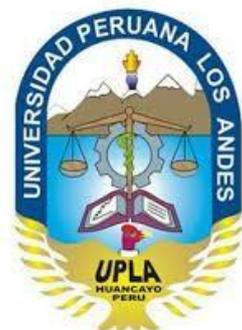


UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Escuela Profesional de Derecho



TESIS

- Título** : La naturaleza del delito de peculado y la aplicación del principio de mínima intervención en la determinación de la cuantía para su configuración en la jurisprudencia de la Corte Suprema del Perú.
- Para Optar** : El grado académico de abogado
- Autor** : Bach. Yessica Yesenia Paytan Crisostomo
- Asesor** : Abog. Jhonatan Mendoza Castellanos
- Área de Investigación** : Ciencias Sociales
- Línea de Investigación** : Desarrollo Humano y Derechos
- Resolución de Expedito N°** : No. 2808- DFD – UPLA –2021 / 13-07-2021

HUANCAYO – PERU

2020

Asesor:

Abog. Jhonatan Mendoza Castellanos

Agradecimiento:

Agradecemos a los encargados de la biblioteca de la Universidad Peruana los Andes, la Municipalidad Provincial de Huancayo y a la biblioteca del prestigioso Colegio de Abogados de Junín; quienes contribuyeron en nuestra investigación, facilitándonos con libros de la materia de derecho penal parte especial (delitos contra la administración pública) y lo referente a ello, para nuestro trabajo de investigación la cual se encuentra desarrollada en el presente trabajo.

Dedicatoria:

Dedico el presente trabajo, con mucho
cariño y aprecio a mis padres Armando y
Lourdes, quienes con mucho esfuerzo
contribuyeron en mi formación profesional.

Agradecimiento	iii
Dedicatoria	iv

Índice

Resumen	viii
Abstract	x
Introducción	xi

Capítulo I: Planteamiento del Problema

1.1. Descripción de la realidad problemática	13
1.2. Delimitación del problema	19
1.1. Formulación del problema	19
➤ Problema General	19
➤ Problemas Específicos	19
1.3. Justificación	20
➤ Social	20
➤ Teórico	20
➤ Metodológico	21
1.4. Objetivos	21
➤ Objetivo general	21
➤ Objetivos específicos	21

Capítulo II: Marco Teórico

2.1. Antecedentes	23
2.2. Bases teóricas o científicas	25
2.2.1. Peculado Doloso (variable independiente)	25
a) Marco histórico	26
b) Evolución Legislativa del delito de peculado en el Perú	28
c) Tipicidad objetiva	31
c.1) Sujeto activo	32
c.2) Sujeto pasivo	32
c.3) Apropiarse o utilizar (conductas)	33
c.4) Caudales o efectos (objeto material del delito)	39
c.5) Administración, percepción y custodia	42
c.6) Para sí o para otro	46
c.7) Relación funcional	48
c.8) Bien jurídico	50
c.9) Perjuicio Económico	53
d) Consumación	55
e) El delito de peculado como infracción del deber	55
2.2.2. Principio de Mínima Intervención (variable dependiente)	57
a) Principio de Subsidiariedad	63
b) Principio de Fragmentariedad	67
2.3. Marco conceptual	70
➤ Naturaleza	70
➤ Delito	70
➤ Peculado	70
➤ Principio	71
➤ Cuantía	71

➤ Configuración.....	71
➤ Jurisprudencia.....	71
➤ Precedente.....	71
➤ Precedente Penal.....	72
➤ Corte Suprema.....	73
➤ Código Penal.....	73
➤ Bien jurídico.....	73
➤ Apropiar.....	74
➤ Principio de última ratio.....	74
➤ Punible.....	74
➤ Delito Pluriofensivo.....	75
➤ Ética.....	75
➤ Axiología.....	75
➤ Valor.....	76
➤ Lealtad.....	76
➤ Probidad.....	76
➤ La teoría de los delitos de infracción del deber.....	76

Capítulo III: Hipótesis

3.1.Hipótesis general.....	78
3.2.Hipótesis específicas.....	78
3.3.Variables.....	79
3.4.Variable independiente.....	79
3.5.Variable dependiente.....	79

Capítulo IV: Metodología

4.1.Método de investigación.....	80
4.1.1. Método generales.....	80
4.1.2. Método específico.....	81
4.1.3. Método particular.....	81
4.2. Tipo de investigación.....	82
4.3.Nivel de investigación.....	83
4.4. Diseño de investigación.....	83
4.5. Población y muestra.....	84
4.6. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	84
4.7. Técnicas de procesamiento y análisis de datos.....	84
4.8. Aspectos éticos de la investigación.....	85

Capítulo V: Resultados

5.1. Descripción de resultados.....	87
5.2. Bien Jurídico Protegido.....	87
a) Patrimonio del Estado.....	87
b) Regular ejercicio de las funciones.....	89
c) Pluriofensividad.....	91
5.3. Toma de postura.....	94
5.4. Análisis crítico de la toma de postura.....	94
5.5. Análisis de casos.....	99

a) Caso N° 01 - R.N. N° 808-90-Callao.....	99
b) Caso N° 02 - R.N. N° 1141-90-Loreto	100
c) Caso N° 03 - R.N. N° 3682-2002-La libertad.....	101
d) Caso N° 04 - R.N. N° 238-2009-Puno.....	102
e) Caso N° 05 - R.N. N° 1336-2012-Apurimac	105
f) Caso N° 06 - R.N. N° 3763-2011-Huancavelica	110
g) Caso N° 07 - A.V. N° 09-2015-1 (Sala Penal Especial de la Corte Suprema) -	114
5.6. El Estado como titular del <i>IUS PUNIENDI</i> y sus límites	116
5.7. Relación entre el principio de mínima intervención y el delito de peculado	117
5.8. La cuantía como problema del perjuicio económico.....	119
5.9. Legislación comparada.....	122
5.2. Contrastación de hipótesis.....	128
Conclusiones	130
Recomendaciones	132
Referencias Bibliográficas	136
Anexos	141
Matriz de consistencia.....	142
Ejecutorias Supremas.....	143

Resumen

Cabe precisar que la problemática radica en establecer si es posible o no incorporar una cuantía mínima en el delito de peculado, claro está como parte del precepto, sin embargo, surge la problemática de alterar y/o cambiar el bien jurídico protegido por este tipo penal, ya que parte de la doctrina indica, que se convertiría en un delito patrimonial, no obstante, en el transcurso de la investigación se determinó que el delito de peculado no tiene un bien jurídico pluriofensivo ni patrimonial netamente, lo que ampliamente se esbozó en el trabajo de investigación, lo cual permitiría incorporar una cuantía en el delito de peculado.

Luego de que aparentemente se habría dado solución a la problemática mediante el principio de mínima intervención, sin la necesidad de poder incorporar la cuantía en el tipo penal, nos encontramos con otro problema, el cual radicaría en el principio de fragmentariedad, ya que, por este principio el derecho penal interviene en las lesiones de bienes jurídicos, pero de gran trascendencia, esto será determinante, en tanto se tenga en cuenta desde que perspectiva se concibe el objeto de protección del delito de peculado, puesto que, si se concibe como pluriofensivo, como indica la Corte Suprema y la doctrina mayoritaria, sería imposible sostener que las apropiaciones ínfimas no son punibles en virtud al principio de mínima intervención y los sub principios de fragmentariedad y subsidiariedad, no obstante, como veremos en el desarrollo de la investigación, la Corte Suprema dentro en contradicciones.

Por otro lado, considerando el principio de fragmentariedad, podemos sostener que un extremo mínimo de las apropiaciones no son punibles, lo que conllevaría a un ejercicio abusivo o impunidad injustas, de no precisarse una cuantía en el delito de peculado, más aun considerando que existe un mayor reproche si las apropiaciones sobrepasan 10 UITs, lo que se

considera una agravante; si esa es la lógica, diríamos a mayor monto de apropiación mayor pena, consecuentemente diríamos a menor monto de apropiación menor pena, discusiones que se abordó ampliamente en el trabajo de investigación.

Palabras Clave: Peculado doloso por apropiación; Bien jurídico tutelado; Límite cuantitativo; Principio de mínima intervención; Principio de fragmentariedad; Principio de última ratio; y, Jurisprudencia de la Corte Suprema de la República.

Abstract

It should be noted that the problem lies in establishing whether or not it is possible to incorporate a minimum amount in the crime of embezzlement, of course as part of the precept, however, the problem of altering and / or changing the legal asset protected by this criminal type arises , since part of the doctrine indicates that it would become a patrimonial crime, however, in the course of the investigation it was determined that the crime of embezzlement does not have a clearly pluri-offensive or patrimonial legal asset, which was broadly outlined in the investigative work, which would allow incorporating an amount in the crime of embezzlement. After apparently a solution to the problem would have been given through the principle of minimal intervention, without the need to be able to incorporate the amount in the criminal type, we find another problem, which would lie in the principle of fragmentation, since, for This principle, criminal law intervenes in the injuries of legal assets, but of great importance, this will be decisive, as long as it is taken into account from which perspective the object of protection of the crime of embezzlement is conceived, since, if it is conceived as multi-offensive As indicated by the Supreme Court and the majority doctrine, it would be impossible to maintain that minute appropriations are not punishable by virtue of the principle of minimal intervention and the sub-principles of fragmentation and subsidiarity, however, as we will see in the development of the investigation, the Supreme Court inside in contradictions. On the other hand, considering the principle of fragmentation, we can argue that a minimum extreme of appropriations are not punishable, which would lead to an abusive exercise or unfair impunities, if an amount is not specified in the crime of embezzlement, even more considering that there is a greater reproach if appropriations exceed 10 UITs, which is considered an aggravating factor; If that is the logic, we would say the greater the amount of appropriation,

the greater the penalty, consequently, the lower the amount of appropriation, the less penalty, discussions that were widely addressed in the research work.

Keywords: Malicious embezzlement by appropriation; Protected legal asset; Quantitative limit; Principle of minimum intervention; Principle of fragmentarity; Last ratio principle; and, Jurisprudence of the Supreme Court of the Republic.

Introducción

Toda sociedad organizada cuenta con medios de control social, que regulan aquellas conductas humanas, en las que una persona incurre en la contravención de las normas teniendo en cuenta que las leyes penales expresan una norma (no matar, no hurtar, no apropiarse, etc.) y esta es la infringida por la persona humana; teniendo en cuenta que este medio de control social formal, a la cual nos referimos, es el código penal la que regulara ciertas conductas.

Es importante tener en cuenta que el delito de Peculado y sus distintas modalidades de comisión del delito se ubica en la Sección III, Capítulo II, Título XVIII *Delitos contra la Administración Pública*, en el código penal del 1991; teniendo en cuenta que este delito en un primer momento fue tipificado como un Hurto Agravado por la cualificación del bien jurídico tutelado y no por la condición del sujeto activo. Es decir, no fue un delito de función pública, sino un hecho ilícito cualificado por la condición esencialísima de la cosa pública.

El presente trabajo de investigación aborda una problemática bastante trabajada, pero sin propuestas viables ni idóneas, en particular la problemática radica en la cantidad del monto apropiado, es decir, radica en el elemento denominado perjuicio económico, que, como tal, parte de la postura indica que no importa el monto apropiado para su configuración del tipo penal de peculado y posterior sanción; la otra postura indica que el monto es relevante para determinar la punibilidad de tipo. Luego de absolver la controversia en el trabajo de investigación, inclinándonos a la segunda postura, nos encontraremos con otra controversia, consistente en analizar el objeto de protección del peculado para determinar la posibilidad de incorporar una cuantía en el tipo penal de peculado.

También se abordará temas como el principio de mínima intervención, subsidiariedad y fragmentariedad, para analizar los pronunciamientos de la Corte Suprema, pudiendo precisar hasta qué punto estos principios influyen en la no punibilidad del delito de peculado, y si es necesario precisar una cuantía.

El presente trabajo de investigación está compuesto por cinco capítulos, el primero de los capítulos aborda concretamente sobre el planteamiento del problema, el segundo capítulo le da sustento al trabajo de investigación, al cual denominamos marco teórico, el tercer capítulo se esboza la hipótesis, en el cuarto capítulo ampliamente se desarrolló toda la parte metodológica que fue de utilidad para el desarrollo del trabajo de investigación y finalmente en el quinto capítulo se muestra los resultados de la investigación.

Capítulo I: Planteamiento del Problema

1.1. Descripción de la realidad problemática

¿Debería considerarse un límite en la cuantía en el delito de peculado para su configuración? Con esta primera interrogante y de la lectura del precepto legal de peculado regulado en el artículo 387° del Código Penal del año 1991, se advierte que en ningún extremo del tipo penal considerando desde su primera regulación en el Código Penal del año 1991 y todas sus modificatorias hasta la fecha, se ha establecido la cuantía para la configuración de este tipo penal, así también se ha evidenciado en el Código Penal de 1924; no obstante, en la doctrina existen posturas controvertidas; por un lado, Salinas (2011) refiere que el delito de peculado se configura, así el perjuicio económico sea ínfimo. (p. 305), siguiendo esta primera postura, debe precisarse que ello es una controversia no sólo doctrinal, sino que también jurisprudencial; puesto que la **Ejecutoria Suprema (21 de diciembre del 1990)** precisa que:

“El delito de peculado es una figura delictiva específica, en la cual para su calificación como tal no se tiene en cuenta el monto del desmedro patrimonial, por lo que no es procedente dada su cuantía considerarlo como falta” (Exp. N° 808-90-Callao).

En esa misma línea se tiene la **Ejecutoria Suprema (3 de junio del 1991)** la misma enfatiza 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” (Exp. N° 1141-90-Loreto); y, más recientemente la **Ejecutoria Suprema (13 de enero del 2004)** considera:

“que, en nuestra legislación penal, en los delitos cometidos por funcionarios públicos - peculado-, no se requiere establecer la naturaleza penal de la cuantía de los caudales públicos apropiados o ilícitamente utilizados, configurándose este cuando los bienes estatales son usados para fines ajenos al servicio y realizados por funcionario o servidor público” (Exp. N° 3682-2002-La Libertad).

En esa misma línea Salinas (2011) resalta que “En el delito de peculado no hay cuantía mínima, situación que considero adecuada con una política frontal de lucha contra la corrupción. Tan corrupto es aquel que se apropia de diez soles como aquel que se apropia de diez millones. Aspecto que solo debe ser tomando en cuenta por el juez al momento de individualizar la pena”. (p.308).

Sin embargo, otra postura es de Abanto (2001) al referir que “el tipo penal de peculado al no contemplar la cuantía podría llevar a una aplicación ciega para casos realmente ridículos” (p.313). Entiéndase que por esta segunda postura se debe tener en cuenta el monto apropiado para determinar la punibilidad del delito de peculado.

En ese mismo sentido **la Corte Suprema (14 de marzo de 2016)**, señala: “que se imputa el delito de peculado a un funcionario público al haberse apropiado la suma de S/. 133.00 soles del fondo de caja chica de la Procuraduría del Ministerio de Energía y Minas [...]”. “3.2.3. En ese sentido entiéndase 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 el principio de mínima intervención, el derecho penal no acude a sancionar dicha conducta” (Corte Suprema de Justicia de la República Sala Penal Especial A.V. N° 09-2015-1).

Siguiendo esta línea la **Ejecutoria Suprema (19 de marzo del 2010)**, precisa en el fundamento quinto que: “[...] del acta de internamiento del vehículo al depósito municipal y del acta de constatación de pérdidas se acredita que falta sólo un alternador y un relay [...] sin embargo, por la situación de los objetos –un alternador y un relay- es preciso indicar que se debe aplicar el principio de intervención mínima del derecho penal que consiste en que el derecho penal deje de ser necesario para proteger a la sociedad cuando dicha protección se puede conseguirse por otros medios, que será preferible en cuando sean menos lesivos para los derechos individuales, que en el caso en concreto es relevante y aplicable el principio de subsidiariedad, según el cual el derecho penal ha de ser de ultima ratio, el último recurso que se debe utilizar a falta de otros 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 la conductas vulneradoras de los bienes jurídicos que protege, ni tampoco todos ellos son objeto de tutela sino solo castiga las modalidades de ataque más peligrosos para ellos –el derecho penal protege el bien jurídico contra ataques de especial gravedad-; ambos postulado 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 una organización, que por eso solo debe acudir al derecho penal cuando han fracasado todos los demás controles,

pues el derecho punitivo es el último recurso que ha de utilizar el estado, en tanto en cuanto no castiga todas las conductas lesivas de bienes jurídicos, si no solo las que revisten de 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 puede ser ventilados en la vía penal” (R.N. N° 238-2009-Puno).

Del mismo modo la **Ejecutoria Suprema (10 de enero del 2013)** “imputa a un funcionario público haberse apropiado la suma de S/. 541.17 y S/. 1,37 soles, el cual asciende a un total de S/. 542.54 soles, dinero que habría sido apropiado en perjuicio de la Municipalidad Provincial de Abancay y la Policía Nacional del Perú, “[...] debido a que los montos cuestionados como objeto de apropiación no se condice con los principios de subsidiaridad y ultima ratio, que informa el Derecho Penal, pues deben priorizarse otras vías distintas a la penal para la solución de conflictos de relevancia jurídica, donde solo determinados bienes jurídicos, importantes, necesarios e indispensables para la viabilidad de las interrelaciones y la cohesión del sistema social y político ingresan en el ámbito penal, los que a su vez configuren un alto grado de insoportabilidad social. Por consiguiente, dado que los montos objetos de apropiación son ínfimos y no soy significativos para concluir que todo el aparato estatal se encuentre gravemente lesionado. En consecuencia, el comportamiento del imputado no constituye apropiación” (R.N. N° 1336-2012-Apurimac).

También tenemos la **Ejecutoria Suprema (29 de enero del 2013)**, el cual imputa a un funcionario haber utilizado cuatro hojas de papel boom con el sello de agua de la Universidad de Huancavelica para fines particulares; más allá del cuestionamiento a la tipificación adecuada es importante precisar el fundamento sexto el cual señala:

“En esa línea de ideas uno de los principios fundamentales legitimadores del Derecho Penal es el Principio de Intervención Mínima, admitido únicamente por la doctrina penal, según el cual el Derecho Penal ha de reducir su intervención a aquello que sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general [...], de manera carece de sentido la intervención el derecho 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 o más satisfactoriamente posible tanto para el imputado como para la sociedad. Es así como se muestra el carácter subsidiario del Derecho penal también denominado de ultima ratio, que, al orientar la solución del conflicto a una sanción menos gravosa que la pena delimita el campo de acción de la intervención penal únicamente a aquello que sirva eficazmente a la prevención general positiva dela pena” (R.N. N° 3763-2011-Huancavelica).

Frente a estas dos posturas descritas, surgen imprecisiones que se pretende abordar en el presenta trabajo de investigación; tales como, en la segunda postura, se tiene que existen conductas que lesionan bienes jurídicos ínfimos, y que por el principio de fragmentariedad no resultan ser punible ni pasibles de sanción penal, la pregunta que surgiría sería ¿Cuál sería el alcance del principio de mínima intervención?; es decir, por este principio hasta que monto debe considerarse una apropiación que salgue de la esfera de los delitos de bagatela, o que no estén dentro del ámbito de aplicación del principio de mínima intervención y sus sub principios de ultima ratio y fragmentariedad; para ser considerados como delito de peculado, que cuenta con un injusto reprochable y punible.

Cabe hacer la precisión que la Sala Penal Plena de la Corte Suprema, mediante Proyecto de Ley N° 4187/2010-PJ de fecha 03 de agosto del 2010, propuso una reforma en el delito

de peculado en el siguiente sentido; *“la reforma se centra en introducir el referente patrimonial de valoración en los delitos de peculado doloso y culposo, esto es, cuando lo apropiado o utilizado sobrepase 2 unidades impositiva tributaria (peculado doloso) y dos remuneraciones mínimas vitales (peculado culposo)”*; sin embargo, la Comisión de Justicia y Derechos Humanos mediante Dictamen de fecha 13 de abril del 2011, señaló; *“la Sala Plena de la Corte Suprema opta aquí por exigir mayores criterios de lesividad material de los que se apartan en el delito de Colusión. Y hay que preguntarse qué pasa con las apropiaciones o utilizaciones de caudales o efectos que no llegan a las dos unidades impositivas tributarias (que superen los 7,200 nuevos soles) ¿Tendrán que ser consideradas faltas o es que serán atípicas? Eso es lo que quiere la Corte Suprema, está propiciando o induciendo a apropiaciones “pequeñas”. Hay que tomar en cuenta que a los particulares se les castiga por el delito de hurto cuando sustraen bienes cuyo valor es superior a una remuneración mínima vital (600 nuevos soles a la fecha). De ser así donde queda la tesis de infracción del deber, el Peculado pasaría a ser un delito patrimonial [...]”*

En razón a ello es que señalamos que el legislador peruano ha preferido, por no preciar la cuantía en el tipo penal de peculado; lo cierto es que, ello ha generado cierta incertidumbre en el sentido de no existir un margen límite de la cuantía; es decir, si verificamos la afectación al bien jurídico tutelado del peculado, habría que preguntarnos *¿Cuál es el margen límite para considerar que hay una afectación al bien jurídico?*; sí se tiene en cuenta que por el principio de Mínima Intervención entendemos que existen conductas que lesionan bienes jurídicos, pero que no tienen mayor relevancia jurídico penal por lo insignificante que sea la lesión y/o por tratarse de un delito de bagatela, y en razón a las jurisprudencia donde ha aplicado el principio de insignificancia o también el principio de lesividad, figuras que fueron tomadas por los jueces, para lo cual se tuvo en cuenta el desmedro patrimonial, por lo que, en la presente investigación se desarrollará los resultados jurisprudenciales que

se ha obtenido de la aplicación de los principios antes mencionados, orientada a establecer un límite mínimo en la cuantía para la configuración de delito de peculado.

1.2. Delimitación del problema

Al tratarse de una investigación de naturaleza esencialmente dogmática, el ámbito de la misma está referido a la doctrina general y a la validez científica existente sobre las instituciones jurídicas bajo análisis, a la vez que a la literatura jurídica específica del derecho comparado y del derecho nacional; poniendo especial relevancia en las doctrinas jurídico-penales, que son aceptadas de forma mayoritaria, y que se apegan a la legalidad material, como fuente imprescindible de la tarea interpretativa, así como de los fines que se desprenden de una ciencia social, como lo es el Derecho. Constituyendo objeto de análisis del presente proyecto, los criterios esgrimidos por la Jurisprudencia de la Corte Suprema de la República. En el marco del desarrollo de los siguientes temas: naturaleza del delito de peculado, principio de mínima intervención, principio de ultima ratio, principio de fragmentariedad, evolución del bien jurídico tutelado en el delito de peculado, Corte Suprema de la República, jurisprudencia, sentencias y entre otros temas periféricos que serán materia de estudio analítico y crítico desde la doctrina y la jurisprudencia, para poder plantear la solución al problema planteado.

1.3. Formulación del problema

1.3.1. Problema General

¿Cuál es la naturaleza del delito de peculado y qué relación existe con la aplicación del principio de mínima intervención, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República?

1.3.2. Problemas Específicos

¿Cuáles son los criterios para establecer el límite cuantitativo de la aplicación del principio de mínima intervención en el delito de peculado doloso por apropiación en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República?

¿Cuáles son los resultados obtenidos de la aplicación de los sub principios de última ratio y fragmentariedad en el delito de peculado doloso por apropiación en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República?

¿Cómo ha evolucionado el bien jurídico tutelado en el delito de peculado doloso en la doctrina y en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del República?

1.4. Justificación

1.4.1. Social.- La presente investigación una vez logrado el objetivo será de utilidad en el ámbito jurisdiccional y en sede Fiscal, toda vez, que al establecerse un monto para la configuración del delito de peculado, se logrará evitar impunidades injustas y ejercicios abusivos, evitando cualquier tipo de inseguridad jurídica.

