIS GENERAL</p> <p>Es necesario fijar o establece un monto mínimo para la configuración del delito de peculado, regulado en el primer párrafo del artículo 387 del Código penal, para que responda al principio de lesividad, ya que no existe un monto mínimo.</p> <p>HIPOTESIS ESPECIFICOS:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El monto mínimo para que se configure el delito de peculado simple, debe ser igual a la remuneración mínima vital. 2. En los casos judicializados, los jueces de la investigación preparatoria deben declarar fundada de oficio, la excepción de improcedencia de acción, en los peculados que representen valores mínimos. 	<p>V. Independiente:</p> <p>El tipo penal del delito de peculado (primer párrafo del artículo 387 del Código penal)</p> <p>V. dependiente:</p> <p>Proceso penal por el delito de peculado simple.</p> <p>Variable interviniente:</p> <p>El sistema de justicia.</p>	<p>Riesgo de imponer penas no justas</p> <p>Investigación fiscal, acusación, fijación de una posible pena.</p> <p>Administración de justicia; penas injustas posibles.</p>

INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN.

NECESIDAD DE FIJAR UN CUANTUM MÍNIMO EN LOS DELITOS DE PECULADO PARA SU CONFIGURACION PENAL, EN RELACION AL PRINCIPIO DE LESIVIDAD

INSTRUCCIONES: A continuación, usted encontrara una serie de ítems relacionados a la necesidad de fijar un quantum mínimo en los delitos de peculado para su configuración penal, en relación al principio de lesión. Marque solo una alternativa según considere conveniente

TOTALMENTE DE ACUERDO	4
DE ACUERDO	3
EN DESACUERDO	2
TOTALMENTE EN DESACUERDO	1

OBJETIVO GENERAL: Determinar la necesidad de fijar o establecer un monto mínimo para la configuración del delito de peculado, regulado en el primer párrafo del artículo 387 del Código penal, para que responda al principio de lesividad					
1	¿Para usted, existe la necesidad de fijar un quantum mínimo en el delito de peculado simple?	4	3	2	1
2	O, ¿Se encuentra redactada en forma correcta el artículo 387 del Código Penal, en su primer párrafo?	4	3	2	1
3	¿Importa la existencia de una afectación patrimonial al Estado, para que se configure el delito de peculado?	4	3	2	1
OBJETIVO ESPECÍFICO 1: Determinar cuál debe ser la referencia para fijar ese monto mínimo para el delito de peculado, que responda al principio de lesividad.					
4	¿Está de acuerdo que, la referencia para fijar el monto mínimo, para el delito de peculado, sea una UIT?	4	3	2	1
5	¿Está de acuerdo que, la referencia para fijar el monto mínimo, para el delito de peculado, sea una RMV?	4	3	2	1
6	¿Está de acuerdo que, la referencia para fijar el monto mínimo, para el delito de peculado, sea una URP?	4	3	2	1
7		4	3	2	1

	¿Está de acuerdo que, la referencia para fijar el monto mínimo, para el delito de peculado, sea otra referencia?				
OBJETIVO ESPECÍFICO 2. Determinar por qué los jueces de la investigación preparatoria no declaran fundada de oficio, la excepción de improcedencia de acción, en los peculados que representen valores mínimos.					
8	¿Los jueces de la investigación preparatoria, deben declarar de oficio los medios técnicos de defensa?	4	3	2	1
9	¿Los jueces de la investigación preparatoria, deben declarar de oficio la excepción de improcedencia de acción?	4	3	2	1
10	¿Los jueces de la investigación preparatoria, deben declarar de oficio la excepción de improcedencia de acción, cuando los montos públicos apropiados (peculado), sean escasas cantidades?	4	3	2	1