

**UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES**

**Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**

**Escuela Profesional de Derecho**



**TESIS**

**DELITO DE RETARDO INJUSTIFICADO DE PAGO Y  
PRINCIPIO DE ÚLTIMA RATIO DEL DERECHO  
PENAL EN JUNÍN EL 2023**

Para optar	:	El título profesional de abogado
Autor	:	Bach. Castro Ramos Francis Paolo
Asesor	:	Dr. Oscurilla Tapia Antonio Leopoldo
Línea de investigación Institucional	:	Desarrollo Humano y Derechos
Área de investigación Institucional	:	Ciencias Sociales
Fecha de inicio y de culminación	:	13-05-2023 a 08-06-2023

HUANCAYO-PERÚ

2023

**HOJA DE DOCENTES REVISORES**

DR. LUIS ALBERTO POMA LAGOS  
Decano de la Facultad de Derecho y CC.PP.

MG. CHUQUILLANQUI GALARZA ROSARIO MERCEDES  
Docente Revisor Titular 1

MG. GOMEZ ESPLANA LUIS JULIO  
Docente Revisor Titular 2

ABG. BRAVO CONTRERAS JACOB ELIAS  
Docente Revisor Titular 3

ABG. GOMERO QUINTO JOSE GODOFREDO  
Docente Revisor Suplente

**DEDICATORIA**

Esta tesis va dedicada a mis familiares, en especial a mi señora abuela, a mi señora madre y a mi señorita tía, quienes fueron la fuerza detrás de toda la elaboración.

### **AGRADECIMIENTO**

Especial agradecimiento a la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín, especialmente a las señoritas Fiscales Joshelyn Angelica Yurivilca Ramos y Bonnie Brandy Bautista Catunta quienes me apoyaron en la formulación del problema y el establecimiento de la Bases Teóricas. Gracias infinitas.

## CONSTANCIA DE SIMILITUD



**UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES**  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
DIRECCIÓN DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN



# CONSTANCIA

TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN POR EL SOFTWARE DE PREVENCIÓN DE PLAGIO  
TURNITIN

El Director de la Unidad de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, hace constar por la presente, que el informe final de tesis titulado:

**“DELITO DE RETARDO INJUSTIFICADO DE PAGO Y PRINCIPIO DE ÚLTIMA RATIO DEL DERECHO PENAL EN JUNÍN EL 2023”**

**AUTOR (es) : CASTRO RAMOS FRANCIS PAOLO.**  
**ESCUELA PROFESIONAL : DERECHO**  
**FACULTAD : DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**  
**ASESOR (A) : DR. OSCUVILCA TAPIA ANTONIO LEOPOLDO.**

Que fue presentado con fecha: **11/07/2023** y después de realizado el análisis correspondiente en el software de prevención de plagio Turnitin con fecha: **12/07/2023**; con la siguiente configuración del Software de prevención de plagio Turnitin:

- Excluye bibliografía.
- Excluye citas.
- Excluye cadenas menores a 20 palabras
- Otro criterio (especificar)

Dicho documento presenta un porcentaje de similitud de **14 %**

*En tal sentido, de acuerdo a los criterios de porcentajes establecido en el artículo N° 11 del Reglamento de uso de software de prevención del plagio, el cual indica que no se debe superar el 30%. Se declara que el trabajo de investigación: Si contiene un porcentaje aceptable de similitud.*

Se otorga la presente constancia a solicitud del interesado, para los fines convenientes.

Huancayo, 14 de julio del 2023.

Dr. Oscar Lucio Ninamango Solís  
DIRECTOR DE LA UNIDAD DE INVESTIGACIÓN  
DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CC.PP.

## CONTENIDO

HOJA DE DOCENTES REVISORES .....	ii
DEDICATORIA.....	iii
AGRADECIMIENTO.....	iv
CONSTANCIA DE SIMILITUD .....	v
RESUMEN.....	ix
ABSTRACT .....	x
INTRODUCCIÓN .....	xi
CAPÍTULO I: DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA.....	14
1.1. Descripción de la Realidad Problemática.....	14
1.2. Delimitación del Problema.....	16
1.2.1. Delimitación Espacial.....	16
1.2.2. Delimitación Temporal.....	17
1.2.3. Delimitación Conceptual .....	17
1.3. Formulación del Problema .....	17
1.3.1. Problema General .....	17
1.3.2. Problemas Específicos.....	17
1.4. Justificación de la Investigación.....	18
1.4.1. Justificación Social.....	18
1.4.2. Justificación Científica – Teórica.....	18
1.4.3. Justificación Práctica.....	19
1.4.4. Justificación Metodológica .....	19
1.5. Objetivos de la Investigación .....	19
1.5.1. Objetivo General.....	19
1.5.2. Objetivos Específicos .....	19
1.6. Supuestos de la Investigación.....	20