1.4.2. Teórico.- Se pretende abordar la naturaleza del delito de peculado, toda vez que, como se ha evidenciado del desarrollo de nuestra descripción problemática existe jurisprudencia dividida respecto a la determinación de la cuantía en el delito de peculado, puesto que para una postura no importa lo apropiado sino lo que importa es el acto de apropiación, por otro lado, se indica que el peculado no es punible cuando la apropiación es ínfimo, lo que motiva a realizar un investigación para determinar la naturaleza del delito de peculado desde la vertiente de la jurisprudencia y la doctrina, y para luego establecer su interrelación con el principio de mínima intervención, es decir, para abordar hasta que monto debe considerarse al delito de peculado como delito de bagatela por el principio de mínima intervención; para que de esta manera se brinde un aporte teórico que precise un

monto para la configuración del delito de peculado, que pueda ser propuesto como Proyecto de Ley con mayores argumentos dogmáticos, y de esta manera no pueda ser rechazado por la Comisión de Justicia, como lo fue el Proyecto de Ley N° 4187/2010-PJ de fecha 03 de agosto del 2010, presentado por la Sala Penal Plena de la Corte Suprema.

1.4.3. Metodológico.- El resultado de la investigación servirá como instrumento o conocimiento nuevo que será de utilidad y como antecedente para otras investigaciones, lo que permitirá también guiar para realizar una investigación en esa línea, precisando además que, para obtener los resultados de la investigación propuesta, se empleará el fichaje para la recolección de datos y procesamiento de información, y las paginas oficiales de la Corte Suprema de la República para recabar los diversos pronunciamiento finales, que serán materia de estudio y análisis crítico.

1.5. Objetivos

1.5.1. Objetivo general

- Identificar la naturaleza del delito de peculado y la relación existente en la aplicación del principio de mínima intervención, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la República.

1.5.2. Objetivos específicos

- Determinar los criterios para establecer el límite cuantitativo de la aplicación del principio de mínima intervención en el delito de peculado doloso por apropiación en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de la República.
- Analizar los resultados obtenidos de la aplicación de los sub principios de última ratio y fragmentariedad en el delito de peculado doloso por apropiación en la

Jurisprudencia de la Corte Suprema de la República.

- Describir la evolución del bien jurídico tutelado en el delito de peculado doloso en la doctrina y en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de la República.

Capítulo II: Marco Teórico

2.1. Antecedentes

Orellana, T. (2011) en su trabajo de investigación titulado: “El principio de mínima intervención penal y su aplicabilidad en los delitos de peculado considerados de ínfima cuantía” llego a la conclusión: [...] Debe diferenciarse las sanciones previstas para el delito de peculado, en virtud del monto del perjuicio ocasionado al Estado ecuatoriano, lo cual contribuirá en la aplicación del principio de mínima intervención penal. [...]

Díaz, P. (2018) en su trabajo de investigación titulado: “La exigencia de un monto mínimo para la configuración típica del delito de peculado”, Tacna 2014 - 2017”, llego a la conclusión: **a)** No es necesario que las sanciones para el delito de peculado de menor cuantía recaigan en el Derecho Penal, al considerarse que el mismo no es el único medio de represión y debe limitarse a lo indispensable; asimismo se tiene que los hechos de peculado por mínima intervención no dejan de ser irregulares y es justamente a través de la vía administrativa que corresponde pronunciarse. **b)** Sancionar un delito de peculado con una mínima cuantía afecta el principio de economía procesal, porque al procesarse a funcionarios y/o servidores públicos por estos casos generan gastos insulsos al Estado; lo que implica invertir en el factor humano, factor logístico, equipos tecnológicos, servicios

contratados y bienes de utilidad dentro de la Investigación fiscal y en la etapa judicial. **c)** No se vulneraría la naturaleza del bien jurídico del delito de peculado y el principio de lesividad al incorporar una cuantía mínima para calificarlo como tal, al ser los casos irrelevantes debido a su cuantía ínfima, y sólo cabría sancionarlos administrativamente. **d)** La persecución penal por el delito de peculado cuando se trate de montos mínimos, no determinado, para este tipo de delitos por el Código Penal atentaría contra los principios de mínima intervención, subsidiariedad y ultima ratio del Derecho Penal, al ser considerados estos montos como irrisorios que no revisten de suma gravedad ni tienen la aptitud para activar el sistema penal y solo generan gastos innecesarios al Estado.

Pacheco, CL. (2017) en su trabajo de investigación titulado: “Tratamiento jurídico diferenciado en el delito de peculado respecto al Principio de Proporcionalidad en el Poder Judicial de Lima Centro — 2016”, llegó a la conclusión **a)** Conforme a las investigaciones realizadas, se ha determinado que la sanción penal en los delitos de peculado por apropiación y delito de peculado por utilización, vulneran el principio de proporcionalidad, porque las penas impuestas son desproporcionales a la lesión que fueron causadas al bien jurídico protegido. **b)** Siguiendo con las investigaciones realizadas, se analizó que el juez impone la sanción penal tanto para el delito de peculado por apropiación y utilización según su criterio, porque la norma no tiene diferenciado estos verbos rectores, quedando la pena impuesta a menester y disposición del juez, generando una lesión de los derechos fundamentales y vulnerando los principios. **c)** Terminando con las investigaciones realizadas, se analizó que la norma no tiene establecidas las diferencias de los verbos rectores, por ello se vulnera algunos principios, así como el principio de proporcionalidad al momento de aplicar las penas, no cumpliendo con la exigencia de la misma y generando un abuso del derecho penal.

Ortiz, J.C. (2019) en su trabajo de investigación titulado: “necesidad de fijar un quantum mínimo en los delitos de peculado para su configuración penal, en relación al principio de lesividad” llego a la conclusión: a) 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. b) 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. [...]

Abril, O. (2018) en su trabajo de investigación titulado: “Trascendencia de la cuantía en el delito de peculado y su incidencia en el principio de mínima intervención”, llego a la conclusión: [...] QUINTA: En el peculado encontramos un delito pluriofensivo por un lado están los intereses patrimoniales de la administración pública, y por el otro lado tutelar los deberes funcionales. Es de notar que el peculado al proteger los intereses patrimoniales se enfrenta a caudales, bienes u otros valores que tienen la capacidad de ser cuantificables. Entonces a mayor valor del bien o caudal implicaría necesariamente un mayor reproche por parte de la normativa penal, pero esta lógica tiene severas críticas, dado que nos enfrentamos a un delito que protege a la vez dos intereses, razón por la que autores de renombre han criticado el cuantificar el valor de los bienes, caudales o efectos. SEXTA: La fijación de la cuantía busca disuadir en los posibles agentes la posibilidad de comisión del delito y salvaguardar aquellos caudales y efectos con cierto valor. La razón de proteger estos bienes responde a que se considera que requieren mayor importancia por el derecho penal, nada obsta para considerar aquellas conductas que atenten bienes con un valor o monto mínimo puedan ser considerados con una pena menor o como una atenuante. [...]

2.2. Bases teóricas o científicas

2.2.1. Peculado Doloso (variable independiente)

a) Marco histórico

Hugo (2016) señala que “el origen del término “peculado” se remonta al Derecho Romano, identificándose que proviene de dos latinismos: *pecus*, que significa ganado; y *latus*, que significa hurto. En consecuencia, etimológicamente significa hurto de ganado.” (p. 247).

Según Rojas (2014) “El peculado es un delito bastante antiguo, fue conocido hasta en la Biblia. Grecia y Roma regulaban el delito de peculado con penas muy severas, donde eran sancionados todos aquellos que se llevaran bienes del Estado, de los funcionarios, de la religión por el delito de *peculatus*. Se castigaba con penas altísimas que podían llegar hasta la muerte.” (p. 163).

Rojas (2014) continúa señalando que “En Roma el peculado se identificaba con los bienes que eran masivos en esa época, como ganado, dinero, instrumentos agrícolas. Estos bienes constituían el contenido del peculado. Y estos era así porque estas eran sociedades agrarias, por tanto, estos bienes eran muy importantes para el Estado de esta época, para que lo fundos de esa época pudieran tener más poder y quienes dominaban estos fundos eran los senadores romanos y ellos se repartían los fundos y el ganado; y, tenían inmensos terrenos de ganados y de allí viene la palabra *peculatus*; *el que sustrae ganado*.” (pp. 163-164). En esa misma línea Rojas (2014) refiere que “el *peculatus* se vinculaba con la administración porque la gran cantidad de terratenientes eran senadores Romanos y los senadores eran quienes dominaban Roma, entonces ellos hicieron leyes severísimas para castigar la sustracción del ganado y este era un atentado contra la Administración Pública, de allí viene la historia del peculado como un delito contra la administración.” (p. 164).

Como refiere Hugo (2016) el ganado fue sinónimo de riqueza en Roma, lo cual era instituido en su ordenamiento económico esencialmente en el pastoreo. En lo que se fundamenta su origen, toda vez, que en Roma el ganado y la tierra eran los bienes más preciados. (pp. 247-248).

Por su parte Reátegui (2015) refiere que “históricamente se ha dicho que el peculado o el *peculatus* en el Derecho Romano era el delito que consistía en una forma agravada de hurto; era el *furtum publicae pecuniae*, constituido por el hurto de cosas perteneciente a los dioses (*pecunia sacra*).” (p. 409).

Agrega Reátegui (2015) que “el peculado del Derecho Romano (de *pecus*, sistema primitivo de transacciones) y se aplicó a la pecunia sacra, que requería el rito de la consagración pública, de manera que la ausencia de este requisito impedía la calificación de *peculatus* y se transformaba en hurto. En el Digesto se define el peculado como hurto de dinero público, entendiendo por tal el que pertenecía al pueblo romano, el erario público, no el de los municipios. Las conductas podían consistir en: sustraer (*auferre*) destruir (*interficere*) o distraer (*vertere in rem suam*) el erario público” (pp. 409-410).

Por su parte Rojas (2014) refiere que “ahora ha cambiado la configuración del delito de peculado, está relacionado a términos más genéricos: al patrimonio público. El peculado que tenemos en el Artículo 387° deriva del Código Penal Italiano de 10889, conocido también como Código Zanardelli, fue un Código Penal modelo que sentó época en Europa y en América Latina, por la gran calidad de sus elaboraciones normativas. Nosotros hemos copiado una buena cantidad de tipos penales de este código, el Abuso de Autoridad, el Peculado, la Desobediencia y Resistencia a la Autoridad, aunque éste último luego lo hemos reformado conforme

a lo establecido en el Código Penal Argentino. Aunque cabe destacar que el Código 1924 obtuvimos nuestras fuentes legales.” (p. 164).

b) Evolución Legislativa del delito de peculado en el Perú

El delito de peculado fue regulado en el artículo 387° del Código Penal de 1991 específicamente en su capítulo II, Sección III, el mismo que primigeniamente a la letra señalaba:

“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 la libertad no menor de dos ni mayor de ocho años”.

Posteriormente este tipo penal fue modificado por el Artículo Único de la Ley N° 26198, publicada el 13 junio 1993, cuyo texto es el 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 la libertad no menor de dos ni mayor de ocho años”.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de la libertad será no menor de cuatro ni mayor de diez años”.

Años más tarde mediante el Artículo 1 de la Ley N° 29703, publicada el 10 junio 2011, se modifica en el siguiente sentido:

“El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza en cualquier forma, o consiente que un tercero se apropie o utilice caudales o efectos públicos, 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.

Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años.

Si los caudales o efectos, independientemente de su valor, estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años”.

Consecutivamente se vuelve a modificar con el Artículo Único de la Ley N° 29758, publicada el 21 julio 2011, cuyo texto es el 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.

Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años”.

Texto legal que luego se vuelve a modificar por el Artículo único de la Ley N° 30111, publicada el 26 noviembre 2013, cuyo texto es el 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 y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

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

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

Posteriormente el texto legal se modificó por el **Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1243**, publicado el 22 octubre 2016, el cual a la letra señala:

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

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

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

c) Tipicidad objetiva

c.1) Sujeto activo.- Arismendiz (2018) refiere “respecto al sujeto activo, el delito analizado, tanto en los supuestos delictuales de peculado doloso y culposo, resulta ser un delito de dominio, específicamente un delito especial propio, por cuanto el tipo penal exige un agente delictual cualificado, esto es, funcionario o servidor público, en ese sentido, dicha condición especial restringe el radio de autores y

también fundamente la punibilidad, no existiendo tipo penal común subyacente” (p. 473).

Por su parte Reátegui (2015) refiere que “el sujeto activo del delito de peculado únicamente podrá ser quien tenga con el Estado una relación funcional específica, el sujeto activo del delito es así titular de una confianza que lo obliga a actuar de un modo determinado regular respecto a los caudales y efectos que percibe, administra o custodia.” (p. 420).

En similar sentido refiere Cáceres (2012) cuando señala que “al entenderse el delito de peculado como un delito especial, la calidad del sujeto activo sólo podrá recaer en aquel que ostente la calidad de funcionario o servidor público.” (p. 57).

Por otro lado, Peña (2016) refiere que “conforme la estructura normativa del artículo 387° del CP, la calidad de autor solo puede tenerla el funcionario o servidor, constituye un delito especial propio, característico de los injustos funcionariales, cerrando el círculo de sujeto activo a aquello que en razón de la actuación funcional se apropian o utilizan caudales o efectos, cuya administración, percepción o administración le estén confiados en mérito al cargo” (p. 342).

c.2) Sujeto pasivo. - Peña (2016) refiere que “es el Estado como titular y dueño del patrimonio que administran, custodia o perciben los funcionarios y servidores públicos en razón del cargo funcional; y de forma mediata los comunitarios como naturales destinatarios de los fondos público que son apropiados indebidamente por los intraneus.” (p. 345). Asimismo, Arismendiz (2018) refiere “que el Estado resulta ser el único titular del bien jurídico tutelado, esto es, concreta –correcta administración pública-” (p. 475).

Por su parte, Cáceres (2012) argumenta “que la relación con el sujeto activo siempre va dirigida a la institución estatal y nunca a un particular, aunque este último sea también se vea también fácticamente perjudicado” (p. 61).

Salinas (2009) agrega que el sujeto pasivo es “solo el Estado que viene a constituir el representante o titular de la administración pública en sus diversas manifestaciones: “no puede considerarse como sujeto pasivo del delito de peculado a los particulares, pues este ilícito solo puede ser cometido por funcionario o servidor público en perjuicio del estado o de entidad dependiente de este”.” (p. 323).

c.3) Apropiarse o utilizar (conductas). – Debe tenerse presente que los verbos rectores en el delito de peculado son apropiación y utilización, en ese sentido Peña (2011) argumenta que “la conducta será en principio comisiva, en el sentido de que el autor ha de ejecutar una acción de apropiación o de utilización, dando lugar a una nueva esfera de custodia, sustraída del ámbito privativo de la Administración. Sin embargo, no olvidemos que los verbos típicos han de ser interpretados, desde una acepción material (normativa) y no naturalística, propiciando una orientación teleológica, que en el presente caso, implica la admisión de una –comisión por omisión doloso- (omisión impropia), cuando el funcionario (custodio del bien), permite de forma deliberada que otros sujeto (funcionario o no funcionario), se apropie del bien, sustrayéndolo de la esfera de custodia de la administración, lógicamente en concierto criminal.” (p. 353).

En la modalidad de **apropiación** Peña (2011) entiende que “el sujeto activo se hace de la tenencia fáctica del bien; sustrayéndolo de la esfera de custodia de la Administración, el autor está en la posibilidad de ejercer un nuevo dominus, sobre

los efectos o caudales, ora llevándose el dinero en efectivo a su domicilio o depositándolo en una cuenta bancaria (a su nombre o de un tercero – testafierro).” (p. 361), continúa señalando Peña (2011) que “la apropiación no es propiamente una *sustracción*, conforme la segunda terminología invocada, el bien ha de estar generalmente bajo la determinación fáctica del sujeto pasivo, lo que no sucede acá, en tanto el agente es custodio del bien –objeto de apropiación-” (p. 361).

Por su parte Abanto (2001) precisa que “la conducta del funcionario peculador no puede entenderse sino como la de una *apropiación sui generis*, puesto que él no sustrae los bienes, ellos ya están en su poder de disposición en función de su cargo: el sujeto simplemente no administra los bienes destinándolos a la función pública para la que estaban destinados, sino disponer de ellos como si formaran parte de su propio patrimonio.” (p. 293).

Por su parte Salinas (2013) refiere que “la forma de apropiación puede recaer tanto en actos materiales de incorporación de los caudales o efectos públicos al patrimonio del autor, acrecentando su masa patrimonial, como en actos de disposición inmediata (venta, alquiler, préstamo, uso con ánimo de propietario, entrega a terceros, donaciones, etc). En general, puede materializarse en numerosos actos que, como expresión del poder del funcionario o servidor público, impliquen actividad comercial que ponga de manifiesto la ilícita disposición del patrimonio público que realiza el sujeto activo en el ámbito concreto de la apropiación” (p.339).

Por su parte Peña (2016) entiende “que la apropiación solo ha de importar la sustracción del bien de la esfera interna de la administración –de forma definitiva-, si el autor solo se lleva la maquinaria de trabajo para usarla en su casa y luego

devolverla sería un peculado de uso, y si saca el bien, por ejemplo, una computadora y la destruye, habrá delito de peculado por apropiación. la interpretación configurativa de este injusto no puede asimilarse al delito de hurto, donde la materialidad típica se secciona en dos actos, requiriéndose que el autor haya tenido un tiempo mínimo de disposición del bien para que tome lugar las formar de imperfecta ejecución; el peculado por apropiación es un delito de peligro, de manera que basta que se verifique la salida del bien de la custodia de la administración, siempre que el agente no tenga la intención de devolverlo (solo ante bienes no fungibles)". (p. 355).

Rojas (2014) refiere que "el funcionario o servidor público incorpora bienes públicos en su patrimonio personal, o en el patrimonio familiar o en el patrimonio de terceras personas sin derecho, sin autorización, sin que tenga justificación ese comportamiento; pues puede haber comportamientos justificados como por ejemplo que yo me apropie de dinero por un hecho extremo para pagar la operación de un familiar, que si no es operado muere, este es un caso que puede justificar el Peculado" (p. 175).

Por su parte Cáceres (2012) precisa que "esta modalidad consiste en hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, alejándolos de la esfera de protección o ámbito de la Administración Pública, para lo que originariamente estuvo prevista, orientándose hacia la disposición de los bienes públicos." (p. 33).

Continúa señalando Cáceres (2012) que "tal apropiación implica materialmente un desplazamiento de los bienes, puestos a su disposición de la esfera de competencia del Estado al uso privado o particular del funcionario público o de terceros. Tal desplazamiento exige necesariamente la comprobación

de un perjuicio patrimonial, de lo contrario la conducta del funcionario público será atípica.” (p. 36).

Reátegui (2015) indica que “el elemento –apropiación- descrito en la conducta típica de peculado, constituye un estadio posterior a un supuesto de apoderamiento, pues implica que el funcionario o servidor público dispone de la cosa como si fuera el dueño (usa o vende, por ejemplo). En tal sentido la apropiación implica que el funcionario o servidor público dispone del patrimonio del estado como si fuera su legítimo dueño.” (p. 425).

Precisa Reátegui (2015) que “Apropiarse de un bien del Estado, estando este bajo la disponibilidad de servidor público (autor) no significa siempre desplazarlo materialmente del dominio o utilización de la función pública. La apropiación puede hacerse mediante operaciones contables, transferencias telegráficas de fondos o actos de dominio, aunque el bien no haya sido desplazado de un lugar a otro. En el peculado, la sustracción pone al Estado fuera de la órbita de la disponibilidad de sus caudales. Esto quiere decir que quien se los sustrae no necesariamente los disfruta o goza, pero comete el delito con el solo hecho de colocarlo fuera de su alcance dispositivo” (p. 428).

Arismendiz (2018) señala que “respecto al verbo –apropiarse-, según la RAE, proviene del latín *appropriare*, por lo tanto, el significado del término, implica hacer algo propio de alguien. Aplicar a cada cosa lo que es le es propio y más conveniente, en ese sentido, el sujeto cualificado, esto es, funcionario o servidor público, quien opera en razón del cargo específico, hace suyo los caudales públicos entregados para su custodia o administración, por lo tanto, el sentido del verbo –apropiar-, resulta ser ajeno del escenario de sustracción por cuanto en ese

supuesto el sistema estatal entrego voluntaria y de una manera licita dichos caudales o efectos públicos con la finalidad que el agente delictual cualificado, optimice los servicios del sector público, empero defrauda la expectativa social de naturaleza normativa, otorgándole un destino diferente, es decir, el sujeto cualificado ingresa los caudales o efectos público a su esfera persona o a favor de otro, todo ello con animus rem sibi habendi, (fines de apropiación).” (p. 476).

En la modalidad de **utilización** Peña (2011) refiere que “en esta forma de peculado el sujeto se limita a usar arbitrariamente de los bienes públicos, que tiene bajo su cuidado, no con el ánimo de quedarse definitivamente con ellos, sino, por el contrario, de restituirlos.” (p. 365), continua Peña (2011) parafraseando a Rojas al precisar que “no hay aquí el ánimo de dominio sino sólo de servirse del bien.” (p. 365).

Abanto (2001) por su parte parafraseando a Creus, refiere que “cuando el tipo legal habla de –utilización-, obviamente presupone una previa *separación* del bien de la esfera pública de custodia y una *aplicación privada temporal* de los bienes sin consumirlos para regresarlos luego a la esfera pública, salvo que el uso, por la naturaleza del bien, se equipare a la apropiación; p. ej. El dinero y las cosas consumibles.” (p. 295).

Precisa Abanto (2001) que “la utilización se refiere también a caudales y efectos, pero solamente a aquellos que por su naturaleza no sean consumidos con su utilización (p.ej. el dinero, alimentos). Dentro de los conceptos caudales debe incluirse a los inmuebles la mano de obra y otros. Utilizar implica destinar temporalmente los bienes que tiene como destino el cumplimiento de alguna función pública, a determinados trabajos de carácter privado.” (p. 296).

Por su parte Salinas (2013) refiere que “se configura cuando el agente usa, emplea, aprovecha, disfruta o se beneficia de los caudales o efectos públicos, sin el propósito de apoderarse del bien. En el agente no hay ánimo o propósito de quedarse o adueñarse, sino simplemente de servirse del bien jurídico en su propio beneficio o en beneficio de tercero. Esto presupone una previa separación del bien de la esfera pública de custodia y darle una aplicación privada temporal sin consumirlos, para retornarlo enseguida a la esfera de la administración pública.” (p. 340).

Peña (2016) precisa “que el peculado de –uso- manifiesta una materialidad típica distinta a la señalada en el caso de peculado por -apropiación-; en esta hipótesis el agente no devela la intencionalidad de ejercer un nuevo dominus – sobre el objeto material del delito- sino de aprovecharse de las cualidades del bien en provecho propio”. Peña (2016) continúa señalando “que, al no existir una conducta de apropiación de los caudales o efectos, aquellos no saldrán –de forma definitiva- de la esfera de custodia de la administración, en tanto su empleo no requiere de un acto típico de sustracción.” (p. 357).

Refiere Cáceres (2012) que “la utilización de los caudales o efectos por el funcionario público constituye la segunda modalidad del delito de peculado doloso. Ella se caracteriza por que el agente delictivo actúa sin *animus domini*, es decir, no actúa como dueño, ni con ánimo de apropiación sino únicamente con ánimos de favorecerse del bien por el uso momentáneo.” (p. 42).

Cáceres (2012) continúa señalando que “el peculado por utilización sanciona la conducta del funcionario público destinada al aprovechamiento del uso de los caudales o efectos públicos sin tener para ello propósito de apoderamiento.” (p.

42).

Rojas (2014) señala que “el funcionario o servidor de aprovecha de las bondades patrimoniales del bien, por ejemplo, alquila el local institucional, utiliza lo vehículos, se aprovecha de los terrenos que tiene el Estado para sembrar productos. Entonces, la diferencia entre el peculado por apropiación y el peculado por utilización es que en esta segunda modalidad el bien permanece en la Administración Pública, donde solo utilizo sus ventajas para sacarle provecho, no me lo llevo y lo incorporo en mi patrimonio. En el caso de bienes inmuebles de locales, de edificios, de terreno se aplica el peculado de utilización del artículo 387°.” (p. 176).

Según Arismendiz (2018) refiere que “respecto al verbo -utilizar-, según la RAE proviene de latín *útileizar*, por lo tanto, el significado sistemático consiste en –hacer que algo sirva para un fin. Aprovecharse de todo o de alguien-. En ese sentido, el agente delictual, sin fines de apropiación, usa los caudales o efectos públicos en función al cargo funcional específico, dotándole de una finalidad distinta, obteniendo provecho con tal accionar. Debe precisarse que dicho supuesto no mantiene vinculación con la figura delictual de peculado de uso, previsto en el artículo 388° del Código Penal, por cuanto esta última figura se refiere al uso de vehículos, maquinarias o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública, situación que no corresponde al supuesto de utilización previsto en el presente artículo materia de análisis, ya que la técnica legislativa hace referencia a caudales o efectos públicos, cuya naturaleza es distinta.” (p. 476).

c.4) Caudales o efectos (objeto material del delito). – Peña (2016) señala que

“se enumera en la descripción típico como objeto material, a –caudales y efectos-, el sustrato material, cuya definición conceptual debe ir concatenada con los verbos típicos empleados en el tipo penal, esto es, -apropiar y utilizar-, en el sentido de que dichos objetos sean susceptibles de aprehensión y desplazamiento de un lugar a otro, entendiéndose que a la configuración del delito de peculado supone la sustraer el bien de la esfera de custodia de la administración.” (p. 346).

Respecto a los **caudales** Salinas (2013) parafraseando a Rojas indica que “son caudales en una acepción amplia a todos los bienes en general de contenido económico incluyendo el dinero y los valores de crédito negociable, los cheques y bono de exigencia actual o futura. En una acepción estricta, lo son solo los bienes fiscalizados y aprehensibles con un valor económico propio (mercancías, vehículos, insumos, etc.) y el dinero.” (p. 351). Por su parte Hugo (2016) precisa que “los caudales son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero.” (p. 263).

Peña (2016) parafraseando a Martínez Arrieta entiende que “-caudales- son todos aquellos bienes de la administración, expresados y valorados en términos económicos, que ingresan al patrimonio estatal a través de diversas formas de adjudicación, formando parte del acervo (activos) que han de ser contabilizados por los agentes competentes. Consecuentemente por caudal público se ha entendido cualquier objeto mueble, dinero o efecto negociable susceptible de ser convertidos en dinero.” (p. 346).

Abanto (2001) parafraseando a Rojas, Díaz, García, Olaysola y Muñoz refiere que “los caudales son toda clase de bienes en general (especialmente el dinero) dotados de valor económico. Incluso los bienes artísticos, recreativos e históricos

con valubles económicamente, entonces no hay problema en considerar como -caudales- a todo bien mueble con contenido económico.” (p. 298).

Respecto a los **efectos** Hugo (2016) precisa “son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables.” (p. 263).

Por su parte Peña (2016) parafraseando a Morales Prats señala que “los efectos serán aquellos que no son fungibles (como el dinero) que pueden ser objeto de apropiación y utilización; lo serán todos aquellos objetos y bienes (distintos al dinero) con independencia de su inclusión o no entre los bienes inventariables de la administración. Esta consideración, lógicamente, no afecta a pequeñas sustracciones de material, más se nos antoja imprescindible ante expropiaciones cuantiosas del mismo, sobre manera allí donde las necesidades de la administración obligan al almacenamiento de importantes contingentes (quedaría pues integradas en el tipo de sustracciones de material de oficina, tales como papel, bolígrafos, grapas, etc, generalmente no inventariable, con el propósito de revenderlo en la papelería familiar)” (p. 348).

Cáceres (2012) señala que “por -efectos- se entiende aquellos objetos o bienes igualmente susceptibles de valorización económica con independencia de su inclusión o no entre los bienes inventariables de la administración.” (p.46).

Abanto (2001) parafraseando a Morales refiere que “los efectos son documentos de crédito negociable emanados de la administración pública: valores en papel, títulos, sellos, estampillas, bonos, etc. Para la doctrina española se trata de todo objeto o bien distinto del dinero, pero susceptible de valoración económica, sin importar que estén incluidos entre los bienes inventariables de la

administración pública.” (p. 300).

c.5) Administración, percepción y custodia. - Son conceptos distintos, por lo que, se precisa cada uno de ellos; de la siguiente manera:

Respecto a la “**administración**” Abanto (2001), precisa que “se refiere a la facultada de disponer de los bienes para aplicarlos a finalidades legalmente determinados. No implica que el sujeto deba detentar siempre la posesión material de los bienes que administra, pero sí que tenga dominio sobre ellos debido a sus funciones.” (p. 303).

Por su parte Peña (2011) argumenta que “la -administración- supone actos de gestión sobre determinada actuación pública, en cuanto a la ejecución, ordenación y adopción de todos y aquellos actos encaminado al buen manejo de la cosa pública el administrador, por ende, no cuenta con la detentación fáctica de los caudales o efectos, aquel es que debe procurar que los recursos estatales sean ejecutados conforme a las leyes de presupuesto así como de los objetivos plasmados al interior de la administración; si aquel no es lo suficiente diligente para cautelar su correcto uso y, así toma lugar la sustracción del dinero –puesto a su confianza- se configura el delito de peculado culposo y no la modalidad dolosa.” (p. 358).

Hugo (2016) indica que “la administración implica las funciones activas de manejo y conducción. Administrar, según el diccionario de la lengua española, es tanto como gobernar, regir y cuidar. Por ello se identifica esta expresión con la de -gobierno- y en general se relaciona con la asunción de un –poder directriz- sobre algo que se nos ha dado a cuidar.” (p. 263).

Salinas (2009) señala que “administrar, significa la facultad de disponer de los bienes públicos para aplicarlos a las finalidades legalmente determinadas. No implica que el sujeto debe detentar siempre la posesión directa de los bienes que administra, pero si resulta necesario que tenga dominio sobre ellos, debido a sus funciones, pudiendo disponer de ellos en razón de ser responsable de la unidad administrativa o titular del pliego.” (p. 312).

Rojas (2014) refiere que “administración implica capacidad de gestión y disposición de los bienes para fines públicos” (p. 168).

Reátegui (2015) argumenta que “el funcionario público en razón de su cargo, conforme a los ordenamientos respectivos, posee facultades de disposición de los bienes, ya que tiene por ley facultades para aplicar dichos bienes a finalidades determinadas por el ordenamiento jurídico. Y por ello que debe tener el dominio de los bienes públicos, debido a sus funciones que le facultan a disponer de dichos bienes para aplicarlos a una finalidad legalmente determinada.” (pp. 468-469).

Respecto a **“percibir”** Abanto (2001) parafraseando a Creus señala que “consiste en recibir bienes de procedencia lícita para la administración pública, sea para ingresarlos o para regresarlos a ella. Como se exige que los bienes sean públicos, deben ingresar con finalidad de pertenecer a la administración pública.” (pp. 303-304).

En similar sentido Peña (2011) parafraseando a Montes señala “percibir implica recibir caudales o efectos en razón del cargo funcional, la administración reparte bienes a determinados funcionarios para cumplir los cometidos propios de la administración. Aquí el sujeto activo se desempeña en nombre y por cuenta de la administración pública, esto es, recibe caudales o efectos siempre y para la

administración pública. El autor se erige en garante de los bienes que recibe que en vez de darles una aplicación pública, lo sustrae de la esfera de la administración, sea apropiándose o utilizando de forma indebida.” (p. 357).

Agrega Hugo (2016) “la percepción no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita.” (p. 266).

Salinas (2009) parafraseando a Rojas Vargas señala que “percibir, significa la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita (del tesoro, de particulares, de fuentes extranjera, donaciones, etc) y que ingresan o pasan a integrar el patrimonio del Estado. Perciben los caudales tanto aquellos a quienes el Estado asigna bienes en razón de sus cargos, como los que recaudan, del ámbito externo a la administración pública, contribuciones, rentas o impuestos que ingresan a los fondos públicos” (p. 310).

Rojas (2014) señala que “percibir significa recibir los bienes que ingresan a la administración y esta percepción puede ser de origen público, de origen fiscal, también percepción de bienes que son de fuente particular, los impuestos que pagamos los ciudadanos” (p. 169).

Reátegui (2015) argumenta que “en la percepción de los bienes el funcionario público en razón de su cargo, recibe bienes de procedencia lícita para ingresarlos o regresarlos a la Administración Pública.” (p. 469).

Respecto a “**custodiar**” Abanto (2001) refiere que “es la actividad de cuidado y vigilancia sobre los bienes públicos realizada como función administrativa. Aquí si hay tenencia de los bienes, aunque sea simbólica y no material. No basta

la -custodia ocasional- (simple relación material); como ya se dijo antes, debe tratarse de una –custodia funcional-.” (p. 304).

Por su parte Peña (2011) argumenta que “la -custodia- importa, por ende, una tenencia material de la cosa, del bien –objeto de apropiación o sustracción-, una detentación fáctica que permite a la gente emprender las modalidades típicas en cuestión, infringiendo los deberes de custodia, protección y conservación del bien.” (p. 357).

Enfatiza Hugo (2016) “la custodia importa la típica posesión que implica, asimismo, la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales o efectos públicos.” (p. 263).

Salinas (2009) refiere que “custodiar se traduce en actos de protección, conservación y vigilancia de los caudales o efectos públicos, por parte del funcionario o servidor público. Debe haber custodia funcional entre el agente y el bien público por lo que es imposible una simple custodia ocasional o coyuntural.” (p. 354).

Rojas (2014) indica que “serán custodios aquellos que tienen el deber de asegurar la existencia del bien, cuidar que el bien no se deteriore. Son aquellas personas que cuando el administrador lo solicita o lo requiera tiene que presentar los bienes, son los que cuidan la intangibilidad física del bien” (p. 168).

Reátegui (2015) parafraseando a Soler señala que “en la custodia de los bienes el funcionario público en razón de su cargo, protege, conserva y vigila los bienes públicos, y tal actividad de custodia significa una efectiva tenencia sobre dichos bienes. La custodia puede ser transitoria o permanente, pero en el momento de

hechos la custodia del bien público debe haber sido confiada al funcionario en razón de su cargo.” (p. 469).

c.6) Para sí o para otro. - Como refiere salinas (2013) “otro elemento objetivo del delito de peculado lo constituye el destinatario del usufructo de los bienes del Estado objeto de utilización. El beneficiario o destinatario puede ser el propio agente de la apropiación o utilización. El beneficiario o destinatario puede ser el propio agente de la apropiación o utilización, así como un tercero identificado en el tipo penal como –para el otro-, que bien puede ser una persona jurídica o particular u otro funcionario o servidor público. Se entiende que el otro no debe haber participado en el hecho mismo de apropiación o utilización, caso en el cual será coautor del hecho y de modo alguno representaría –el otro- a que se refiere el tipo penal.” (pp. 345-346).

Por su parte Peña (2016) refiere “el legislador parece haber incluido dicha frase para reformar la intención del autor que ha de ser obtener un provecho, de cierta semejanza con el delito de hurto, empero, ha de advertirse una serie de distinciones entre ambas tipificaciones penales” (p. 359). Continúa señalado Peña (2016) que “en el delito de peculado no se puede hablar con propiedad de un ánimo de trascendente en cuanto a la intención de un provecho tanto por su propia naturaleza legal como las variadas formas de su perpetración típica, v.gr., el funcionario que se apropia de un teléfono satelital de la administración y luego lo destruye en su cólera por no habersele otorgado un aumento salarial. De hecho, estamos hablando de una predisposición volitiva que aparece luego de que el delito se consumó, que no requiere ser acreditado a efectos de realización típica. La fase de agotamiento del hecho punible de peculado por apropiación se

consolida cuando el agente directa o indirectamente logra apoderarse de los caudales o efectos del estado, resultando irrelevante en la configuración del tipo establecer quien se benefició con dichos bienes: el autor o un tercero.” (p. 360).

Por su parte Rojas (2014) refiere “que el tipo penal: -el funcionario o servidor público que de cualquier manera se propia para sí o para otro de cualquier manera-, entonces el tipo penal me dice que no interesa la manera en la cual se configura la apropiación si los hurta, si los apropia, si los da a terceras personas, si usted simula que ha sido asaltado en la calle, lo único que importa que se apropie de los bienes públicos. Entonces se debe entender además que, el para sí supone un beneficiario de la apropiación y es quien se beneficia o se enriquece de los bienes apropiados. En el caso para otro esto significa que los bienes apropiados no van a incrementar su patrimonio sino van a favorecer económicamente una tercera persona que inclusive puede ser otro funcionario que no está en vinculación con los bienes; entonces, el para otro se refiere a una tercera persona que no deba ser funcionario vinculado con los bienes, por ello ese otro puede ser cualquier funcionario, servidor o un tercero. Inclusive puede ser una entidad bancaria a la cual se le paga deudas de terceras personas. Así también puede ser la esposa del funcionario. Pero por ejemplo si fuera el acreedor del funcionario en ese caso será una apropiación para sí, pues al pagar la deuda se genera un beneficio para el propio funcionario.” (pp. 173-174).

Agrega Reátegui (2015) que “la expresión –para sí o para otro- en el peculado tiene que ver con dos cuestiones. En primer lugar, con el aspecto consumativo: ¿se perfecciona el peculado con la apropiación o utilización de los caudales o efectos cuando son beneficiados cuando llegan al poder de otro? En segundo

lugar, si dicha frase –para el otro-es un elemento objetivo del tipo o un elemento subjetivo, ósea en referencia al dolo”. Agrega Reátegui (2015) “cuando el tipo se refiere que la apropiación debe operar –para si- o –para otro-, evidentemente no se encontramos ante una clausula cuya amplitud de contenido indica que el tipo penal se puede realizar a favor de cualquier tercero; tercero que además puede ser una persona natural o jurídica. En todo caso, lo importante a este nivel de la tipicidad es verificar que la persona o tercero favorecido, no forme parte del sistema de administración pública, pues el desvío de fondos de un sector a otro dentro del mismo sistema de administración pública, en sí mismo, corresponde a otra figura penal, a saber, el delito de malversación de fondos.” (p. 446).

Abanto (2001) refiere que “Cuando el tipo penal exige que el uso típico sea para –uso privado- y por lo tanto señala que los beneficios que aporta esto deben estar orientados a beneficiar al funcionario o a un tercero, mas no al Estado. Pero esto no significa que se exija la producción efectiva de este beneficio privado. Agrega Abanto (2001) Es errónea considerar que el beneficio sólo deba incidir en el funcionario público, incluso cuando éste permita dolosamente que “otro” use el bien. Ello no se desprende de la redacción del tipo penal, ni tampoco se deduce materialmente a partir del bien jurídico tutelado: también afecta al correcto funcionamiento de la administración pública el hecho de que quien obtiene los beneficios del uso privado de bienes públicos sea un particular, siempre y cuando el funcionamiento público sea un particular, siempre y cuando el funcionario público haya permitido esto quebrantando dolosamente su deber funcional.” (p.324).

c.7) Relación funcional. – Peña (2014) señala que “esta –relación funcional-

se constituye materialmente conforme a una esfera de competencia institucional, que asume el *intraneus* en la administración, lo que a su vez le confiere el dominio del destino de los bienes entre (caudales y/o efectos), que ingresan a dicho ambiente funcional. Es así, que el *intraneus* debe tener la condición de –perceptor, administrador y/o custodio-; si el funcionario público no es portador de dicha cualidad funcional, a de negarse la tipicidad penal de peculado.” (p. 426).

Salinas (2011) agrega que “este elemento objetivo del delito de peculado permite sostener que el hecho punible trasciende el ámbito meramente patrimonial, para colocarse dentro de los delitos que vulnera los deberes de garantía y confianza específicos asumidos por el funcionario o servidor público en virtud del cargo que desempeña en la administración pública.” (p. 311).

Por su parte Reátegui (2015) argumenta “el delito solo podría perfeccionarse luego de comprobar que existe una –vinculación funcional- del sujeto con respecto a los caudales y efectos públicos.” (p. 430).

Cáceres (2012) agrega “no se podrá imputar por delito de peculado a un funcionario público por tener la sola calidad especial sino solo aquel que, además de funcionario público, guarde una relación funcional de los caudales o efectos, puesto a su administración o guarda.” (p. 44).

Peña (2011) refiere que “acreditar la relación funcional entre el funcionario y el objeto material del delito, resulta trascendental en la labor hermenéutica, cuya ausencia determina la atipicidad objetiva de la conducta; es pues, la relación *funcional*, lo que construye la calidad de Garante, así como la infracción de los deberes inherentes al cargo.” (pp. 358-359).

c.8) Bien jurídico. – Salinas (2009) refiere “consideramos más bien el delito de peculado es un delito pluriofensivo, toda vez, que aparte de proteger el recto funcionamiento de la administración pública en general, de modo específico busca proteger el deber de lealtad y probidad de los funcionarios y servidores públicos en el cumplimiento de su deber particular encomendado en razón del cargo encomendado como es el de percibir, administrar, y custodiar el patrimonio del Estado. De modo que el bien jurídico específica se verá afectado cuando el agente lesione el patrimonio del estado infringiendo sus deberes de lealtad y probidad que tiene para con los bienes que le han sido encomendados en razón de su cargo. Ello es así hasta el punto que, si el patrimonio estatal se lesiona sin que haya infringido los deberes de lealtad y probidad del funcionario o servidor en la percepción, administración o custodia de los efectos o caudales del estado, el delito de peculado no se configura.” (p. 315).

Por su parte Rojas (2014) señala “en el peculado los bienes jurídicos específicos son otros. En primer lugar es la correcta administración del patrimonio público, pero además protege la intangibilidad del patrimonio público y es intangible porque tiene que servir para fines públicos y no así para fines particulares pues los bienes están destinados a la colectividad para darles servicio, obras para mejorar su calidad de vida, en ese contexto el autor de peculado está llamado a garantizar la eficiencia en la administración del patrimonio público, está llamado a cautelar, a preservar el patrimonio público a alejarlos de tentaciones de usos privados y esto supone eliminar intereses particulares en la administración, supone fomentar buenas prácticas en la administración de ese patrimonio, en la custodia, en la percepción y cuando el funcionario contraviene estos preceptos está quebrantando sus deberes y ahí viene la teoría de la infracción

de los deberes, pues el funcionario esta quebrantado los deberes que tiene como administrador, como custodio o como perceptor de estos bienes. El garantizar la probidad del funcionario es un tercer interés protegido en el delito de peculado, porque el funcionario que se lleva los bienes no es un funcionario probo.” (pp. 165-166).

Cáceres (2012) agrega “para determinar el bien jurídico protegido hay que tener claro este punto desde dos perspectivas, una mediata, y otra inmediata. Entendemos como bien jurídico mediato el normal funcionamiento de la administración pública. Pero de manera específica lo que busca proteger es el patrimonio del Estado al respecto, creemos que debería graduarse el delito de peculado en razón su cuantía como se hizo con la última modificación de este tipo penal (Ley N° 29758), aunque únicamente se establece como agravante, debiendo de señalarse que es el punto de partida para en otras modificaciones incluir estas características. Cumpliendo con ello los objetivos políticos criminales de minimización del derecho penal.” (p. 31).

Salinas (2011) precisa que “es común, en la doctrina, considerar que el bien jurídico protegido general es el recto desarrollo o desenvolvimiento de la administración pública. En cuanto al bien jurídico específico o particular que se pretende proteger con la tipificación del delito de peculado, existe vivo y nada pacífico debate doctrinario. Se identifica tres posiciones bien definidas: la primera refiere Salinas parafraseando a Moretti Pachas que considera que se protege el patrimonio del Estado, la segunda sostiene Salinas parafraseando a Rojas Vargas que se protege el regular ejercicio de las funciones del funcionario o servidor público y la última que sostiene que el delito de peculado es

pluriofensivo; toda vez, que busca garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública y evitar el abuso de poder del que se haya facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad a la que están obligados los funcionarios y servidores.” (pp. 327-328).

Abanto (2001) por su parte argumenta que “el interés inmediatamente protegido (para algunos, el bien jurídico específico) será solamente el *patrimonio de la administración pública*, pero un patrimonio con características especiales que lo hacen diferente de aquel del particular, un patrimonio público entendido de manera funcional.” (p.284); Abanto (2001) siguiendo la doctrina española refiere que la interpretación respecto al bien jurídico protegido parece ser la más acorde con la sistemática peruana la precisar que se habla de *la correcta gestión y utilización del patrimonio público por parte de la administración pública de cara a servir los intereses generales de la sociedad.*” (p. 284).

Peña (2016) refiere que “¿Cuál sería el bien jurídico titulado en el delito de peculado? Hicimos alusión a un comportamiento que subvierte los objetivos esenciales de la administración pública según el estado social, que es el de servir a la comunidad, de modo que el agente tuerce dichos cometidos perturbando el correcto funcionamiento de la administración al apropiarse de caudales o efectos que pertenecen al Estado, asumiendo una conducta privatizadora del cargo público. Se presenta así una afectación a los fines que deben cumplir los bienes en el entramado estatal, que también involucra a un plano de legalidad; permitiendo colegir varios intereses jurídicos afectados, donde el acento ha de ponerse en una administración funcional apegada a la Ley y a la Constitución.”

(p. 340).

Por su parte Reátegui (2015) argumenta “con relación al bien jurídico-penal protegido en el delito de peculado doloso o culposo, se protege el normal desenvolvimiento de propiedad en su aspecto estatal. El comportamiento típico criminalizado mediante el delito de peculado es el hecho de apropiarse o utilizar caudales o efectos pertenecientes a la administración pública y darle a los mismos un fin distinto al previsto desde un comienzo. El bien jurídico protegido por este delito es –el correcto funcionamiento de la administración pública-” (p. 410).

Hugo (2016) refiere “de esta manera, en nuestro sistema se ha adoptado una doble vertiente en cuanto a la determinación del bien jurídico objeto de tutela. Por un lado, se pretende proteger la correcta función de la actividad de la Administración Pública, desde la perspectiva del correcto y probo desempeño funcional del funcionario o servidor público y, asimismo, los intereses patrimoniales que, siendo del Estado, nos interesa en general a todos como integrantes de la comunidad.” (p. 253).

c.9) Perjuicio Económico. – Por su parte Salinas (2013) refiere que “para configurarse el delito de peculado es necesario que la conducta de apropiación o utilización de los bienes públicos, por parte del agente, se haya causado perjuicio al patrimonio del Estado o una entidad estatal –En el delito de peculado tanto en su modalidad dolosa como culposa, se sanciona la lesión sufrida por la administración pública al ser despojada de la disponibilidad de sus bienes, despojo que es producido por quienes ostentan el poder administrador de los mismos, como son los funcionarios o servidores públicos, quienes al cumplir el mandato legal que establece el destino que debe darse a tales bienes, permiten que

el Estado pierda su disponibilidad sobre el bien y este no cumpla su finalidad propia y legal-.” (p. 342).

Continúa señalando Salinas (2013) “la importancia de la pericia valorativa resulta del hecho que, según la Corte Suprema, primero permite determinar la existencia de los bienes públicos, segundo posibilita apreciar el destino de los mismo y tercero permite establecer la diferencia entre lo que ha ingresado con las salidas del patrimonio estatal. Si la conducta rotulada como peculado que se atribuye al imputado no se verifica el elemento objetivo -perjuicio patrimonial-, la conducta será irrelevante o penalmente atípica.” (p.342-343).

Salinas (2013) parafraseando a Barrios Alvarado, “quien sustentándose en la doctrina argentina argumenta que el peculado –es un delito contra la Administración Pública y no contra la propiedad: a consecuencia de que el servidor traiciona sus deberes, quebranta la correcta marcha patrimonial de la Administración Pública. Por ende, razón de las consideraciones esbozadas respecto al bien jurídico, el perjuicio –patrimonial- no es exigible para la configuración de ese ilícito penal”. (p. 343).

Por su parte Abanto (2001) siguiendo a Creus señala “Aceptar un –perjuicio económico- equivale al -resultado- al que se refiere este autor. *Este resultado o, si se quiere –perjuicio-, existe siempre con la separación del bien de la esfera de la administración pública.* Otra cosa es que, eventualmente, la pérdida del bien pueda resultar después más beneficiosa que perjudicial. Con esto también queda claro que no se trata de un –daño moral- o -político- en el sentido de una presunta traición del funcionario a la confianza depositada en él por la administración pública, sino en un perjuicio patrimonial. Por último, al exigir el tipo un provecho

propio (para sí o para otro) presupone necesariamente dicho perjuicio.” (pp. 305-306).

El Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ expresamente señala que” tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección penal: a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública; y) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes de lealtad y probidad.

d) Consumación

Cáceres (2012) argumenta que “el peculado por apropiación, al ser un delito de resultado, queda consumado con la disposición, por parte del funcionario público, de los caudales o efectos a un interés privado, sea propio o de un tercero. En estos casos no importa la disponibilidad fáctica, sino jurídica del bien. La devolución del dinero no implica en la configuración de este tipo penal pues este ya quedo consumado, pues dicha devolución podrá ser relevante para el juzgador en el momento para la determinación de la pena.” (p. 38)

e) El delito de peculado como infracción del deber

La Corte Suprema (2018) precisa que [...] El delito de peculado es uno de infracción de deber. La lesión del deber en un delito de infracción de deber es algo personalísimo e independiente, por lo que no es posible admitir la coautoría entre los obligados especiales. Cuando en un hecho típico han intervenido más dos obligados o sujetos especiales, cada uno será autor y, entre ellos, en su caso se configura el supuesto de autores paralelos, porque ellos han incumplido su deber

especial y realizado por su cuenta el tipo penal. No hay lugar a deberes conjuntos, pero ello no significa que dentro de estructuras complejas pueda explicarse y tener lugar la intervención de varios sujetos especiales; cada uno de ellos responde, siempre de forma individual, y teniendo en cuenta su deber personalísimo que tiene de tutelar el patrimonio estatal. [...] (Recurso de Nulidad N° 2124-2018-Lima).

Por su parte, Sánchez –Vera (2002) indica que la **categoría dogmática** de los delitos de infracción de deber no se orienta al resultado del mundo exterior o de dicho de forma más exacta, al dominio externo de un resultado del mundo exterior, sino que se centra en el deber especial de la persona del autor (p. 29). continúa indicando el autor parafraseando a Roxin “delitos de infracción de deber son los tipos penales en los cuales únicamente puede ser autor aquel que lesiona un deber especial extrapenal que existía ya con anterioridad a la formulación del tipo” (p. 30).

En puridad decimos que el delito de peculado es de infracción del deber, porque encuentra su fundamentación en los deberes especiales para determinar la autoría del suceso acaecido producto de un ilícito, el mismo que como tal, resuelve la problemática de la autoría y participación, pues bien cabe resaltar incisivamente que esta categoría nace para resolver el problema de la autoría y participación que no ha sido satisfecha por la teoría del dominio del hecho, siguiendo esa línea Sánchez –Vera (2002) precisa que “el nacimiento de dicha categoría es fruto más bien de negar para ciertos supuestos que puedan resolver según el criterio del dominio del hecho y decimos nosotros, como no, de una envidiable institución jurídica. Ya desde el punto de vista de la sistemática de su estudio llama la atención que solo al final de sus reflexiones sobre el delito de infracción de deber, en el

cuarto apartado de la investigación se ocupe de los fundamentos de la nueva categoría [...]” (p. 33).

Es en este sentido, en el presente trabajo de investigación no debe confundirse la infracción de deber que fundamente la autoría y participación con el quebrantamiento de deber de lealtad y probidad referido como parte del objeto de protección del delito de peculado, como bien diría el profesor Pariona la infracción de deber analizado en el delito de peculado debe ser concebida como elemento de tipo penal y no como parte del bien jurídico tutelado.

En similar sentido Nolasco y Ayala (2013) transcribe el R.N. N° 710-2010-Cusco, el cual indica “el delito de peculado doloso previsto en el primer párrafo del artículo trescientos ochenta y siete se configura cuando: “... 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, [...]” este tipo penal es un delito de infracción de deber integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia de actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurren en una responsabilidad penal de corte institucional”. p. 703.

2.2.2. Principio de Mínima Intervención (variable dependiente)

Villavicencio (2009) siguiendo a Binder y Quintero señala que “El Estado sólo puede emplear la pena cuando está en situación de explicar su necesidad para la convivencia social, para mantener el orden democrático y social establecido (artículo 43, Constitución Política). En un estado social, el Derecho penal se legitima solo

cuando protege a la sociedad, pero si su intervención resulta inútil, entonces perderá su justificación. Por eso, este principio conduce a la exigencia de utilidad. La mera utilización de instrumentos violentos como la pena siempre afectará la idea de un estado de Derecho. “Sólo la extrema necesidad podría, bajo las circunstancias señaladas, volver legítimo un castigo violento en concreto y nunca el castigo en general. Siempre que podamos, claro está, demostrar esa necesidad”. Este principio de la necesidad de la intervención Estatal es, pues, un límite importante, porque permite evitar las tendencias autoritarias. La ley no se transforma en un instrumento al servicio de los que tienen el poder penal, sino que la ley leyes penales, dentro de un estado social y democrático de Derecho sólo se justifican en la tutela de un valor que necesita de la protección penal”. (pp. 91-92).

Villavicencio (2009) refiere que “la pena es un mal irreversible y una solución imperfecta que debe utilizarse cuando no haya más remedio. Por ello, el Derecho penal sólo debe permitir la intervención punitiva estatal en la vida del ciudadano en aquellos casos donde los ataques revisten gravedad para los bienes jurídicos de mayor trascendencia. Esto exige un programa de control razonable de la criminalidad. Si su labor es fijar los límites al poder penal, expondrá los casos en los cuales el ejercicio punitivo es legítimo. Las ofensas menores son objetos de otras ramas del ordenamiento jurídico. Aquí no se trata de proteger a los bienes jurídicos de cualquier peligro que los amenazan ni buscándolo a través de mecanismos más poderosos, sino de “programar un control razonable de la criminalidad, seleccionando los objetos, medios e instrumentos”. Por eso, para que intervenga el Derecho penal al -junto a sus graves consecuencias- su presencia debe ser absolutamente imprescindible y necesaria, ya que de lo contrario generaría una lesión inútil a los Derechos fundamentales. Así, supondría una vulneración de este

principio, si el hecho de que el estado eche mano de la afilada espada del Derecho penal cuando otras medidas de política social pueden proteger Igualmente incluso con más eficacia un determinado bien jurídico”. (pp. 92-93).

Agrega Villavicencio (2009) que “no será suficiente determinar la idoneidad de la respuesta penal, sino que además es preciso que se demuestre que ella no es reemplazable por otros métodos de control social menos estigmatizantes, este límite al poder penal debe ser siempre atendido por el legislador. Un aumento exagerado de criminalización primaria de conductas, puede convertir al Estado en uno policial en el que sería insoportable la convivencia”. (p. 93).

Por su parte García (2008) refiere que “otro de los aspectos político-criminales que informa la intervención penal es el llamado principio de mínima intervención o de *ultima ratio*. Según este principio, el Derecho penal sólo debe intervenir en los casos estrictamente necesarios, es decir, cuando el problema o conflicto social no puede resolverse con los otros sistemas de control extrapenales, pues el Derecho penal no es un instrumento de control más, sino que, a causa de las consecuencias de su aplicación como deviene en un mecanismo especial mente problemático para los ciudadanos y la sociedad. Esta secundariedad del Derecho penal se expresa concretamente en los principios de subsidiariedad y fragmentariedad que orientan la labor de incriminación que lleva a cabo el legislador penal: Sólo las lesiones más intolerables a los bienes jurídicos más importantes deben sancionarse penalmente”. (pp. 92-93).

Prado indica que “muy ligado a las ideas de libertad individual y de materialidad del interés tutelado por la ley penal, ambas emergentes de los principios de legalidad y de bien jurídico real, encontramos al principio de mínima intervención”. (p. 271)

continúa señalando el autor que “mediante esta política se demanda que el estado sólo interfiera en la libertad ciudadana, cuando sea necesario proteger un bien jurídico. Pero, además, este principio señala que toda intervención Penal del Estado sólo debe operar cuando hayan fracasado otras medidas también útiles para tutelar el bien jurídico. Por tanto, pues, deben agotarse todos los controles extrapenales. A esta consecuencia de la política de mínima intervención se le denomina también principio de derecho penal ultima ratio”. (p. 272).

Peña (2004) refiere que el “principio de mínima intervención, significa que un estado de derecho el programa punitivo debe intervenir lo menos posible en la esfera de libertad de los ciudadanos; una excesiva intervención del derecho penal, anuncia la negación de su propia legitimidad y abre peligrosos espacios para la arbitrariedad y la persecución. Cuando el derecho penal, es instrumentalizado por el poder político para el mantenimiento del *stablishment*, nos ubicamos en un oscurantismo punitivo, dónde la inflación punitiva expresada en la proliferación de tipos penales que no guardan relación con el criterio material del bien jurídico, desemboca irremediabilmente en un derecho penal incapaz de contener la pretensión punitiva de un estado maximalista, únicamente orientado a sus fines políticos y político-criminales”. (p.78).

Peña (2004) continúa agregado “que ante lo esbozado diremos que el principio de mínima intervención se dirige a que el derecho penal sirva de elemento de contención ante una desmedida pretensión punitiva del Estado, esto es, de servir de tutela al ciudadano y de una racionalización de respuesta al delito, este es la única vía por la cual podremos garantizar un derecho penal democrático y humanista. No obstante, lo esbozado, la realidad nos muestra un panorama contrario, la tendencia

se dirige a una inflación del derecho penal, a través de la criminalización de nuevas conductas alejadas a la visión material del bien jurídico, subsidiadas por una profusa neo criminalización. Ante tal programa criminal la reforma del derecho penal significa introducir nuevos tipos, elevar penas, apretar todavía más la red de la represión política, en otras palabras, la pretendida reforma del derecho penal significa un alejamiento a las bases principistas que sustentan el estado social de derecho”. (p. 79).

Peña (2004) indica que “dicho principio, rige tanto al momento del diseño de normas penales como durante el proceso de investigación penal. Es por lo mismo una directriz con triple destinatario: Los políticos criminales, Fiscales y Jueces. La mínima intervención es un caro anhelo de racionalización en materia punitiva, y nos plantea el análisis de prognosis y efectos en la sociedad y en los individuos que acarrea o podría ocasionar la pena Estatal cuando su uso no está sometido a criterios de racionalidad. Sin embargo, en el terreno de la práctica asistimos a incesantes procesos de criminalización y, en determinados casos, de sobrepunición a nivel de delincuencia común y criminalidad no violenta que contradicen el sentido y la eficacia de los principios anteriores referidos. Ellos nos permiten entender la trascendencia que para el derecho y la cultura jurídica penal nacional implica el hecho que los jueces y Fiscales hagan suyo los mensajes doctrinarios de la dogmática penal más avanzada y los conviertan en lineamientos jurisprudenciales a ser tomados muy en cuenta por la magistratura, ante la ausencia de regulación directriz, a título de política criminal, por parte de los legisladores o ante sus desbordes criminalizadores”. (p. 41).

Puig (2006) refiere que “el principio de intervención mínima del Derecho penal choca, por otra parte, con la tendencia que se advierte en la actualidad a una utilización del Derecho Penal como instrumento meramente sancionador, de apoyo de normas no penales: -Hoy en día el Derecho penal tiende a insinuarse por doquier, a convertirse cada vez con más frecuencia en simple sancionador de la violación de normas de otra naturaleza: civil, mercantil, administrativa. Esta tendencia se traduce en la proliferación del Derecho penal – algunos dicen que en su prostitución”. (pp. 80,81), continúa señalando el autor que “el principio de intervención mínima del Derecho penal sólo podrá realizarse coherentemente si empieza por reconocerse una específica autonomía al Derecho penal, tanto en sus consecuencias jurídicas como en la definición de las normas primarias a cuya infracción aquéllas deben asociarse. Debe reclamarse una diferencia cualitativa para la regulación penal primaria y secundaria que impida la tendencia a una administrativización del Derecho penal. Sería peligrosa esta tendencia en un Estado intervencionista que aumenta día a día el volumen de su legislación administrativa. El Derecho penal no ha de convertirse en un arma más del intervencionalismo estatal que sólo se distinga por su posible mayor eficacia y contundencia. Un Estado intervencionalista que busca la máxima eficacia difícilmente restringiría al mínimo un Derecho penal cuya única característica fuera una mayor eficacia. (pp. 83, 84).

Rojas (2004) refiere que “los principios de subsidiaridad u última ratio (o de mínima intervención) lamentablemente no han sido asimilados, por el legislador peruano, al nivel de directrices en el Título Preliminar del Código Penal. Teniendo por lo mismo tan solo el peso de la fuerza doctrinaria y jurisprudencial. (p. 41).

Según Martos refiere que “el principio de intervención mínima significa que – el Derecho Penal sólo tutela aquellos derechos, libertades y deberes imprescindibles para la conservación del Ordenamiento Jurídico, frente a los ataques más intolerables que se realizan contra el mismo”. (p. 100).

Matos citando a Muñoz Conde indica que “el principio de intervención mínima es un principio político criminal limitador del poder punitivo del Estado, derivado de la propia naturaleza del Derecho Penal, el cual se limita sólo a castigar las acciones más graves contra los bienes jurídicos más importantes, de ahí su carácter “fragmentario” pues toda gama de acciones prohibidas y bienes jurídicos protegidos por el Ordenamiento jurídico, el Derecho Penal sólo se ocupa de una parte; fragmentos, si bien la de mayor importancia. En efecto, las conminaciones penales no tienen por qué extenderse a todas las infracciones, pues no todos los bienes jurídicos precisan de la protección penal. (p. 107).

a) Principio de Subsidiariedad

Villavicencio (2009) refiere “se trata de la última ratio extrema ratio, en el sentido que sólo debe recurrirse al Derecho penal cuando han fallado todos los demás controles sociales. El Derecho penal debe ser el último recurso que debe utilizar el estado, debido a la gravedad que reviste sus sanciones. Los ataques leves a los bienes jurídicos deben ser atendidos por otras ramas del Derecho o por otras formas de control social”. (p. 94).

Por su parte García (2008) señala que “puede decirse que el principio de subsidiariedad tiene una manifestación cualitativa y otra cuantitativa. En el plano cualitativo la subsidiariedad significa que solamente los bienes jurídicos más importantes pueden legitimar la intervención del Derecho penal. En este sentido,

las conductas que cuestionan la vigencia de aspectos que no son esenciales para la constitución del sistema social no pueden dar pie a una sanción penal, aun cuando se encuentra en generalizadas y no exista manera de reducir su tasa de incidencia con otros mecanismos de control. Así, por poner un ejemplo como la copia en las evaluaciones universitarias, por más que se realicen frecuentemente, no pueden ser castigadas penalmente, es el orden de la evaluación en los estudios universitarios no constituye un aspecto esencial del sistema social que justifican que recurrir al Derecho penal”. (p. 93).

Continúa señalando García (2008) que “la subsidiariedad tiene además una expresión cuantitativa, en el sentido de que no podrá recurrirse al Derecho penal si las conductas disfuncionales pueden controlarse suficientemente con otros medios de control menos lesivo. Se presenta, como puede verse como una cierta vinculación entre el sistema penal y los otros sistemas de control, de manera tal que en la medida que los órdenes extrapenales puedan solventar las situaciones relevantes de conflicto, el Derecho penal no se verá obligado a intervenir en la solución de estos conflictos si los mecanismos de control y extrapenales alcanzan suficientemente para mantener en niveles tolerables determinadas conductas sociales perturbadoras, entonces no habrá que cargar a las esferas de libertad de los individuos con amenazas penales. Esta subsidiariedad cuantitativa no debe llevar, sin embargo, a la conclusión de que los diversos mecanismos de control cumplen una función homogénea. Lo que sucede es que, en determinados casos como los mecanismos de reacción no penales alcanzan empíricamente la función asignada al Derecho penal (de prevención o de estabilización), de manera que resultaría necesario recurrir a los mecanismos de reacción penales”. (pp. 93-94).

Rojas (2004) refiere que “del carácter fragmentario del derecho penal se deriva el principio de subsidiariedad frente a otros medios de control jurídico y mecanismos sociales de solución. Esto significa que al ser el derecho penal un medio secundario (fragmentario) de solución de conflictos ante la existencia de otras vías o alternativas jurídicas, como la civil, administrativa, etc., sólo en defecto de esta se legitima su invocación–aplicación (naturaleza subsidiaria del derecho penal)”. (p. 40).

Rojas (2004) asimismo refiere que “si la eficacia de tutela del bien jurídico sometido a agresión se satisface con una solución extrapenal, se hará innecesaria la injerencia de la vía penal, por el mayor costo que ella representa para el ciudadano, en términos de estigmatización y necesaria, y para el estado en tanto costos de infraestructura de recursos y legitimación social. Cuando la protección del bien jurídico no resulta adecuada con los medios extrapenales se excluye la subsidiariedad. Es plena la intervención del derecho penal en los delitos violentos, de criminalidad organizada y en muchos de los delitos que componen su núcleo duro de bienes jurídicos; supuestos donde la innovación de la respuesta punitiva es la herramienta principal de control”. (p. 40).

Según el R.N. N° 3004-2012 se tiene lo siguiente “en el principio de mínima intervención, lo que supone que el ejercicio del poder de punición tiene que ser el último recurso disuasivo que puede utilizar el Estado para controlar desmanes transgresores de la vida en comunidad. Este principio, es admitido unánimemente por la doctrina penal, según el cual – el Derecho penal ha de reducir su intervención a aquello que sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general (...). En aplicación de este principio el ejercicio de la facultad

sancionatoria criminal debe operar cuando las demás alternativas de control han fallado, es decir, que carece de sentido la intervención del Derecho Penal cuando existe la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico, como las sanciones propias del Derecho Administrativo o del Derecho Civil, que permiten la solución del conflicto lo más satisfactoriamente posible tanto para el imputado como para la sociedad. Es así, pues, como el Derecho Penal muestra el carácter subsidiario, respecto de las otras ramas del ordenamiento jurídico” (p. 3).

Según Puig (2004) refiere que “para proteger los intereses sociales el Estado debe agotar los medios menos lesivos que el Derecho penal antes de acudir a este, que en este sentido debe constituir un arma subsidiaria, una última ratio. Deberá preferirse ante todo la utilización de medios desprovistos de carácter sanción, como una adecuada Política social. Seguirán a continuación las sanciones no penales: así, civiles (por ejemplo: impugnabilidad y nulidad de negocios jurídicos) y administrativas (multas, sanciones disciplinarias, privación de concesiones, etc.). Solo cuando ninguno de los medios anteriores sea suficiente estará legitimado el recurso de la pena o de la medida de seguridad, continúa señalando que el Estado social puede conseguirlo si hace uso de sus numerosas posibilidades de intervención distintas a la prohibición bajo sanción - ¡técnica ésta característica del Estado liberal clásico. (p. 127).

Según Reátegui (2014) señala que “se aplicará el principio de subsidiariedad cuando interviene un precepto penal que pretende regir en el caso de que no entre en juego otro precepto penal. El primer precepto es entonces subsidiario respecto del segundo y queda desplazado cuando este aparece (*lex primaria derogat legem*

sibsidariam: la ley primaria deroga la subsidiaria). La subsidiariedad es el fenómeno jurídico valorativo que tiene lugar cuando la tipicidad correspondiente a una afectación más intensa del bien jurídico interfiere a la que abarca una afectación de menor intensidad. (p. 1039).

b) Principio de Fragmentariedad

Villavicencio (2009) argumenta “el carácter fragmentario del Derecho penal consiste en que no se le puede utilizar para prohibir todas las conductas. El Derecho punitivo no castiga todas las conductas lesivas de bienes jurídicos sino los que revisten mayor entidad. Este principio es una directriz político-criminal, ya que determina en el legislador hasta qué punto puede transformar determinados hechos punibles en infracciones o no hacerlo, por lo tanto, muy útil para la criminalización Primaria. Para determinar la fragmentariedad de la selección penal se puede partir de los siguientes fundamentos: *Primero* defendiendo el bien jurídico sólo contra aquellos ataques que impliquen una especial gravedad, exigiendo, además, determinadas circunstancias y elementos subjetivos. *Segundo*, tipificando solo una parte de lo que en las demás ramas del ordenamiento jurídico se estima como antijurídico. *Tercero* dejando, en principio, sin castigo las acciones meramente inmorales”. (p. 94).

Por su parte García (2008) argumenta que “si bien el carácter fragmentario del Derecho penal fue formulado por Binding en un sentido crítico como un sentido crítico como un gran defecto del Código Penal alemán en la actualidad se presenta como una limitación de la punibilidad de las acciones. Según el principio de fragmentariedad, no toda conducta lesiva de bienes jurídicos merecedores de protección penal debe ser sancionada penalmente. Dentro del conjunto de

conductas lesivas sólo deben ser sometidas a represión penal las más graves. Así, por ejemplo, si bien la confianza en el respeto al patrimonio de otro es un bien jurídico elemental, el simple incumplimiento del pago de una deuda no puede ser reprimida penalmente. En el caso del patrimonio, solamente las conductas más intolerables como la sustracción subrepticia, el apoderamiento violento, el abuso de la confianza o la disposición provocada por un engaño, se sancionan penalmente, solo en estos casos el nivel de perturbación social amerita la intervención del Derecho penal para devolverle la confianza a la expectativa defraudada”. (p. 94).

Rojas (2004) argumenta que “una de las características principales del derecho penal es su naturaleza fragmentaria o accesoria, esto es, constituir sólo una parte -no la más importante- del ordenamiento jurídico. Fragmento o porción de derecho que por definición no puede llegar a brindar protección penal a la totalidad de bienes jurídicos ni a protegerlo de todo tipo de agresión lesiva”. (p. 39) continúa indicando el profesor Rojas (2004) que “el derecho penal, con base a su naturaleza fragmentaria es esencialmente selectivo al configurar su ámbito de protección, constituido por un núcleo fuerte (vida, libertad, patrimonio, seguridad pública, humanidad, administración pública y de Justicia, fe pública, etc.) y un ámbito flexible de bienes jurídicos protegidos (honor, familia, derechos intelectuales, ambiente, además de determinados bienes jurídicos específicos localizados en el núcleo duro). En efecto sólo determinados bienes jurídicos, importantes, necesarios e indispensables para la viabilidad de la interacción y la cohesión del sistema social y político ingresan a dicho ámbito. El derecho penal no es, no puede ser, un mecanismo de control omnicompreensivo, ya que a través de él sólo se protegen bienes jurídicos valiosos político-criminales definidos y

cuya lesión o puesta en peligro -vía comportamientos dolosos y excepcionalmente culposos- configura a un alto grado de insoportabilidad social, qué es lo que propiamente da sustento a la injerencia penal”. (p. 39).

Por su parte Polaino (2004) refiere El derecho penal no garantiza cualquier ataque no ajustado a derecho, esto es, no agota todo el derecho. Únicamente tutela los bienes y valores más importantes, frente a los más graves ataques que imposibilitan la convivencia social. El derecho penal es, pues, un ordenamiento jurídico fragmentario, que sólo despliega sus efectos cuando otros sectores del derecho positivo resultan insuficientes cuando no inadecuados. (pp. 453-545).

Por su parte Hurtado (2005) refiere que el carácter fragmentario del derecho penal significa, en buena cuenta, que el Estado debe recurrir a otros medios antes de utilizarle. Entre éstos, se encuentran los previstos en las diferentes ramas del ordenamiento jurídico. De modo que los bienes jurídicos son también protegidos, por ejemplo, por las disposiciones del derecho civil, administrativas, sanitaria, etc. Sólo si estos medios resultan ineficientes o ineficaces, aparecerá como necesario emplear la amenaza penal. De este modo, el derecho penal se muestra muchas veces como el gendarme de las demás ramas del derecho, cumpliendo un papel sancionador, lo que ha permitido hablar de su papel secundario. (p. 48).

Según Puig (2004) señala que “significa que el Derecho penal no ha de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos. Así, no todos los ataques a la propiedad constituyen delito, sino sólo ciertas modalidades especialmente peligrosas, como el apoderamiento subrepticio, violento o fraudulento. (p. 128).

Según Martos señala que “el carácter fragmentario del Derecho Penal, en cuya virtud, la pena sólo ha de aplicarse aquellas acciones u omisiones que por su peligrosidad y responsabilidad lo merezcan en interés de la protección social, constituye, sin duda, uno de los fundamentos políticos – criminales más importantes de nuestro Estado social y democrático de Derecho, cuyo olvido genera una perniciosa inflación punitiva que degrada la verdadera función punitiva de la pena. (p. 107).

2.3. Marco conceptual

- **Naturaleza.** – Principio generador del desarrollo armónico y la plenitud de cada ser, en cuanto tal ser, siguiendo su propia independiente evolución (Diccionario de la Real Academia Española).
- **Delito.** – De conformidad al artículo 11 del Código Penal, desde una óptima formal el delito se encuentra definido en el art. 11 del Código Penal, en los siguientes términos: “son delitos y faltas las acciones culposas o dolosas penadas por la ley”; asimismo como señala el profesor Reina (2018) dicho concepto es puramente formal y dice poco, o casi nada de sus elementos característicos internos (p. 132).
- **Peculado.** – Según Ramiro el término “peculado” proviene de dos latinazgos: *pecus* que significa ganado y *latus* que significa hurto. En consecuencia, etimológicamente significa “hurto de ganado”. En Roma, cuando el ganado era el bien máspreciado junto a la tierra, servía como medio de cambio comercial y definía el estatus socioeconómico de los ciudadanos. En la República ya se utilizó el término peculado para indicar el hurto de cosas de valor. Es en el Imperio Romano donde se llega a utilizar la frase *criminis peculatus* que hace referencia al hurto de dinero o bienes públicos. Esta última definición es la que ha prevalecido hasta nuestros días (pp. 404-405).

- **Principio.** – Axioma que plasma la determinada valoración de justicia constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación (Real Academia Española).
- **Cuantía.** – Valor de la materia litigiosa que determina la clase de procediendo a seguir como la posibilidad o no de interposición de recursos y que se fija atendiendo al interés de la pretensión el recurrente (Real Academia Española).
- **Configuración.** – Disposición en las partes que componen una cosa y le dan su forma y sus propiedades (Diccionario de la Real Academia Española).
- **Jurisprudencia.** – Según Rodríguez la jurisprudencia es el modo habitual en que los Tribunales deciden cuestiones jurídicas de naturaleza idéntica. En sentido estricto, jurisprudencia es la sentada por el Tribunal Supremo (p. 71). Según Rubio (1991) la Jurisprudencia en sentido lato son las resoluciones que los magistrados judiciales emiten en el ejercicio de sus atribuciones jurisdiccionales para solucionar los conflictos a ellos sometidos, que se suscitan entre los individuos o entre estos y la sociedad. En el lenguaje jurídico puede hablarse de – una jurisprudencia-, es decir, de una resolución de los tribunales sobre un caso determinado o de – la jurisprudencia- que sería un conjunto de resoluciones de los Tribunales (p.187). Según Rubio (1991) la Jurisprudencia en sentido estricto se refiere más propiamente a las resoluciones que emite el máximo Tribunal, pero no a las resoluciones de los tribunales y juzgados inferiores a él. Como en el e concepto en sentido lato, aquí también puede hablarse de –una jurisprudencia- o –la jurisprudencia- (p. 187).
- **Precedente.** – De conformidad al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, se tiene la definición de precedente siendo lo siguiente: “Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen

precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente”. Según Hurtado (2013) el precedente Judicial en nuestro sistema jurídico juega un papel de suma importancia para resolver los conflictos aun, con la discusión si con su incorporación se ha cambiado el sistema de fuentes, sobre todo por la resistencia a aquellos precedentes que se le asigna efecto normativo. Con este instrumento la justicia ordinaria o constitucional en la solución de un caso real genera reglas jurídicas sustantivas o reglas jurídicas procesales, las cuales deben ser aplicadas en el futuro a casos homólogos. La función del precedente judicial de crear reglas jurídicas que se apliquen en la solución de casos homólogos futuros implica que deben ser el producto de una amplia reflexión por parte de los órganos emisores, pues debe evitar la generación e reglas jurídicas de coyuntura, respondiendo a un problema jurídico trascendente en particular, sin que se sustenten e posiciones teóricas que generen mayor complicación e incertidumbre en los temas desarrollados (p.5).

- **Precedente Penal.** – Expresado en la Ley N° 9024 – Código de Procedimientos Penales, en el artículo 301-A.- Precedente obligatorio. - **1.** Las sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, constituyen precedente vinculante cuando así lo expresen las mismas, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando la Sala Penal de la Corte Suprema resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente. En ambos casos la sentencia debe publicarse en el Diario Oficial y, de ser posible, a través del Portal o Página Web del Poder Judicial. **2.** Si se advierte que otra

Sala Penal Suprema u otros integrantes de la respectiva Sala Penal en sus decisiones sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma, a instancia de cualquiera de las Salas, de la Fiscalía Suprema en lo Penal o de la Defensoría del Pueblo -en relación a los ámbitos referidos a su atribución constitucional- se convocará inmediatamente al Pleno de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema para dictar una sentencia plenaria, la que se adoptará por mayoría absoluta. En este supuesto no se requiere la intervención de las parte, pero se anunciará el asunto que la motiva, con conocimiento del Ministerio Público. La decisión del Pleno no afectará la sentencia o sentencias adoptadas en los casos que determinaron la convocatoria al Pleno de los Vocales de lo Penal. La sentencia plenaria se publicará en el Diario Oficial y, de ser posible, a través del Portal o Página Web del Poder Judicial”.

- **Corte Suprema.** – De conformidad al artículo 143° de la Constitución Política del Perú, la Corte Suprema es un órgano jurisdiccional que administran justicia en nombre de la Nación; en similar sentido se extrae de la página oficial del Poder Judicial del Perú que actualmente, la constitución de 1993 ha reconocido a la Corte Suprema de Justicia como el máximo órgano jurisdiccional de la Nación, la que conjuntamente con los órganos que ejercen gobierno y administración, conforman el Poder Judicial. La organización, funcionamiento y competencia de los órganos que conforman este Poder el Estado se encuentra previsto en el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUZ del 02 de junio de 1993.
- **Código Penal.** – Según Torres (2001) los códigos son cuerpos orgánicos y sistemáticos de leyes referentes a una o más instituciones jurídicas sucintas (p. 458).
- **Bien jurídico.** – Hurtado (2005) negó que los bienes jurídicos constituyan una creación del legislador y afirmó que más bien sean intereses vitales, personales o colectivos, que

tenían su origen en hechos y circunstancias sociales anteriores a las normas jurídicas (p.16).

- **Apropiar.** - Según Cabrera (2014) se entiende la ejecución o materialización de actos de disposición “Uti Dominus”, es decir, actos de señor y dueño, lo que comportaría, de un lado, el que bien entrase, por un instante siquiera, en la esfera de disponibilidad jurídica del agente delictual y, del otro, obviamente la salida de ese bien de la esfera de disponibilidad jurídica del titular real y verdadero del mismo, que en este caso no es otro que la misma administración (p. 389).
- **Principio de última ratio.** – Según la Guía Metodológica del Abogado (1999) Los mecanismos de que se vale el derecho penal para proteger los bienes jurídicos son más drásticos que otras ramas del ordenamiento jurídico, por tal motivo se utilizan dichos mecanismos cuando la sociedad no pueda controlar graves conflictos. Como sabemos la pena es el recurso estatal, como amarga necesidad de tener que aplicarla con graves consecuencias para el individuo, recurriendo a ella como “ultima ratio”, es decir, es el último recurso a emplear por no existir otros medios más eficaces. Pero esta intervención punitiva estatal no se da en toda situación, sino a hechos que la ley penal ha determinado específicamente por lo que la pena constituye un instrumento subsidiario. (pp. 153-154).
- **Punible.** - Según Zaffaroni (2009) (la responsabilidad como respuesta del estado al delito: lo punible y lo penable) A una conducta típica, antijurídica y culpable (injusto culpable o delito), el poder punitivo debe (o debería) reaccionar procurando responderle con una pena y, por ende, todo delito es punible en el sentido de que merece –o es digno de- una respuesta punitiva. No obstante, en el derecho penal como en la vida cotidiana, no siempre es posible proporcionar la respuesta merecida, o sea que no siempre el delito

es penable en el sentido de que se le pueda responder con una pena. p. 235. En similar sentido Villavicencio (2006) indica que existen algunos casos en los que el delito no es sancionable debido a la existencia de ciertas circunstancias que apartan la punibilidad (pueden ser penales o procesales). Ninguno de estas circunstancias pertenece a lo injusto o a la imputación personal (culpabilidad). Son propios de la teoría de la pena y deben estudiarse en el momento de la determinación judicial de la misma. p. 229.

- **Delito Pluriofensivo.** – Calderón (2012) indica que los tipos pluriofensivos son aquellos que amparan simultáneamente varios bienes jurídicos. p. 59. Por su parte Hurtado (2016) indica que son delitos complejos; ya que se manifiesta, cuando se afectan varios bienes jurídicos en el tipo penal. p. 248. En suma, se tiene que es un delito pluriofensivo, cuando la conducta típica está configurada en atención a la afectación de varios bienes jurídicos.

- **Ética.** - Oscuivilca y Córdova (2012) refieren que la ética es sin lugar a dudas la que define gran parte de la personalidad de un ser humano, y en ella se involucran los valores, es decir, su escala de parámetros importantes, a los cuales, se supone, nunca renunciaría, pero ¿cómo establece el hombre esa escala de valores que forman su ética?, sencillamente a través del juicio y discernimiento. p. 18.

- **Axiología.** - Según el compendio académico preuniversitario (2009) etimológicamente proviene de dos voces: axios (valor) y logos (estudio), se denomina axiología o teoría del valor a la disciplina filosófica que problematiza, reflexiona y crítica el problema de los valores, del bien, de lo deseado, de lo preferido, de lo correcto; es decir de la esencia de las cosas, de las personas o de las acciones de las personas. La axiología se preocupa por el respecto, responsabilidad, puntualidad, lealtad, identidad, solidaridad, limpieza, perseverancia, fortaleza, amor, etc. Temas que nos invitan a la reflexión, ya que hoy

vivimos en nuestro país crisis de la economía, de la política, de la familia, de la moral, de la sociedad (corrupción), de la ecología, etc; traducido todo esto en crisis de valores. Pero en el fondo son momentos decisivos para mejorar o empeorar, para salir adelante o hundirnos más en la plenitud del caos, el desorden, la violencia y la deshumanización. p. 489.

- **Valor.** - Según el compendio académico preuniversitario (2009) el valor es la esencia, es la cualidad de las cosas para valer filosóficamente tanto considerarlo (valorarlo) como tal y poder intercambiar por su equivalente. También se define al valor como el grado de utilidad y aptitud de las cosas, acciones humanas para satisfacer necesidades proporcionar bienestar, deleitar a una persona o un conjunto de personas. Es decir, son propiedades de los objetos para valer tanto, así también son cualidades, son competencias de los humanos para ser respetados como tal. p. 489.
- **Lealtad.** - Oscuivilca y Córdova (2012) refieren que la lealtad es una virtud que tiene que ver con el sentimiento de apego, fidelidad y respeto que nos inspiran a las personas que queremos o las ideas con las que nos identificamos. Los que son leales poseen un alto sentido de compromiso y ello les permite ser constantes en sus afectos y cumplidores de su palabra. Hay muchas cosas que inspira lealtad y la merecen. Los seres queridos, los amigos sinceros, la pareja amorosa con la que se comparte la vida, la institución en la que se estudia o trabaja y la patria a la que se pertenece, se cuentan entre las más importantes. pp. 64-65.
- **Probidad.** – Según el diccionario Enciclopédico LEXUS (s/f) bondad, honradez, rectitud. p. 758.
- **La teoría de los delitos de infracción del deber.** - Abanto (2014) parafraseando a Roxin refiere que es una concepción totalmente diferente para dar solución a los

problemas de autoría y participación en los delitos especiales es la propugnada por Claus Roxin: la teoría de la infracción del deber. pp. 386-387. Esto evidencia que esta teoría fue creada específicamente para dilucidar la problemática de la autoría y participación, frente a la problemática presentada por la teoría del dominio del hecho. Así también debemos enfatizar que esta teoría no fue creada como objeto de tutela del algún delito, como el craso error que se comete al considerar quebrantamiento de deberes de lealtad y probidad (bien jurídico del delito de peculado). Por su parte Pariona (2021) refiere que, en la discusión dogmática, la infracción del deber surge, superando a los criterios subjetivos (teoría de la voluntad y teoría de los intereses) y al dominio del hecho, como criterio para determinar y delimitar a autores de partícipes en delitos en cuyos tipos penales suponen deberes especiales. Luego la teoría de los delitos de infracción de deber es un modelo explicativo de la problemática de la intervención en el delito; con ello queda claro que el mencionado criterio y a la teoría que la sustenta no pretende entonces explicar o solucionar la problemática del injusto. Consecuentemente solo constituye un fundamento para la autoría y en ningún caso la razón para la punición. p. 80.

Capítulo III: Hipótesis

3.1. Hipótesis general

El delito de peculado es un delito de infracción del deber, tiene como ámbito de protección la correcta administración del erario público; y, la relación que existe con la aplicación del principio de mínima intervención se da en el elemento objetivo del tipo penal de peculado “cuantía”, lo que resulta relevante para la configuración del delito de peculado.

3.2. Hipótesis específicas

Uno de los criterios a tener en cuenta son los fundamentos de las sentencias emitidas por la Corte Suprema donde establecen ciertas conductas de peculado por apropiación de determinados montos como delito de bagatela, no obstante, no se evidencia argumentos en las que precise hasta que monto debería ser considerado delito de bagatela en aplicación del principio de mínima intervención. Otros de los criterios a tener en cuenta es la remuneración mínima vital y/o UIT realizando un análisis de costo–beneficio. Otros de los criterios a tener en cuenta son los gastos realizados por el Estado en pericias contables.

La mayoría de las sentencias emitidas por la Corte Suprema citan los sub principios de última ratio y fragmentariedad en el delito de peculado doloso por apropiación; sin embargo, ninguno de ellos precisa cual es el límite cuantitativo en aplicación de estos principios para establecer la punibilidad.

La evolución del bien jurídico en el delito de peculado, ha ido plasmando tres posturas: primero al considerar que protege el patrimonio del estado; segundo postura argumenta que se tutela el ejercicio regular de las funciones del funcionario o servidor público; y, tercero consideran que es un delito pluriofensivo.

3.3. Variables

➤ **Variable independiente**

Peculado doloso por apropiación

➤ **Variable dependiente**

Principio de Mínima Intervención

Capítulo IV: Metodología

4.1. Método de investigación

4.1.1. Método generales

El **método doctrinal-hermenéutico** fue utilizado para el desarrollo de la presente investigación, el más adecuado pues accede unir, en una investigación de un solo tipo, a la escuela de la dogmática y la exégesis. Se utilizó la exégesis, por el cual se realizó interpretaciones de la norma, o parte de ella; también se utilizó el **método científico**, ya que, como indica Bunge (2003) el método de la ciencia no es, por cierto, seguro; pero es intrínsecamente progresivo, porque es auto correctivo: exige la continua comprobación de los puntos de partida, y requiere que todo resultado sea considerado como fuente de nuevas preguntas, en la que se llama filosofía científica a la clase de concepciones filosóficas que aceptan el método de la ciencia como la manera que nos permite: a) Plantear cuestiones fácticas “razonables” (esto es, preguntas que son significativas, no triviales, y que probablemente pueden ser respondidos dentro de una teoría existente o concebible), y b) Probar repuestas probables en todos los campos especiales del conocimiento (pp. 88-89). Y como método general también se utilizó la **dialéctica**, como señala Andrés (2006) son

concepto, categorías y leyes que desempeñan el papel de principios metodológicos de instrumentos de análisis y síntesis, de base para el desarrollo de las ciencias naturales sociales y filosóficas. Este método orienta la investigación a partir de fenómenos concretos sin descuidar la interrelación de sus elementos internos y externos. El método dialéctico es una teoría general que refleja la realidad del mundo objetivo. En efecto constituye una vía para ver, conocer, comprender y concebir científicamente esta realidad (p. 67).

4.1.2. Método específico

El **método específico de inferencia**, fue utilizado para el desarrollo de la presente investigación, ya que la **inducción-deducción** son los máximos exponentes de la generalización, por eso se les denomina métodos inferenciales:

Según Andrés (2006) la inducción nos permite adquirir conocimientos generales a partir de conocimientos particulares. Es decir, las leyes, principios y conclusiones se generalizan a todos los fenómenos similares (p. 72).

Para Andrés (2006) la deducción a partir de las características generales se obtiene conocimientos particulares. Su empleo corresponde a todas las ciencias, y a través de él. Se generalizan los datos empíricos y se deducen las consecuencias lógicas (72).

4.1.3. Método particular

Se utilizaron métodos particulares, ya que estos se usan específicamente en la investigación en las diversas ramas de la ciencia (ciencias particulares), en el presente caso nos centramos en la investigación jurídica.

Como señala Andrés (2006) los métodos particulares son exclusivos para determinada ciencia. Las técnicas y estrategias sólo resuelven problemas de dicha ciencia. Es un proceso que investiga las propiedades particulares de un hecho natural, social con instrumentos diseñados solo para casos de esta naturaleza (p. 72).

El método de la lógica que es la aplicación de las leyes del pensamiento racional. Hay engarces que los conceptos más generales tienen con otros menos generales, hasta llegar a lo particular.

Se utilizó el método del análisis mediante el cual la atención se centró en cómo surgió la primera aproximación a la idea. Se propuso la división del mismo en todas sus partes hasta alcanzar claridad, respecto de todo objeto que se presentó como oscuro o confuso al instante de estudiarlo, la que se considera como la intuición correcta. Esto supone que a través del intelecto se puede alcanzar certeza y que las ideas claras y distintas no son pálidos reflejos de una realidad superior sino la aprensión de la realidad misma.

Así las preguntas acerca de la legitimidad y el sentido del Derecho se mueven fundamentalmente en el terreno de la especulación, los juicios lógicos, el pensamiento abstracto y la contraposición de ideas.

4.2. Tipo de investigación

La presente investigación es de tipo **JURÍDICO-DOCTRINAL**, porque en un primer nivel, procura realizar hermenéutica (interpretación) de las leyes, jurisprudencias, e incluso de las hermenéuticas realizadas por otros juristas. Esto se debe a que dentro de las sociedades humanas nace el derecho, y finalmente de acuerdo a una época y a un sistema jurídico penal establecido dentro de un estado de derecho democrático, los hombres son

quienes pueden decidir cambiarlo o interpretarlo del modo en que sea más conveniente.

4.3. Nivel de investigación

La presente investigación fue desarrollada con los niveles de investigación entre ellas; descriptivas y correlacional como indica Hernández, Fernández y Baptista (2010) el nivel de investigación descriptivo busca especificar las propiedades, las características y los perfiles de personas, grupos, comunidades, procesos, objetos o cualquier otro fenómeno que se someta a un análisis. Es decir, únicamente pretenden medir o recoger información de manera independiente o conjunta sobre los conceptos o las variables a las que refieren, esto es, su objetivo no es indicar como se relacionan estas (p. 80). Se agrega también que la presente investigación se desarrolló con un nivel de investigación correlacional como indica Hernández, Fernández y Baptista (2010) el indicado nivel tiene como finalidad conocer la relación o grado de asociación que exista entre dos o más conceptos, categorías o variables en un contexto en particular (p. 81).

4.4. Diseño de investigación

La presente investigación fue desarrollada con un diseño no experimental como señala Hernández, Fernández y Baptista (2010) se procedió a observar fenómenos tal como se dan en su contexto natural, para posteriormente analizarlo (p. 149). Es decir, en la presente investigación no se procedió con la manipulación de variable, por consiguiente, se entiende que se trata de una investigación donde no se hace variar de forma deliberada las variables independientes para verificar sus consecuencias en otras variables. En similar sentido indica Velasco (s/f) la investigación no experimental es la que no manipula deliberadamente las variables a estudiar. Lo que hace este tipo de investigación es observar fenómenos tal y como se dan en su contexto actual, para después analizarlo. En un estudio no experimental no se construye ninguna situación, sino que se observan situaciones ya

existentes (p. 29).

4.5. Población y muestra

- **Población.** – Jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia del Perú.
- **Muestra.** -Jurisprudencias en el delito de peculado doloso por apropiación.
 - ✓ **Ejecutoria Suprema (21 de diciembre del 1990)** – (Exp. N° 808-90-Callao).
 - ✓ **Ejecutoria Suprema (3 de junio del 1991)** - (Exp. N° 1141-90-Loreto).
 - ✓ **Ejecutoria Suprema (13 de enero del 2004)** - (Exp. N° 3682-2002-La Libertad).
 - ✓ **Corte Suprema (14 de marzo de 2016)** - (Corte Suprema de Justicia de la República Sala Penal Especial A.V. N° 09-2015-1).
 - ✓ **Ejecutoria Suprema (19 de marzo del 2010)** - (R.N. N° 238-2009-Puno).
 - ✓ **Ejecutoria Suprema (10 de enero del 2013)** - (R.N. N° 1336-2012-Apurimac).
 - ✓ **Ejecutoria Suprema (29 de enero del 2013)** - (R.N. N° 3763-2011-Huancavelica).

4.6. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

Se utilizó la **técnica de lectura analítica**, según Carrasco (2007) la misma consiste en leer un texto de forma pausada, reflexiva y minuciosa, con el propósito de captar plenamente el mensaje contenido en los párrafos que se lee (p. 280). Así también se utilizó la **técnica del fichaje**, como continúa señalando Carrasco (2007) es usado como técnica de recopilación de datos, consistente en registrar información significativa y de interés para el investigador, por escrito, en tarjetas de diferentes tamaños llamadas fichas (p. 280).

4.7. Técnicas de procesamiento y análisis de datos

De acuerdo a Pino (2014) todo investigador tiene que elegir un tipo de análisis que ha de usar, y estas pueden ser de tres tipos; análisis cuantitativo, análisis cualitativo y análisis mixto (p. 473). En la presente investigación se abordó el tipo de análisis cualitativo, la misma que consiste en describir las características de la información (datos), la que muchas veces están diseminados, la cual requiere de una clasificación y organización.

Pino (2014) parafraseando a Grinnell, Berg y Crewell indica que el proceso de análisis de los datos, son los siguientes:

- Revisión del material,
- Establecimiento de un plan de trabajo,
- Codificación en un primer plano de los datos,
- Codificación de los datos en un segundo plano,
- Interpretación de los datos (p. 474).

4.8. Aspectos éticos de la investigación

La presente investigación está ceñida a toda la normatividad del conocimiento científico, asimismo se ha seguido los esquemas aprobados por la Universidad Peruana Los Andes, respetando toda la reglamentación para la elaboración del informe final, en estructura y fondo; nuestra postura se encuentra debidamente respaldado por un marco teórico nutrido, lo que implica una debida cita en el desarrollo de la investigación, evitando de esta manera la copia y/o plagio, mi postura fue elaborada cuidadosamente, con la finalidad de no sorprender a los jurados revisores. Por otro, lado debe precisarse la existencia de una diferencia entre similitud, copia y/o plagio; ya que, en una eventual evaluación del turnitin, es importante tener claro estos conceptos y no ser víctimas de una

falaz percepción, por ejemplo, si en alguna parte de la tesis un párrafo sale sombreada, y está debidamente citada, esto es similitud y no plagio ni copia; pero si esta sale sombreada y no se encuentra citada, pues hace sospechar que se trata de una copia y/o plagio, por lo que se tendrá que corroborar para determinar las consecuencias correspondientes; y no dejarse llevar por la evaluación mezquina y tardo.

Capítulo V: Resultados

5.1. Descripción de resultados

5.1.1. Bien Jurídico Protegido

Para poder continuar con el trabajo materia de investigación, es importante profundizar el bien jurídico tutelado en el delito de peculado, indistintamente de un análisis pormenorizado del bien jurídico general del cual no será ajeno, ciñéndonos al análisis del bien jurídico específico se puede advertir en doctrina que existen tres posturas; en primer lugar la correcta administración del patrimonio público, es decir, desde un punto de vista patrimonialista; segundo, como un delito que protege el correcto funcionamiento de la Administración Pública y la tercera postura que ampara la pluriofensividad, las cuales trabajaremos a continuación:

a) Patrimonio del Estado

Para esta postura acuñando a Fidel Rojas Vargas (s/f) se tiene que el delito de peculado protege la intangibilidad del patrimonio público, porque tiene que servir para fines públicos no para fines particulares, p.165. Continúa el autor indicando

que este contexto el autor del peculado está llamado a garantizar la eficiencia en la administración, cautela y preservación del patrimonio público para alejarlo de intereses particulares, haciendo la precisión de que el autor en mención no es partidario de esta postura.

Rojas refiere que los términos caudales o efectos son inapropiados, pues son términos que devienen del ciclo XIX, pues si se revisa el art. 389 referido a la malversación allí no se emplea el término de caudales, sino que se habla de fondos públicos, el mismo que es un concepto más actual. Pero nuestro código Penal emplea las palabras contenida en el código Penal Francés, es decir caudales o efectos públicos. Agrega que el patrimonio para ser tal debe reunir dos características fundamentales: **primero**. - Tener reconocimiento jurídico como patrimonio; y, **segundo**. - Poseer valor en el mercado.

Esta postura es defendida por Pariona (2011) y Abanto (2001) al precisar que el bien jurídico del peculado es *el patrimonio de la administración pública entendido de manera funcional*. Aludiendo que por este motivo en España se habla ahora de la “correcta gestión y utilización del patrimonio público por parte de la administración pública”. Esta interpretación según los autores en mención, parece ser la más acorde con la asistemática peruana, sumado a ello que existen otros motivos que respaldan esa interpretación como son:

a) El patrimonio del Estado se protege de manera especial no solo contra su lesión sino también contra el peligro en cuanto a su destino. Incluso se exige un deber especial de cuidado en el funcionario público, motivo por el cual se sanciona la conducta culposa.

b) La importancia del carácter de los bienes públicos destaca de manera doloso

y culposo, donde la razón de ser de la agravación radica en la importancia especial de la finalidad pública para lo cual estaban destinados los bienes: fines asistenciales o programas de apoyo social.

c) En el artículo 80° último párrafo del Código Penal, el legislador duplica el plazo de prescripción de la acción penal para los delitos cometidos contra el patrimonio del Estado, es decir, presupone la existencia de delitos de esta naturaleza.

Por su parte Peña (2016) refiere que a su entender la correcta gestión de la administración del patrimonio estatal apunta en mejor medida el objeto de tutela. p. 341.

En similar sentido Cáceres (2012) argumenta que de manera específica lo que busca proteger es el patrimonio del estado. Al respecto creemos que debería graduarse el delito de peculado en razón de su cuantía, como se hizo con la última modificación de este tipo penal (Ley N° 29758), aunque únicamente se establece como agravante, debiendo de señalarse que es el punto de partida para en otras modificaciones incluir esta característica. p. 31.

También debe resaltarse que esta postura, se halla jurisprudencialmente en la Ejecutoria Suprema de fecha 14 de abril de 2000, al indicar *“el delito de peculado no se encuentra comprendido dentro de los delitos contra el patrimonio, sino, antes bien, como delito cometido contra la administración pública por funcionario público, donde el bien jurídico tutelado es la correcta utilización de los fondos o efectos estatales encomendados”* (Exp. N° 1132-98-Lima).

b) Regular ejercicio de las funciones

Al respecto Hugo (2016) al indicar que el objeto de protección jurídico penal ya no se entiende referido específicamente a la protección de la “administración” per se, ni a su “prestigio” o “dignidad”, sino a la actividad pública en cuanto constituya “los servicios que los distintos Poderes del Estado prestan a los ciudadanos en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho”. Así, moderadamente se sostiene que el ámbito de la protección penal se extiende “al normal funcionamiento de los órganos de gobierno” así como a la “regularidad funcional de los órganos del Estado”. De esta manera lo que en realidad se protegería es el “correcto funcionamiento de la Administración Pública”, en el marco de una actividad funcional con probidad, honradez y fidelidad. p. 252.

Pariona (2011) parafraseando a Salazar refiere que el bien jurídico relevante es aquello que lacera las bases del sistema administrativo dentro de una configuración estricta señalada por los tipos penales in especie. Por ello, la perspectiva macro estima que lo protegido son las realidades normativas (correcto funcionamiento de la administración pública), argumento que se convierte en la piedra angular de la fundamentación penal. pp. 15-16.

Por su parte Pariona (2011) indica que un sector de la doctrina basándose en la distinta naturaleza jurídica que posee el peculado concluye que el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios o servidores públicos radica en la infracción del deber de lealtad que dichos ciudadanos tienen respecto del patrimonio del estado, la cual no es compartida por el autor al considerar que un estado democrático no está diseñado para restringir la libertad de los ciudadanos cuando son desleales al patrimonio del estado o a sus normas y porque la deslealtad no es

un criterio o elemento normativo del Derecho Penal sino un valor axiológico propio de la ética. p. 16.

Esta postura es definida jurisprudencialmente en la que señala; *“Uno de los bienes jurídicos que protege el tipo penal de peculado es el ejercicio correcto de la función pública, que implica: i) el cumplimiento del principio de legalidad administrativa y ii) obrar con ética, lealtad y transparencia en la función que se desempeña (Casación N.º 1527-2018-Tacna)”*.

c) Pluriofensividad

Respecto a esta postura se tiene al profesor Hugo (2016) quien refiere “de esta manera, en nuestro sistema se ha adoptado una doble vertiente en cuanto a la determinación del bien jurídico objeto de tutela. Por un lado, se pretende proteger la correcta función de la actividad de la Administración Pública, desde la perspectiva del correcto y probo desempeño funcional del funcionario o servidor público y, asimismo, los intereses patrimoniales que, siendo del Estado, nos interesa en general a todos como integrantes de la comunidad.” (p. 253).

En similar sentido indica Rojas (2016) al argumentar que el delito de peculado es un delito que afecta intereses patrimoniales del Estado, una correcta administración de los mismos con vista a su destino público y, también, los deberes del funcionario y/o el servidor público para el fomento y el aseguramiento de las finalidades del patrimonio público. Es decir, que los objetivos en el delito de peculado son: a) **Proteger el patrimonio público**; señalar como afectado al “patrimonio del estado” o “el Estado” en realidad debe ser definido por las reparticiones públicas. Es por eso que moderadamente se habla de que el afectado no es en propiedad el estado, sino que es el Ministerio de educación, es la

Contraloría, es la Municipalidad, es el Poder Judicial, etc. Es esta una versión moderna del sujeto pasivo del delito. b) Garantizar una **correcta administración** de ese patrimonio, mirando el destino que se le va a dar. C) **Proteger o garantizar los deberes** que tiene el funcionario público para con la administración pública (los deberes en este caso son deberes de un correcto uso del patrimonio público). p. 237.

Debe hacerse mención que el profesor Reátegui (2015) menciona que la posición de Abanto Vásquez sería compatible con la sistemática peruana; sin embargo, refiere que la norma resguarda la correcta administración de los intereses patrimoniales del Estado, evitando el abuso del poder conferido al funcionario público en razón de su cargo. p. 414; es decir, estaría abogando por la postura pluriofensivo; ya que, en similares términos la Corte Suprema ha indicado en el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116 que “el delito de peculado es un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico – penal: a) garantizar el principio de 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”.

Siguiendo esta línea jurisprudencialmente se respalda esta postura pluriofensivo, conforme indica la Ejecutoria Suprema del 23 de enero del 2003: “*En el delito de peculado el bien jurídico es el normal desarrollo de las actividades de la administración pública, garantizando el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de dicha Administración y evitando el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que*

quebranta los deberes de lealtad y probidad (Exp. N° 3630-2001-Ucayali)”. Así también, se tiene la ejecutoria suprema de fecha 06 de noviembre del 2003: *“el bien jurídico protegido por el delito de peculado, según la doctrina, se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico penal: por un lado, garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública y, por otro lado, evitar el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad, consumándose el mismo con la apropiación o utilización de los caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, ocasionando con ello perjuicio económico a la entidad agraviada (R.N. N° 113-2002-Amazonas)*”. De la misma manera la Ejecutoria Suprema de fecha 24 de febrero del 2014; precisa *“el peculado es un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico-penal: a) garantiza el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública; y b) evitar el abuso del poder que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad (R.N. N° 287-2013)*”.

Finalmente, por su parte Salinas (2019) refiere que “el delito de peculado se constituye en un delito pluriofensivo, (precisando que no en el sentido general que asume Rojas Vargas, sino en un sentido particular que tiene en cuenta que no todos los funcionarios o servidores públicos pueden cometer el delito de peculado, sino solo aquellos que tienen el deber funcional de percibir, administrar o custodiar el patrimonio del estado) toda vez que aparte de proteger el normal y recto funcionamiento de la Administración Pública. De modo que el bien jurídico específico solo se verá afectado cuando el agente lesione el patrimonio del estado

luego de haber infringido el deber de no lesividad que tiene para con los bienes encomendados o confiados en razón de su cargo. Ello es así hasta el punto de que, si el patrimonio estatal se lesiona sin que se infrinja el deber de no lesividad, el delito de peculado no se configura”. p. 438.

5.1.2. Toma de postura

Considero que el bien jurídico protegido en el delito de peculado es de carácter patrimonial pero como indica el profesor Pariona Arana y el Profesor Abanto Vásquez siguiente a la doctrina española, es *el patrimonio de la administración pública entendido de manera funcional*, interpretación que considero más acorde con nuestra legislación, pues además de los motivos que respaldan la interpretación señalada por el profesor Abanto Vásquez¹; indicamos otros motivos por los que se considera esta postura.

5.1.3. Análisis crítico de la toma de postura

Si damos una lectura de las agravantes del **Artículo 387° del Código Penal**, encontraremos lo siguiente [...] *Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa [...]; de esto se puede evidenciar*

¹a) El patrimonio del Estado se protege de manera especial no solo contra su lesión sino también contra el peligro en cuanto a su destino. Incluso se exige un deber especial de cuidado en el funcionario público, motivo por el cual se sanciona la conducta culposa.

b) La importancia del carácter de los bienes públicos destaca de manera doloso y culposo, donde la razón de ser de la agravación radica en la importancia especial de la finalidad pública para lo cual estaban destinados los bienes: fines asistenciales o programas de apoyo social.

c) En el artículo 80° último párrafo del Código Penal, el legislador duplica el plazo de prescripción de la acción penal para los delitos cometidos contra el patrimonio del Estado, es decir, presupone la existencia de delitos de esta naturaleza.

claramente un incremento de pena por apropiaciones mayores a diez unidades impositivas tributarias, lo cual desnaturalizaría el objeto de protección del delito de peculado, ya que aquí, ya no solo se le estaría dando importancia a una infracción del deber, si no que se le estaría dotando de trascendencia a la cantidad de lo apropiado, se va más allá de un abuso de poder, puesto que, el abuso de poder permanecerá frente a la existencia de apropiaciones de cantidades menores o mayores, no tendría por qué tener trascendencia o importancia, al ser pluriofensivo el bien jurídico. Ahora bien, si nos ponemos del otro extremo, podemos postular, si se incorpora una agravante por el valor de lo apropiado; porque no poner expresamente en el tipo penal una atenuante o quizá no punibilidad por el valor de lo apropiado.

Por otro lado, se puede advertir que Salinas (2019) precisa que la posición asumida por Abanto Vásquez respecto al bien jurídico mencionado líneas arriba, no es de recibo para la interpretación del tipo penal 387° del Código Penal. Agrega que la redacción y ubicación del tipo penal en el catálogo de delitos de nuestra patria descarta la simple posibilidad de argumentar que el interés jurídico específico del delito de peculado lo constituya el patrimonio del Estado. p. 437. De lo que podemos resaltar, es que cuando el profesor Abanto Vásquez, argumenta sobre el bien jurídico, no precisa a secas como objeto de protección el patrimonio del Estado, ha de entender que se refiere a un patrimonio de la administración pública en un sentido funcional, y así lo ha precisado el profesor en mención siguiendo a la doctrina española, además que esta postura también es respaldada el profesor Pariona Arana. Agregó que se trataría de un patrimonio de la Administración Pública *sui generis*; es decir, en este tipo penal no hablamos de un patrimonio del estado, de cómo es tratado en el delito de hurto y otros, sino como ya se hizo mención en un sentido

funcionarial; a decir, que el objeto de tutela sería la correcta gestión del erario público.

La doctrina y la jurisprudencia indica uno de los objetos de protección es “*evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad*”; lo que algunos autores entienden ello como infracción de deber o quebrantamiento de deberes, pero un deber de lealtad, probidad, fidelidad y honradez del funcionario público, esta postura siguiendo a los profesores Pariona y Abanto es de que la infracción del deber sólo es un elemento más del tipo penal, y no constituye un bien jurídico; ya que, la infracción del deber al que se hace alusión en la doctrina es la infracción de deberes especiales encomendados al funcionario público para el cumplimiento de sus funciones, y no una infracción del deber de lealtad que los funcionarios tengan en relación al patrimonio público; ya que, como indica el profesor Pariona Arana (2011) “*un Estado democrático no está diseñado para restringir la libertad de los ciudadanos cuando son desleales al patrimonio del estado o a sus normas y porque la deslealtad no es un criterio o elemento normativo del Derecho Penal sin un valor axiológico de la ética*”. p. 16.

Otro de los fundamentos por los que no debe ampararse la postura pluriofensivo para determinar el objeto de protección en el delito de peculado; se expresa contundentemente de un análisis de nuestro objeto de estudio; es decir, de la jurisprudencia materia de análisis de la presente investigación [Corte Suprema (14 de marzo de 2016) - (Corte Suprema de Justicia de la República Sala Penal Especial A.V. N° 09-2015-1); Ejecutoria Suprema (19 de marzo del 2010) - (R.N. N° 238-2009-Puno); Ejecutoria Suprema (10 de enero del 2013) - (R.N. N° 1336-2012-

Apurimac); y, Ejecutoria Suprema (29 de enero del 2013) - (R.N. N° 3763-2011-Huancavelica)]. De los cuales, se puede advertir que todas estas jurisprudencias de diversas maneras explican que las apropiaciones de cuantía mínimas no son punibles, y de cierto modo precisan que estas apropiaciones pequeñas o ínfimas no afectan gravemente al bien jurídico, y otras prefieren utilizar la expresión “acciones que no afectan *más grave al bien jurídico*”; cabe precisar que en estas ejecutorias no se precisa el bien jurídico del peculado; no obstante, la Corte Suprema mediante el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116; Ejecutoria Suprema del 23 de enero del 2003 (Exp. N° 3630-2001-Ucayali); Ejecutoria Suprema del 06 de noviembre del 2003 (R.N. N° 113-2002-Amazonas) y Ejecutoria Suprema del 24 de febrero del 2014 (R.N. N° 287-2013), han precisado que, el bien jurídico en el delito de peculado es pluriofensivo “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*”; entonces si regresamos a la problemática de la no punibilidad de apropiación ínfimas, consecuentemente no afectación grave al bien jurídico, diríamos que no tendría coherencia; ya que, si el bien jurídico es pluriofensivo, las apropiaciones en el delito de peculado por más ínfimas que sean tendrían que ser punible; es decir, cuando un funcionario público se apropia diez céntimos de la administración pública, lesionaría el bien jurídico pluriofensivo; ya que, por el monto no se podría decir que no hubo abuso de poder de parte del funcionario público, siguiendo esta lógica dicho accionar quebrantaría los deberes de lealtad y probidad; toda vez que, la lealtad y probidad, son valores éticos como objeto de estudio de la axiología, y esta última es una disciplina filosófica que estudia los valores como la lealtad, la probidad, honradez, etc; lo que significa que no se

puede cuantificar como tales, al quebrantar estos valores por más ínfimos que sean se quebrantan los valores, por ejemplo ensayando decimos, si uno es deshonesto y dice una mentira pequeña, sigue siendo deshonesto y si dice una mentita grande sigue siendo deshonesto, es que la honestidad es un valor que no se mide ni por el tamaño, ni por la intensidad, ahora bien, si yo soy desleal, es decir, actúo siendo infiel a mis principios morales, no importa si sea pequeño o gran infiel a mis principios morales, seguiré siendo desleal.

Teniendo claro este aspecto, decimos que la Corte Suprema es consciente de que abogan por la pluriofensividad en el delito de peculado; sin embargo, cuando resuelven casos en relación a las apropiaciones ínfimas en el delito de peculado, evidencian que se inclinarían a la naturaleza del peculado de carácter patrimonial; aunque en algunas jurisprudencias si se estaría acorde con el bien jurídico pluriofensivo, al considerar que para la configuración del peculado no importa la cuantía entre ellos tenemos la Ejecutoria Suprema (21 de diciembre del 1990) - (Exp. N° 808-90-Callao); Ejecutoria Suprema (3 de junio del 1991) - (Exp. N° 1141-90-Loreto); y, Ejecutoria Suprema (13 de enero del 2004) - (Exp. N° 3682-2002-La Libertad); no obstante, las jurisprudencias mencionadas líneas arriba no se ajustan a esta postura pluriofensivo al momento de resolver la problemática de la cuantía en el delito de peculado, lo que evidencia que en la jurisprudencia peruana el bien jurídico de peculado ha evolucionado la interpretación, lo que le cuesta admitir a la Corte Suprema limitándose a precisar que es pluriofensivo; ya que como se analizó en el párrafo anterior, el delito de peculado al tener un objeto de protección pluriofensivo, no tendría por qué dejar de ser punible las apropiaciones ínfimas, ya que no solo cautela el *principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública*; sino que también, el abuso de poder del funcionario

público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad. En similar sentido ocurre en el delito de robo, al ser un tipo penal pluriofensivo no solo afecta el patrimonio, sino que también afecta la vida e integridad física, por ende, por más mínima que sea el monto robado es punible; en este último ejemplo, cabe precisar que el análisis de semejanza es en función a la pluriofensividad del tipo penal, y no al carácter patrimonial, ya que en el peculado la naturaleza patrimonial tiene una característica especial como se dijo líneas arriba; por estos argumentos considero que el objeto de protección en el delito de peculado no es pluriofensivo.

En suma, se evidencia que la Corte Suprema, indirectamente da a entender que el bien jurídico protegido en el delito de peculado sería la correcta gestión del patrimonio de la administración pública; a pesar de sus precisiones expresas de abogar la pluriofensividad del delito de peculado; por ello es que la misma Corte Suprema, precisa que las apropiaciones ínfimas no son punibles en el delito de peculado, amparándose en el principio de fragmentariedad; entendemos claramente que por este principio existe lesión del bien jurídico, pero no son punibles, en virtud de una afectación mínima del bien jurídico; ello operara siempre en cuando el objeto de protección sea cuantificable o por afectación leve y evidente al bien jurídico; y como ya se indicó en el párrafo anterior; si abogamos por la pluriofensividad, ello no ocurriría.

5.1.4. Análisis de casos

a) Caso N° 01 - R.N. N° 808-90-Callao

➤ Datos Generales

R.N. N° : 808-90-Callao

Agraviado : El estado

Fecha : 21 de diciembre del 1990

➤ **Pronunciamiento judicial**

El delito de peculado es una figura delictiva específica, en la cual para su calificación como tal no se tiene en cuenta el monto del desmedro patrimonial, por lo que no es procedente dada su cuantía considerarlo como falta.

➤ **Comentario y Análisis**

Solo cabe resaltar que para este recurso materia de análisis, no se tiene en cuenta el desmedro patrimonial, para su calificación como delito de peculado, por lo que considera que no es procedente considerarlo como falta debido a la cuantía.

b) Caso N° 02 - R.N. N° 1141-90-Loreto

➤ **Datos Generales**

R.N. N° : 1141-90-Loreto

Fecha : 03 de junio del 1991

➤ **Pronunciamiento judicial**

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.

➤ **Comentario y Análisis**

Claro está que mediante esta ejecutoria se tiene que cualquier monto objeto de apropiación configura el tipo penal de peculado, el mismo que es punible.

c) Caso N° 03 - R.N. N° 3682-2002-La libertad

➤ **Datos Generales**

R.N. N° : 3682-2002-La libertad

Imputado : Jims Alvarado Rivadeneyra

Agraviado : El estado

Fecha : 13 de enero del 2004

➤ **Hechos materia del proceso**

De la revisión del recurso se puede advertir que la misma fue interpuesto por el procesado Jims Alvarado Rivadeneyra, contra la resolución, que confirmando la apelada, declara improcedente la cuestión prejudicial. El mismo que pretendía que el hecho que se le atribuye se establezca el carácter delictuoso en una vía extra penal, lo que fue denegada dicha pretensión.

➤ **Pronunciamiento judicial**

Configuración del Delito de Peculado.- En los delitos cometidos por funcionarios públicos (peculado), no se requiere establecer la naturaleza penal de los hechos en una vía extra penal, ya que en estos delitos no importa la cuantía de los caudales públicos apropiados o ilícitamente utilizados, configurándose este cuando los bienes estatales son usados para fines ajenos al servicio y realizados por funcionarios o servidores públicos; por lo que

siendo estos hechos típicos, deben en la vía penal esclarecerse su responsabilidad o irresponsabilidad.

➤ **Decisión final**

La Suprema Sala declaro no haber nulidad en la resolución recurrida.

➤ **Comentario y Análisis**

En la jurisprudencia indica, **no importa la cuantía de los caudales públicos apropiados o ilícitamente utilizados**, de esto, ha de entenderse que se configura el delito de peculado cuando un funcionario se apropie de diez céntimos como aquel que se apropie diez millones, cabe precisar que el recurso de nulidad en mención hace alusión a los dos verbos rectores, tanto a la modalidad de apropiación como a la modalidad de utilización, queda claro entonces que para esta postura no importa la cuantía de los caudales apropiados para su configuración del delito de peculado.

d) Caso N° 04 - R.N. N° 238-2009-Puno

➤ **Datos Generales**

R.N. N° : 238-2009-Puno

Imputado : M.C.R. y Z.C.C.

Agraviado : Municipalidad Provincial de San Román, Juliaca

Fecha : 19 de marzo del 2010

➤ **Hechos materia del proceso**

De la revisión del recurso se puede advertir que la misma fue interpuesto por la parte civil (Procurador Público de la Municipalidad Provincial de San Román, Juliaca), contra la sentencia absolutoria, del doce de noviembre de dos mil ocho; asimismo se desprende que los encausados M.C.R. y Z.C.C. eran depositarios de los bienes que quedaron bajo su custodia y en consecuencia responsables de la desaparición de los bienes faltantes, atribuyéndoles en su condición de trabajadores de la Municipalidad Provincial de San Román y en particular en su calidad de vigilantes del depósito Municipal la apropiación de diversas piezas del vehículo de placa de rodaje número XU - tres mil trescientos nueve de propiedad de E.M.H., que fue entregado en custodia luego que participara en un accidente de tránsito. Del acta de internamiento del vehículo al depósito municipal y del acta de constatación de pérdidas se acredita que falta sólo un alternador y un relay; sin embargo, por la situación de los objetos -un alternador y un relay-

➤ **Pronunciamiento judicial**

Principio de intervención mínima del Derecho Penal.- El principio de intervención mínima del Derecho Penal está integrado por el carácter fragmentario de este último y por el principio de subsidiariedad, y consiste en que la intervención del Estado sólo se justifica cuando es necesaria para el mantenimiento de su organización, por ello, sólo debe acudir al Derecho Penal cuando han fracasado todos los demás controles, pues el derecho punitivo es el último recurso ya que no castiga todas las conductas lesivas de bienes jurídicos, sino sólo las que revisten mayor gravedad, como en el presente caso en que el delito de Peculado por extensión está relacionado a la

sustracción de un alternador y un relay, que por su baja significación no pueden ser ventilados en la vía penal.

➤ **Decisión final**

Declararon NO HABER NULIDAD en la propia sentencia en el extremo que absuelve a M.C.R. y Z.C.C. de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Administración Pública -peculado por extensión en agravio del Estado y de E.M.H.

➤ **Comentario y Análisis**

Considero en un primer momento a tener en cuenta, para aclarar el contexto, es la precisión del monto apropiado; sin embargo, el recurso de nulidad materia de análisis no precisa en términos cuantitativos la apropiación; no obstante, indica que los procesados se apropiaron de dos objetos –un alternador y un relay-; puede resultar superfluo nuestro análisis en este extremo; sin embargo, es necesario, ya que el cuestionamiento versa en la relevancia de la cuantía del delito de peculado; siendo así, indicamos que al no precisar el monto apropiado en el recurso de nulidad, conlleva a una incertidumbre e impresión, ya que en el presente caso se discute la apropiación de una alternador y un relay. Ahora bien, si uno realiza una cotización en las páginas de mercado libre, puede encontrar alternador de S/. 100.00 soles a S/. 540.00 soles o más, respecto al relay se puede hallar precios de S/. 3.00 soles a S/. 550.00 soles o más, el mayor valor dependerá del modelo y/o marca, así como la antigüedad del bien; más aun considerando que en el presente caso el vehículo era modelo Volvo Marca F-12; conforme se tiene de la consulta vehicular SUNARP ingresado con la

palca de rodaje XU-3309. Con lo que se demostraría la importancia de precisar la cuantía de lo apropiado.

La relevancia de este cuestionamiento radica en nuestra problemática, ya que como planteamos, si bien es cierto, existen conductas que lesiona el bien jurídico de peculado, no obstante, existen aquellas que no afectan gravemente, y en aplicación del principio de mínima intervención no son punibles, en ese sentido el cuestionamiento sería si son conductas que no son punibles pero que si lesionan bienes jurídicos, ello radicaría en la cuantía, y nos preguntaríamos ¿Cuál es ese límite o margen que opera el principio de mínima intervención? Para considerar que el monto apropiado no esté dentro del alcance del principio de mínima intervención.

Por otro lado, el recurso materia de análisis señala que el derecho punitivo es el último recurso ya que no castiga todas las conductas lesivas de bienes jurídicos, sino sólo las que revisten mayor gravedad; aquí es donde surge la interrogante ¿Qué criterio adoptó la Sala Suprema para considerar que el hecho imputado en el presente caso no reviste mayor gravedad o mejor dicho si se está considerando que la apropiación es ínfima cual es el parámetro para considerar como punto de partida de gravedad en la afectación de bienes jurídicos?, de una revisión del recurso materia de análisis se puede apreciar que no existe ningún criterio para precisar el punto de partida de la mayor gravedad de las conductas lesivas de bienes jurídicas.

e) Caso N° 05 - R.N. N° 1336-2012-Apurimac

➤ Datos Generales

R.N. N° : 1336-2012-Apurímac

Imputado : Jorge Asunción Sifuentes Valverde

Agraviado : Municipalidad Provincial De Abancay y otro

Fecha : 10 de enero del 2013

➤ **Hechos materia del proceso**

Recurso de nulidad interpuesto por el Fiscal Superior contra la sentencia, 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 otros en agravio de la Municipalidad Provincial de Abancay y la Policía Nacional del Perú — El Estado.

Imputando lo siguiente: (...) 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 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 destino 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 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.

TERCERO: Que con el Informe número cuarenta y seis - dos mil nueve de fojas cuarenta y seis se desvirtúa la supuesta falta de documentación sustentatoria del dinero entregado al encausado. En este dictamen se hace mención que cumplió con adjuntar las boletas de ventas de las empresas Decoraciones Nuevo Mundo, Comercial Chinitos, Ferretería Aymarino y JEIT Hardware y Software. También con las actas de constatación en los referidos establecimientos comerciales, en presencia del representante del Ministerio Público. Además, de la realizada en la Oficina de la Jefatura de Estado Mayor de la XVI - Dirección Territorial de Apurímac, efectuado por el Fiscal Rommel Rubén Padilla Mendoza el día veintisiete de octubre de dos mil nueve de fojas doscientos diecinueve, mediante el cual se constató en el vehículo policial, marca Toyota, de placa de rodaje J Y - 2458, la batería marca ENERJET. Igualmente, un cuadro con marco en el mapa del departamento de Apurímac y un cristal para escritorio en la Oficina del Jefe del Estado Mayor de la Región Policial de Apurímac y tres cuadros con bastidores con figura de físico culturistas para el gimnasio, adquiridos por el encausado Jorge Asunción Sifuentes Valverde por un valor aproximado de trescientos setenta y ocho nuevos soles, que era parte de los novecientos diecinueve punto diecisiete nuevos soles, **quedando un saldo de quinientos cuarenta y uno punto diecisiete nuevos soles.**

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^o 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 saldo por distribuir de S/. 1.37 (...)**"*

➤ **Pronunciamento judicial**

Se imputa a un funcionario público haberse apropiado la suma de S/. 541.17 y S/. 1,37 soles, el cual asciende a un total de S/. 542.54 soles, dinero que habría sido apropiado en perjuicio de la Municipalidad Provincial de Abancay y la Policía Nacional del Perú, [...] debido a que los montos cuestionados como objeto de apropiación no se condice con los principios de subsidiaridad y ultima ratio, que informa el Derecho Penal, pues deben priorizarse otras vías distintas a la penal para la solución de conflictos de relevancia jurídica, donde solo determinados bienes jurídicos, importantes, necesarios e indispensables para la viabilidad de las interrelaciones y la cohesión del sistema social y político ingresan en el ámbito penal, los que a su vez configuren un alto grado de insoportabilidad social. Por consiguiente, dado que los montos objetos 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. [...]

➤ **Decisión final**

Declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia, 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 Pública -falsificación de documentos, sub tipo adulteración de documento privado- en agravio de la Municipalidad Provincial De Abancay.

➤ **Comentario y Análisis**

Para este recurso materia de análisis el comportamiento del imputado no constituye apropiación, debido a que los montos apropiados son ínfimos, precisando que solo determinados bienes jurídicos, importantes, necesarios e indispensables para la viabilidad de las interrelaciones y la cohesión del sistema social y político ingresan en el ámbito penal. Lo que a nuestro parecer resulta una falacia, ya que en anteriores ejecutorias se ha podido evidenciar que los montos ínfimos configuran el delito de peculado pero no son pasibles de sanción penal debido al principio de mínima intervención y su componentes principio de fragmentariedad y subsidiariedad; bajo esta premisa nos preguntamos ¿Las imputaciones de apropiaciones ínfimas en el delito de peculado en qué nivel de análisis de la teoría del delito se ubica?; o ¿Si hay una afectación mínima de un bien jurídico significa atipicidad?, ¿Qué consecuencias trae la aplicación de los principios de mínima intervención,

fragmentariedad y subsidiariedad?, esbozando la primera pregunta en un sentido crítico, podríamos decir, para que opere el principio de fragmentariedad se debe contar con una conducta lesiva de bienes jurídicos, es decir, si no hay conducta, ni siquiera podríamos analizar el principio de fragmentariedad, entonces cuando la Suprema Sala indica que no se configura la apropiación por ser ínfimo el monto apropiado, resultaría absurdo; recordando que el análisis del delito es escalonado, no podemos decir, si se afecta o no un bien jurídico si no hemos determinado la conducta. La segunda interrogante respondería más bien al principio de fragmentariedad, es decir, existe lesión del bien jurídico, pero no son las que revisten mayor entidad; y la tercera pregunta tiene que ver con eximir la sanción penal, en aplicación de los principios en mención, ya que por estos se tiene una conducta típica, antijurídica y culpable, pero no punible, debido a que la afectación del bien jurídico es mínimo, al ser de esa naturaleza en aplicación del principio de subsidiariedad se da el paso a otros medios de control social menos lesivos que el derecho penal.

f) Caso N° 06 - R.N. N° 3763-2011-Huancavelica

➤ **Datos Generales**

R.N. N° : 3763-2011-Huancavelica

Imputado : Ricardo Alejandro Vera Donaires

Agraviado : Universidad Nacional de Huancavelica

Fecha : 29 de enero del 2013

➤ **Hechos materia del proceso**

El recurso de nulidad interpuesto por el sentenciado Ricardo Alejandro Vera Donaires contra la Sentencia conformada del veintiocho de junio de dos mil once.

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, haber utilizado papel membretado de propiedad de dicha casa de estudios -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.

➤ **Pronunciamiento judicial**

En esa línea de ideas uno de los principios fundamentales legitimadores del Derecho Penal es el Principio de Intervención Mínima, admitido únicamente por la doctrina penal, según el cual el Derecho Penal ha de reducir su intervención a aquello que sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general [...], de manera carece de sentido la intervención el derecho 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 o más satisfactoriamente posible tanto para el imputado como para la sociedad. Es así como se muestra el carácter subsidiario del Derecho penal también denominado de ultima ratio, que, al orientar la solución del conflicto a una sanción menos gravosa que la pena delimita el campo de acción de la intervención penal únicamente a aquello que sirva eficazmente a la prevención general positiva de la pena.

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

➤ **Decisión final**

Declararon HABER NULIDAD en la sentencia conformada del veintiocho de junio de dos mil once, que condenó a Ricardo Alejandro Vera Donaires como autor del delito contra la administración pública, en la 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.

➤ **Comentario y Análisis**

En primer lugar, debe precisarse de algunas observaciones que no guardan relación con el trabajo de investigación, sin embargo, es necesario mencionarlos, siendo el tema de la calificación jurídica que se realizó en el hecho materia de imputación, el delito de peculado por utilización, cuando debió imputarse peculado por apropiación, y el juzgado sentencio por el delito de peculado de uso, afectando el principio de congruencia; los mismos que no serán materia de profundización en el presente trabajo de investigación, siempre teniendo presente estas circunstancias, se procede con los análisis respectivos.

Teniendo en cuenta, que en el presente trabajo de investigación nos ocupa el principio de mínima intervención en relación al delito de peculado, indicamos que en el caso materia de análisis se indica que no toda lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tienen 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, al respecto nos preguntamos ¿el presente recurso indica algún criterio para saber que comportamientos son sumamente reprochables?, claro debe tenerse en cuenta que ello está en relación a la afectación o puesta en peligro del bien jurídico, pero en el caso en concreto la Suprema Sala enseña que el comportamiento sumamente reprochable se encuentra en relación al monto apropiado, entonces nos volvemos a preguntar ¿hasta qué monto de

apropiación el recurso materia de análisis toleraría o seguiría diciendo que no es un comportamiento sumamente reprochable?, para ser sinceros no existe un punto de partida cuantitativo u otro criterio para considerar el inicio de lo reprochable o de lo *sumamente* reprochable. Ahora bien, si dejáramos tal conflicto de interés a otro medio de control social menos lesivo, es decir, las apropiaciones minúsculas, en que otra materia tendría que ser reprochada, ¿será en el derecho administrativo disciplinario?, ¿será sancionado como falta?, ¿o será impune?, tanto en el derecho administrativo disciplinario como el proceso especial de faltas se rigen también por el principio de legalidad, por lo que, se podrá sancionar aquella conducta como infracción de deberes hacia la administración pública, pero no específicamente por la apropiación de caudales del estado; este último supuesto es técnicamente impune.

g) Caso N° 07 - A.V. N° 09-2015-1 (Sala Penal Especial de la Corte Suprema)

➤ **Datos Generales**

A.V. N° : 09-2015-1 (Sala Penal Especial de la Corte Suprema)

Imputado : Eva Giselle García León

Agraviado : Procuraduría Pública del Ministerio de Energía y Minas

Fecha : 14 de marzo del 2016

➤ **Hechos materia del proceso**

El recurso de apelación interpuesto por el representante del Ministerio Público y Procurador Público Especializado en Delitos de Corrupción contra la resolución del cinco de febrero de dos mil dieciséis 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.

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.

➤ **Pronunciamiento judicial**

Se imputa el delito de peculado a un funcionario público al haberse apropiado la suma de S/. 133.00 soles del fondo de caja chica de la Procuraduría del Ministerio de Energía y Minas [...]. “3.2.3. En ese sentido entiéndase 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 el principio de mínima intervención, el derecho penal no acude a sancionar dicha conducta”.

➤ **Decisión final**

Declararon **INFUNDADA** los recursos de apelación interpuestos por el representante del Ministerio Público y el representante de Procuraduría Pública Especializada en Delitos de corrupción, en consecuencia **CONFIRMARON** la resolución del cinco de febrero de dos mil dieciséis 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.

➤ **Comentario y Análisis**

El recurso materia de análisis indica que el ilícito ocasionado tenga una alta trascendencia que altere el desarrollo normal de la sociedad, en el presente caso se imputa el delito de peculado, por una apropiación de ciento treinta y tres soles; lo que la Suprema Sala considera que tal conducta ilícita no ha alterado el desarrollo normal de la sociedad al no tener una alta trascendencia el ilícito en mención, entendemos que es debido al monto, precisándose que si hay configuración del tipo penal imputado conforme indica la Suprema Sala; sin embargo, no es pasible de sanción en aplicación del principio de mínima intervención, entiéndase entonces dentro de las categorías de la teoría del delito podemos decir que es una conducta típica, pero no punible.

5.1.5. El Estado como titular del *IUS PUNIENDI* y sus límites

En un Estado social democrático de derecho, quien tiene el monopolio de imponer sanciones como reacción a un hecho criminal, es el Estado; en la doctrina se sostiene

que la potestad sancionadora le esta encomendado al Estado, toda vez, que se busca que un tercero imparcial intervenga en la solución del conflicto o mejor dicho en la imposición de una sanción, de esta forma se busca resguardar que la decisión adoptada no sea abusivo e irracional, como sucedería en épocas anteriores dejándose llevar por la venganza, e imponiendo las sanciones más crueles y despiadadas, de esta manera se busca imponer consecuencias jurídicas o sanciones al margen de los principios políticos-criminales, convirtiéndose en un freno para el Estado en su potestad sancionadora; entre ellos el principio de mínima intervención, como principio garantista, el mismo que también es conocido como el principio de ultima ratio, que como tal, el derecho penal debe intervenir en los casos estrictamente necesarios, cuando los demás medios de control formal, fracasaron, es decir, el derecho penal es la última instancia, en suma, la intervención penal solo se justifica cuando es estrictamente necesario para la protección de los ciudadanos, expresándose este principio en dos sub principios de subsidiariedad y fragmentariedad, el primero se refiere a que la intervención del derecho penal es secundario, siendo el último recurso a utilizarse cuando han fracasado los demás medios de control social, y el segundo se refiere a que el derecho punitivo no castiga toda conducta lesiva de un bien jurídico, si no, solo aquellos que revisten de mayor entidad, constituyendo de esta manera un freno para la potestad sancionadora del Estado.

5.1.6. Relación entre el principio de mínima intervención y el delito de peculado

Un elemento del tipo penal de peculado es el perjuicio económico, el delito como tal es una expresión de la criminalización primaria, en la que se expresa como norma prohibitiva “no apropiarse de caudales o efectos del Estado”, y como consecuencia

jurídica una pena privativa a de la libertad entre otros (multa e inhabilitación), esta última como potestad punitiva del estado, se encuentra, restringido por el principio garantista de mínima intervención o de ultima ratio, es decir, la potestad sancionadora se encuentra limitado, en este entender el Estado no sanciona toda lesión del bien jurídico, sino solo aquellas conductas que tengan mayor trascendencia o mayor entidad en la afectación del bien jurídico; en el delito de peculado en concreto afirmamos, si existiera una afectación al bien jurídico mínimo, en atención al principio de fragmentariedad no sería punible, y así también lo ha sostenido la Corte Suprema en los recursos materia de análisis de la presente, eso quiere decir, que solo es merecedor de pena aquellas conductas que lesiona bienes jurídicos de mayor trascendencia, y la pregunta que incidimos en el trabajo de investigación sería ¿Cuál sería ese parámetro para entender que el delito de peculado es punible en función a la cuantía?, ya que como se viene desarrollando la Corte Suprema indicó que cuando el monto apropiado es ínfimo, no es punible, entiéndase entonces que la Corte Suprema, mide la afectación del bien jurídico en función a la cuantía, por lo que, no existiría un parámetro para comprender cuando se habría afectado lo suficientemente para considerar punible la conducta en función al monto apropiado, es decir, si nos vamos a la otra cara de la moneda del principio de fragmentariedad, cuando dice que no es punible la lesión mínima del bien jurídico, si no las que revisten de mayor trascendencia, ¿Dónde empezaría a revestir mayor trascendencia en la afectación del bien jurídico?, en el delito trabajado a la fecha la Corte Suprema ha estado estableciendo *hasta que monto no es punible*, de una revisión más precisa se tiene del Recurso de Nulidad N°1336-2012-Apurimac, la imputación del monto apropiado es de *S/. 541.17 soles*, monto que la Corte Suprema ha considerado ínfimo, en consecuencia, no punible, en virtud al principio de fragmentariedad,

entiéndase que por este monto no se afectó gravemente el bien jurídico, por este motivo considero que se debe establecer un monto mínimo de apropiación en el delito de peculado.

5.1.7. La cuantía como problema del perjuicio económico

El profesor Hugo (2016) indica que “el delito no está supeditado a consideraciones de cuantía, por lo que la mínima lesividad que justifica la intervención penal, no tiene relevancia con el monto económico mínimo. La referencia económica si es relevante el tipo agravado como veremos luego.” (p. 264). En similar sentido Salinas (2011) refiere que “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. Así lo tiene establecido la jurisprudencia desde la aplicación del código penal de 1924”. Como se puede evidenciar esta postura nos indica que el tipo penal de peculado se configurara así el monto apropiado sea mínimo, ya que como indican el monto económico apropiado no tiene relevancia en el tipo base, pero si en el tipo agravado. Ahora cuando el profesor Salinas precisa que así el monto apropiado sea mínimo el tipo penal de peculado se configura, es muy cierto, pero ello no significa que sea punible, pues en aplicación del principio de fragmentariedad, esta conducta que lesiona el bien jurídico mínimo, está exento de punibilidad.

Por otro lado, Peña (2016) refiere que “es un punto importante a saber es que el legislador nacional no ha condicionado la perpetración del injusto de peculado al valor del bien (efectos y caudales) tal como sucede en el caso del hurto, por lo que se estimaría configurado este ilícito penal cuando el funcionario se lleva a su casa el lapicero (un sol) que le fue confiado en razón de su cargo. La interpretación de la

normativa penal no puede apegarse en un sentido literal, que si bien puede resultar correcto desde un prisma de estricta legalidad ha de ser incorrecto desde los criterios legitimantes de un derecho penal democrático, que ha de ejercer filtros de corrección normativa conforme a criterios de relevancia jurídico-penal, de manera que habría que rechazarse dicha conducción típica, dejando a salvo la responsabilidad administrativa –si la hubiere- máxime si dicho objeto le ha sido dado para su uso, caso distinto es de verse cuando el servidor todos los días se apropia de un lapicero perteneciente a la administración” (p. 354).

Continúa señalando Peña (2016) “que tampoco se ha considerado la cuantificación significativa del bien como circunstancia de agravación, lo que ha importado dicha cualidad ha sido el destino final de bien. Esta explicación Peña parafraseando a Álvarez, refiere que la hallamos en la naturaleza jurídica del delito de peculado. Sostuvimos que el fundamento material que el injusto no radica en un basamento patrimonialista sino en la infracción de los deberes inherentes al cargo funcional, sin defecto de reconocer el principio de –no lesividad patrimonial- como uno de los aspectos por los cuales se sustenta en el desvalor de la conducta.” (p. 354).

Rojas (2014) precisa “que me apropie de bienes con un valor mínimo como el caso de un funcionario que se apropie de cuatro hojas de papel bond y un borrador, lo cual sería un delito de bagatela.” (p.175).

Esta postura considera que la cuantía en el delito de peculado es relevante, no cualquier monto materia de apropiación puede ser punible, si bien es cierto el tipo penal de peculado no establece un monto como el delito de hurto, sin embargo, debe considerarse que las apropiaciones mínimas no pueden ser punibles, claro está desde

nuestra postura, es decir, considerando el bien jurídico como *el patrimonio de la administración pública entendido de manera funcional*, ya que, *la infracción del deber solo es un elemento más del tipo penal*; ahora bien, si nos inclináramos por la postura pluriofensivo del objeto de protección del delito de peculado, ahí si diríamos que no importaría la cuantía en el delito de peculado, daría lo mismo la apropiación de diez céntimos o diez millones de soles, ya que, con la apropiación de estos monto se lesionaría en igual proporción al bien jurídico, porque no se podría infringir el deber de lealtad o probidad de una manera ínfima, debido a que son valores éticos.

Entonces continuando con el análisis, de que las apropiaciones mínimas en el delito de peculado no son punibles, señalamos que ello se debe al principio de mínima intervención, en específico al principio de fragmentariedad, ya que, por ello, por más lesión que hubiese al bien jurídico, no es punible, ya que, por este principio el derecho penal solo castiga las conductas que lesionan bienes jurídicos de mayor trascendencia, en el presente trabajo de investigación, se ha podido evidenciar en los pronunciamientos de la Corte Suprema, que las apropiaciones mínimas no son punibles en atención al principio de mínima intervención y sus sub principios de subsidiariedad y fragmentariedad, el problema que surge aquí es, ¿hasta qué punto opera el principio de fragmentariedad?, es decir, ¿las apropiaciones mínimas hasta que monto dejan de ser punibles en virtud a este principio?, no se encontró un monto en las Ejecutorias Supremas, o algún criterio que les ponga un parámetro, lo que podría conllevar, excesos abusivos o impunidades injustas. Motivo por el cual soy de la postura que se inserte un monto de apropiación en el delito de peculado para su configuración.

Las posibles críticas que saltarían con nuestra propuesta sería, que se pretendería abogar por la impunidad, lo cual no sería cierto, ya que estas apropiaciones mínimas deberían dejarse al derecho administrativo sancionador, puesto que el derecho penal en virtud al principio de subsidiariedad, deja a otras vías la solución del conflicto cuando la conducta no afecte gravemente el normal desarrollo de la sociedad, y así no se deja impune ninguna conducta, sino que solo se dosifica la sanción, dejando al derecho penal, con las penas drásticas, para las conductas que alteran el orden interno gravemente.

5.1.8. Legislación comparada

➤ Código Penal Español

Cabe precisar que el Código Penal Español regula el delito de peculado, con la nomenclatura de malversación, el cual regula textualmente en los siguientes artículos de la siguiente manera:

Artículo 252. 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.

De la malversación

Artículo 432. 1. La autoridad o funcionario público que cometiere el

delito del artículo 252 sobre el patrimonio público, será castigado con una pena de prisión de dos a seis años, inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años. 2. Se impondrá la misma pena a la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 253 sobre el patrimonio público. 3. Se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si en los hechos a que se refieren los dos números anteriores hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes: a) se hubiera causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público, o b) el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros. Si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000 euros, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

Artículo 433. *Los hechos a que se refiere el artículo anterior serán castigados con una pena de prisión de uno a dos años y multa de tres meses y un día a doce meses, y en todo caso inhabilitación especial para cargo o empleo público y derecho de sufragio pasivo por tiempo de uno a cinco años, cuando el perjuicio causado o el valor de los bienes o valores apropiados sea inferior a 4.000 euros.*

Primero debo hacer la precisión que el delito de peculado en España es conocido como el delito de malversación, en el cual se hace énfasis que nos avocaremos a un análisis del elemento objetivo del perjuicio económico, se

tiene que en España es punible las a apropiaciones menores a 400 euros, y se va incrementando las penas de acuerdo al monto del perjuicio económico causado; llevando a la moneda nacional diríamos que España considera punible a las apropiaciones menores de **S/. 1,675.43 soles** aproximadamente, ya que, el tipo de cambio es variante, considerando con unas penas menores.

➤ **Código Penal Chileno**

Cabe precisar que el Código Penal Chileno regula el delito de peculado, con la nomenclatura de malversación de caudales públicos, el cual regula textualmente, en el siguiente artículo, de la siguiente manera:

Malversación de caudales públicos

Artículo 233.- *El empleado público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los substraiga o consintiere que otro los substraiga, será castigado: 1.º Con presidio menor en su grado medio y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si la sustracción excediere de una unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales. 2.º Con presidio menor en su grado máximo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si excediere de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta unidades tributarias mensuales. 3.º Con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si excediere de cuarenta unidades tributarias mensuales. En todos los casos, con la pena de inhabilitación absoluta temporal en su grado mínimo a*

inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos.

También debo precisar que el delito de peculado en Chile es conocido como el delito de malversación de caudales públicos, en el cual se hace énfasis que nos avocaremos a un análisis del elemento objetivo del perjuicio económico, se tiene que en Chile es punible las apropiaciones que sean superior a cuarenta unidades tributarias mensuales, lo que equivale a 50.372 peso chileno, y convertido en la moneda peruana sería **S/. 233.31 soles**, aproximadamente, siempre utilizamos esta palabra, ya que, el tipo de cambio siempre es variante, y a partir de ahí la pena se incrementa de acuerdo al monto apropiado.

➤ **Código Penal de El Salvador**

Cabe precisar que el Código Penal de El Salvador regula el delito de peculado, en el siguiente artículo, de la siguiente manera:

Peculado

Artículo 325.- *El funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público que se apropiare en beneficio propio o ajeno, de dinero, valores, especies fiscales o municipales u otra cosa mueble de cuya administración, recaudación, custodia o venta estuviere encargado en virtud de su función o empleo o diere ocasión a que se cometiere el hecho será sancionado con pena de prisión de acuerdo a las reglas siguientes:*

Si el peculado fuere hasta cien mil colones, la sanción será de seis a ocho años.

Cuando fuere superior a cien mil colones, pero inferior o igual a quinientos mil colones, la sanción será prisión de ocho a diez años.

Si el peculado fuere superior a quinientos mil colones, la sanción será prisión de doce a quince años.

Asimismo, debo precisar que el delito de peculado en El Salvador es punible desde el monto más mínimo y se gradúa la pena de acuerdo a la cantidad del monto apropiado, si el monto apropiado no es superior o igual a cien mil colones tiene una pena de seis a ocho años; y, cien mil colones equivalen a **S/. 592.21 soles**; y progresivamente se irá incrementando la pena de acuerdo a la cantidad del monto apropiado.

➤ **Código Penal de Honduras**

Cabe precisar que el Código Penal de Honduras regula el delito de peculado, con la nomenclatura de malversación de caudales públicos, el cual regula textualmente, en el siguiente artículo, de la siguiente manera:

Malversación de Caudales Públicos

Artículo 370. *El funcionario o empleado público que se apropie de caudales, bienes o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo o que sin habersele confiado interviene en dichos actos por cualquier causa, será penado con reclusión de dos (2) a cinco (5) años si el valor de aquéllos no excede de un mil lempiras (L.1,000.00) y de seis (6) a doce (12) años si sobrepasa de dicha cantidad, más inhabilitación absoluta por el doble del tiempo que dure la reclusión. Lo dispuesto en este Artículo será*

aplicable también a los directivos de sindicatos, empresas asociativas campesinas, cooperativas, patronatos, asociaciones de beneficencia o deportivas y, en general, a todas las demás entidades civiles análogas.

En similar sentido debo precisar que el delito de peculado en Honduras es conocido como el delito de malversación de caudales públicos, en el cual se hace énfasis que nos avocaremos a un análisis del elemento objetivo del perjuicio económico, se tiene que en Honduras es punible las apropiaciones ínfimas hasta mil lempiras, de ahí es progresivo el incremento de la pena de acuerdo al monto apropiado; y, mil lempiras equivalen a **S/. 142.73 soles**.

➤ **Código Penal de Uruguay**

Cabe precisar que el Código Penal de Honduras regula el delito de peculado, en el siguiente artículo, de la siguiente manera:

***Artículo. 153. Peculado.** El funcionario público que se apropiare el dinero o las cosas muebles, de que estuviere en posesión por razón de su cargo, pertenecientes al Estado, o a los particulares, en beneficio propio o ajeno, será castigado con un año de prisión a seis de penitenciaría y con inhabilitación especial de dos a seis años.*

***Artículo. 154. Circunstancia atenuante.** Constituye una circunstancia atenuante especial, el hecho de tratarse de dinero o cosas de poco valor y la reparación del daño previamente a la acusación fiscal.*

Finalmente tenemos que en Uruguay no se precisa montos en el perjuicio económico, sin embargo, precisan que constituye una circunstancia de atenuación cuando las apropiaciones son de poco valor; si bien es cierto, no

precisa montos, sin embargo, debe precisarse que la pena se determina en función al monto apropiado.

5.2. Contratación de hipótesis

Hipótesis General

En el plan de investigación se indicó como Hipótesis General, que el delito de peculado es un delito de infracción del deber, tiene como ámbito de protección la correcta administración del erario público; y, la relación que existe con la aplicación del principio de mínima intervención se da en el elemento objetivo del tipo penal de peculado “cuantía”, lo que resulta relevante para la configuración del delito de peculado.

Luego de la investigación se ha podido verificar, que efectivamente el delito de peculado en un tipo penal de infracción del deber, haciendo énfasis que esta infracción del deber es en el entendido como elemento del tipo penal y no como bien jurídico. También se ha podido verificar que el objeto de protección es la correcta gestión del patrimonio público, pero en un sentido funcional, enfatizando que la relación que existe con la aplicación del principio de mínima intervención se da en el elemento objetivo del tipo penal de peculado “cuantía”, lo que resulta relevante para la configuración del delito de peculado.

Hipótesis específicas

Uno de los criterios a tener en cuenta son los fundamentos de las sentencias emitidas por la Corte Suprema donde establecen ciertas conductas de peculado por apropiación de determinados montos como delito de bagatela, no obstante, no se evidencia argumentos en las que precise hasta que monto debería ser considerado delito de bagatela en aplicación del principio de mínima intervención. Otros de los criterios a tener en cuenta es la

remuneración mínima vital y/o UIT realizando un análisis de costo–beneficio. Otros de los criterios a tener en cuenta son los gastos realizados por el Estado en pericias contables.

Luego de la investigación se ha podido corroborar que esta hipótesis es verdadera.

La mayoría de las sentencias emitidas por la Corte Suprema citan los sub principios de última ratio y fragmentariedad en el delito de peculado doloso por apropiación; sin embargo, ninguno de ellos precisa cual es el límite cuantitativo en aplicación de estos principios para establecer la punibilidad.

Luego de la investigación y análisis de las Ejecutorias Supremas se ha podido verificar que la Corte Suprema no ha establecido ningún criterio o limite en cuanto al monto máximo de apropiación, es decir, hasta que monto operaria el principio de fragmentariedad, ya que, este límite sería el punto de partida de un peculado punible.

La evolución del bien jurídico en el delito de peculado, ha ido plasmando tres posturas: primero al considerar que protege el patrimonio del estado; segundo postura argumenta que se tutela el ejercicio regular de las funciones del funcionario o servidor público; y, tercero consideran que es un delito pluriofensivo.

Luego del trabajo de investigación se ha podido evidenciar que el bien jurídico no ha evolucionado, solo plasmo tres posturas desde su tipificación; primero al considerar que protege el patrimonio del estado; segundo postura argumenta que se tutela el ejercicio regular de las funciones del funcionario o servidor público; y, tercero consideran que es un delito pluriofensivo.

CONCLUSIONES

El delito de peculado es un **delito especial** (funcionario público) y **de infracción de deber** (quebranta un deber asegurado institucionalmente), precisando que la infracción del deber, no es de lealtad y probidad, es decir, una infracción del deber no como bien jurídico, sino como elemento del tipo. Y la relación que guarda es con el principio de fragmentariedad en función a la cuantía, en tanto exime de responsabilidad las apropiaciones ínfimas, las que lesionan el bien jurídico, pero no afectan ni tienen mayor trascendencia. Por otro lado, no es necesario que las sanciones para el delito de peculado de menor cuantía recaigan en el Derecho Penal, al considerarse que el mismo no es el único medio de represión y debe limitarse a lo indispensable; asimismo se tiene que los hechos de peculado por mínima intervención no dejan de ser irregulares y es justamente a través de la vía administrativa que corresponde las sanciones.

La Corte Suprema no ha establecido ningún criterio, en la aplicación del principio de mínima intervención en el delito de peculado, toda vez, que se limitaron precisar, que no es punible el delito de peculado en apropiaciones ínfimas, dejando un vacío hasta que monto de apropiación seguirá rigiendo el principio de mínima intervención.

En la jurisprudencia de la Corte Suprema de la aplicación de los sub principios de última ratio y fragmentariedad en el delito de peculado doloso por apropiación, se obtuvo que el delito de peculado no es un tipo penal pluriofensivo, con la precisión, de que esta conclusión es del análisis de nuestro trabajo de investigación, al margen de las críticas realizadas a los pronunciamientos de la Corte Suprema, ya que, este órgano Supremo tiene la postura de que el tipo penal de peculado es pluriofensivo. No obstante, como se dijo, si el tipo penal trabajado fuera pluriofensivo no tendría razón de ser el principio de mínima intervención ni los sub principios de subsidiariedad y fragmentariedad en el delito de peculado.

Finalmente arribamos a la conclusión de que el bien jurídico tutelado en el delito de peculado doloso, es de carácter patrimonial en un sentido -sui generis-, puesto que, el objeto de protección es *el patrimonio de la administración pública entendido de manera funcional.*

RECOMENDACIONES

Se recomienda incorporar un párrafo en el cual se establezca una cuantía en el Delito de Peculado, en el sentido de incluir un monto mínimo, o mejor dicho graduar la pena en función a la cantidad del monto apropiado y evitar excesos abusivos y/o impunidades injustas. Por consiguiente, se recomienda que el Art. 387° primer párrafo del Código Penal, que expresamente señala:

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

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

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

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción

de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa.

Se incorpore el siguiente párrafo, quedando de la siguiente manera:

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.

No será punible cuando el valor de lo apropiado de los caudales o efectos sean menor o igual a una remuneración mínima vital.

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

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

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

Nos preguntamos ¿Por qué una remuneración mínima vital?, considero que es el monto más apropiado, debido a que, es referencial en función a lo que ha venido resolviendo los casos de la Corte Suprema, en el transcurso de la investigación se advierte que las casaciones materia de análisis señalaron que no es punible la apropiación de los montos menores en función a los principios ya trabajados, nos preguntamos ¿hasta cuanto alcanza estos montos menores?, la Corte Suprema no ha establecido, sin embargo, el monto más alto que indicó que no es punibles es de S/. 542.54 soles, lo que es cercano a una remuneración mínima vital, ya que no habría otro criterio más cercano que haya considerado la Corte Suprema.

Por otro lado, se tiene del análisis de la legislación comparada, que son punibles las apropiaciones de montos menores o mayores, precisando que en el presente trabajo de investigación no enfocamos nuestro análisis en los demás elementos del tipo, si no es más al perjuicio económico, es el caso de España, El Salvador y Honduras, las apropiaciones mínimas

se dan hasta S/. 1,675.43 soles, S/. 592.21 soles y S/. 142.73 soles, respectivamente; es decir, son muy cercanos a una remuneración mínima vital en Perú, y resulta ser más razonable; puesto que no considero una UIT, ya que, el aumento es anual.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abanto, M.A. (2001). Los delitos contra la administración pública en el código penal peruano. Primera edición. Lima: Palestra editores.

Abanto, M.A. (2014). Dogmática Penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública. Lima: Grijley.

Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ (Pleno Jurisdiccional de los Vocales Supremos en lo Penal del 2005).

Arismendiz, E. (2018). *Manual de delitos contra la administración pública*. Primera edición. Lima: Editorial Instituto Pacifico.

Cáceres, R.E. (2012). *El delito de peculado aspectos sustantivos y procesales*. Primera edición. Lima: Editorial Idemsa.

Calcina, A. y Paredes, J.A. (2021) Delitos contra la administración pública. Tomo I. Primera edición. Lima: Grijley.

Calderón, A.C. (2012). El ABC del Derecho Penal. Segunda edición. Lima: Editorial San Marcos E.I.R.L.

Díaz, P. (2018). *La exigencia de un monto mínimo para la configuración típica del delito de peculado, Tacna 2014 – 2017*. Tacna – Perú. [consulta: 17 de julio del 2019]. Disponible en <http://repositorio.upt.edu.pe/handle/UPT/575>.

García, P. (2008). *Lecciones del derecho penal parte general*. Lima: Editorial Grijley.

Hugo, S.J. (2016). *El delito de peculado*. En Gaceta Penal & Procesal Penal. (2016). *Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*. Primera Edición. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

Hurtado, M.A. (2013). *Todavía existen algunos problemas en el desarrollo del precedente Judicial*. En revista La Ley una publicación de la Revista Gaceta Jurídica. Año 6/Nº 64/Del 01 al 31 de mayo del 2013.

Hurtado, J. (2016). *El sistema de control penal*. Primera Edición. Lima: Instituto Pacífico S.A.C.

Hurtado, J. (2005). *Manual de Derecho Penal Parte General I*. 3ª Edición. Lima: Editorial Grijley.

Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Penal. (1999). *Guía Metodológica del Abogado*.

Martos, J. El principio de intervención penal mínima. [Consulta: 13 marzo 2020]. Disponible <https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/72110/EI%20principio%20de%20intervenci%C3%B3n%20penal%20m%C3%ADnima.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

Nolasco, J. y Ayala, E. (2013) *Delitos contra la Administración Pública*. 1ª edición. Lima: Ara Editores.

Oscuvilca, A.L. y Córdova, M.R. (2012). *Ética & Sociedad*. Primera Edición. Huancayo: Editor Antonio Leopoldo Oscuvilca Tapia.

Pacheco, C.L. (2017). *Tratamiento jurídico diferenciado en el delito de peculado respecto al Principio de Proporcionalidad en el Poder Judicial de Lima Centro — 2016*. Lima – Perú. [consulta: 17 julio 2019]. Disponible en <http://repositorio.ucv.edu.pe/handle/UCV/23301>.

Pariona, R.B. (2011). *El delito de peculado como delito de infracción de deber.* [consulta: 13 marzo 2020]. Disponible en https://www.academia.edu/32597781/El_delito_de_peculado_como_delito_de_infracción_de_deber.

Peña, A.R. (2004). *Derecho penal Peruano Teoría General de la imputación del delito.* Lima: Editorial Rodhas.

Peña, A.R. (2011). *Derecho penal parte especial.* Primera edición actualizada. Reimpresión. Tomo V. Lima: Editorial Moreno.

Peña, A.R. (2014). *Derecho penal parte especial.* Segunda edición. Tomo V. Lima: Editorial Moreno.

Peña, A.R. (2016). *Delitos contra la administración pública.* Primera Edición. Lima: Editorial Instituto Pacifico.

Polaino, M (2004). *Derecho Penal Modernas Bases Dogmáticas.* Lima: Editorial Jurídica Grijley.

Puig, S. (2004). *Derecho Penal Parte General. 7ª Edición.* Argentina: Editorial B de F Montevideo – Buenos Aires.

Puig, S. (2006). *Estado, Pena y Delito.* Argentina: Editorial B de F Montevideo – Buenos Aires.

Reátegui, J. (2014). *Manual de Derecho Penal –Parte General.* Lima: Instituto Pacífico S.A.C.

Reátegui, J. (2015). *Delitos contra la administración pública en el código penal.* Lima: Jurista Editores.

Reyna, L.M (2018). *Derecho Penal Parte General.* 2ª edición. Lima: Editora Grijley E.I.R.L.

Rojas, F. (2004). *Estudios de Derecho Penal Doctrina y Jurisprudencia*. Primera Edición. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.

Rojas, F. (2013). *El delito de peculado y malversación de fondos*. En Cancho, R.E. (2014). *La imputación del delito y la pena en los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Ediciones Jurídicas del Centro.

Rojas, F. (2016). *Manual Operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*. Primera edición. 1.a reimpresión actualizada. Lima: Editorial Nomos & Thesis EIRL.

Rodríguez, G. *Derecho Penal Parte General*. Editorial Civitas S.A.

Rubio, M. (1991). *El Sistema Jurídico Introducción al Derecho*. QUINTA EDICIÓN Corregida y Aumentada. Lima: Fondo Editorial de Pontificia Católica del Perú.

Salinas, R. (2009). *Delitos contra la administración pública*. Lima: Editorial Jurídica Grijley.

Salinas, R. (2013). *El delito de peculado en la legislación, jurisprudencia y doctrina peruana*. En Heydegger, F. R. y Jhuliana, A. P. (2013). *Delitos contra la administración Pública*. Lima: Editorial Idemsa.

Salinas, R. (2019). *Delitos contra la administración pública*. Lima: Editorial Iustitia SAC.

Sánchez-Vera, J. (2002). *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Barcelona: Marcial Pons.

Torres, A. (2001). *Introducción al Derecho*. Lima: Temis S.A.

Villavicencio, F. (2006). *Derecho penal parte general*. Lima: Editorial Jurídica Grijley.

Zafaroni, E.R. (2009). *Estructura Básica del Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar.

Poder Judicial del Perú. En www.pj.gob.pe (Consulta: 30-01-20).

Bibliografía Metodológica

Andrés, A. (2006). *Metodología de la Investigación Científica*. Tercera edición. Lima: Editorial San Marcos.

Bunge, M. (2003). *La ciencia su método y su filosofía*. Buenos Aires: Ediciones siglo veinte.

Hernández, R., Fernández, y Baptista C. (2010). *Metodología de la Investigación*. Quinta edición. México: Editorial Mexicana.

Pino, Raúl. (2014). *Metodologías de la investigación*. Tercera reimpresión. Lima: Editorial San Marcos E.I.R.L.

Velazco, N. (s/f). *Preguntas claves para hacer una tesis*. Lima: Centro de investigación promoción y defensa de los derechos humanos.

ANEXOS:

MATRIZ DE CONSISTENCIA

TITULO: “La naturaleza del delito de peculado y la aplicación del principio de mínima intervención en la determinación de la cuantía para su configuración en la jurisprudencia de la Corte Suprema del Perú”.

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPOTESIS	VARIABLES
<p>GENERAL: ¿Es la naturaleza del delito de peculado y qué relación existe con la aplicación del principio de mínima intervención, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República?</p> <p>ESPECÍFICOS: ¿Cuáles son los criterios para establecer el límite cuantitativo de la aplicación del principio de mínima intervención en el delito de peculado doloso por apropiación en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República?</p> <p>¿Cuáles son los resultados obtenidos de la aplicación de los sub principios de última ratio y fragmentariedad en el delito de peculado doloso por apropiación en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República?</p> <p>¿Cómo ha evolucionado el bien jurídico tutelado en el delito de peculado doloso en la doctrina y en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú?</p>	<p>GENERAL: Identificar la naturaleza del delito de peculado y la relación existente en la aplicación del principio de mínima intervención, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la República.</p> <p>ESPECÍFICOS: Determinar los criterios para establecer el límite cuantitativo de la aplicación del principio de mínima intervención en el delito de peculado doloso por apropiación en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de la República.</p> <p>Analizar los resultados obtenidos de la aplicación de los sub principios de última ratio y fragmentariedad en el delito de peculado doloso por apropiación en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de la República.</p> <p>Describir la evolución del bien jurídico tutelado en el delito de peculado doloso en la doctrina y en la Jurisprudencia de la Corte Suprema del Perú.</p>	<p>GENERAL: El delito de peculado es un delito de infracción del deber, tiene como ámbito de protección la correcta administración del erario público; y, la relación que existe con la aplicación del principio de mínima intervención se da en el elemento objetivo del tipo penal de peculado “cuantía”, lo que resulta relevante para la configuración del delito de peculado.</p> <p>ESPECÍFICOS: Uno de los criterios a tener en cuenta son los fundamentos de las sentencias emitidas por la Corte Suprema donde establecen ciertas conductas de peculado por apropiación de determinados montos como delito de bagatela, no obstante, no se evidencia argumentos en las que precise hasta que monto debería ser considerado delito de bagatela en aplicación del principio de mínima intervención. Otros de los criterios a tener en cuenta es la remuneración mínima vital y/o UIT realizando un análisis de costo–beneficio. Otros de los criterios a tener en cuenta son los gastos realizados por el Estado en pericias contables.</p> <p>La mayoría de las sentencias emitidas por la Corte Suprema citan los sub principios de última ratio y fragmentariedad en el delito de peculado doloso por apropiación; sin embargo, ninguno de ellos precisa cual es el límite cuantitativo en aplicación de estos principios para establecer la punibilidad.</p> <p>La evolución del bien jurídico en el delito de peculado, ha ido plasmando tres posturas: primero al considerar que protege el patrimonio del estado; segundo postura argumenta que se tutela el ejercicio regular de las funciones del funcionario o servidor público; y, tercero consideran que es un delito pluriofensivo.</p>	<p>VI: Peculado doloso por apropiación</p> <p>VD: Principio de Mínima Intervención</p>

Ejecutorias Supremas