1.6.1. Supuestos General .....	20
1.6.2. Supuestos Específicas .....	20
1.6.3. Operacionalización de las Categorías .....	20
1.7. Propósito de la Investigación .....	25
1.8. Importancia de la Investigación .....	25
1.9. Limitaciones de la Investigación .....	26
<b>CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO .....</b>	<b>28</b>
2.1. Antecedentes de la Investigación .....	28
2.1.1. Antecedentes Internacionales .....	28
2.1.2. Antecedentes Nacionales.....	33
2.2. Bases teóricas de la Investigación.....	37
2.2.1. Delito de Retardo Injustificado de pago.....	37
2.2.2. Principio de Mínima Intervención o Ultima Ratio del Derecho Penal.....	84
2.3. Marco Conceptual .....	104
<b>CAPITULO III: METODOLOGÍA .....</b>	<b>106</b>
3.1. Enfoque Metodológico y Postura Epistemológica: .....	106
3.1.1. Enfoque Metodológico .....	106
3.2. Metodología Paradigmática.....	108
3.3. Diseño del Método Paradigmático .....	109
3.3.1. Trayectoria del Estudio .....	109
3.3.2. Escenario de Estudio .....	110
3.3.3. Caracterización de los Sujetos o fenómenos .....	110
3.3.4. Técnicas e instrumentos de Recolección de Datos.....	111
3.3.5. Tratamiento de la Información .....	111
3.3.6. Rigor Científico.....	112

3.3.7. Consideraciones Éticas.....	112
CAPÍTULO IV: RESULTADOS.....	114
4.1. Descripción de los resultados.....	114
4.1.1. Análisis de las entrevistas.....	114
4.1.2. Análisis de los Resultados.....	149
4.2. Contratación de las Supuesto.....	152
4.2.1. Contratación de la Supuesto General.....	152
4.2.2. Contratación de las Supuesto Específicas.....	153
4.3. Discusión de Resultados.....	155
4.4. Propuesta de mejora.....	157
CONCLUSIONES.....	159
RECOMENDACIONES.....	162
BIBLIOGRAFÍA.....	163
ANEXOS.....	165
ANEXO 1: Matriz de consistencia.....	166
ANEXO 2: Matriz de Operacionalización de Categorías.....	170
ANEXO 4: Instrumento de recolección de datos.....	172
ANEXO 5: Ficha de Validación de Expertos:.....	175
ANEXO 8: CONSENTIMIENTO INFORMADO.....	179
ANEXO 10: Evidencias Fotográficas.....	188
ANEXO 11: Declaración de Autoría.....	194
ANEXO 12: Evidencias de la investigación:.....	195



## RESUMEN

El **delito de Retardo Injustificado de pago** es un **tipo penal** que sanciona el retardo de pago por parte de un **funcionario o servidor público** que teniendo la disponibilidad de los fondos y el deber de realizar el pago, de forma arbitraria decide no realizar el pago en el tiempo establecido. Esta conducta si bien se presta en **antijurídica**, tiene varios cuestionamientos sobre su naturaleza de injusto penal ya que la gran mayoría de legislaciones no sanciona este injusto por la vía penal, sino por la vía administrativo. Es por ello, que el presente proyecto persigue el cuestionamiento de la superación del injusto a una de las barreras punitivas del **ius puniendi**, el principio de **Mínima Intervención o Última Ratio del Derecho Penal**.

La presente investigación bajo un corte cualitativo, recogió datos por parte de los funcionarios y servidores públicos que conforman la entidad encargada de la investigación del delito en el distrito judicial de Junín, es decir, la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín. Siendo los sujetos específicos, los fiscales y asistentes en función fiscal ya que son ellos quienes conviven día a día con la calificación de este injusto penal.

La forma de recolección de datos fue a través de la entrevista estructurada a fin de obtener la flexibilidad necesaria para el estudio del fenómeno causado por nuestras dos categorías en una forma explicativa del fenómeno de la vulneración del principio de última Ratio.

Finalmente, las conclusiones obtenidas corroboraron los Supuestos planteadas, en el sentido de que el Delito de Retardo Injustificado de Pago tipificado en el artículo 390° del Código Penal no amerita ni legitima la intervención del Derecho Penal debido a su falta de lesividad y poca incidencia, vulnerando así el Principio de Última Ratio del Derecho Penal.

**Palabras clave:** Delito de Retardo Injustificado de pago, Tipo penal, funcionario o servidor público, Antijurídico, Ius Puniendi, Mínima Intervención o Última Ratio del Derecho Penal.

## ABSTRACT

**The crime of Unjustified Delay in Payment** is a **criminal offense** that penalizes the delay in payment by an **room f or public servant** who, having the availability of funds and the duty to make the payment, arbitrarily decides not to make the payment in the set time. Although this conduct is **unlawful**, it has several questions about its unfair criminal nature since the vast majority of laws do not penalize this unfair through criminal proceedings, but rather through administrative proceedings. That is why this xroom f pursues the questioning of the unjust overcoming one of the punitive barriers of the **ius puniendi**, the **principle of Minimum Intervention or Last Ratio of Criminal Law**.

The present investigation under a qualitative cut, collected data from the officials and public servants that make up the entity in charge of the investigation of the crime in the judicial district of Junín, that is, the Corporate Provincial Prosecutor Specialized in Crimes of Corruption of Officials of Junin. Being the specific subjects, the prosecutors and assistants in the fiscal function since they are the ones who live day by day with the qualification of this unfair criminal.

The xormo f data collection was through the structured interview in order to obtain the necessary flexibility for the study of the phenomenon caused by our two categories in an explanatory way of the phenomenon of the violation of the ultima Ratio principle.

Finally, the conclusions obtained corroborated the hypotheses, in the sense that the Crime of Unjustified Delay of Payment typified in article 390 of the Criminal Code does not warrant or legitimize the intervention of Criminal Law due to its lack of harmfulness and low incidence, thus violating the Última Ratio Principle of Criminal Law.

**Keywords:** Crime of Unjustified Delay in Payment, Penal Type, Public Official or Servant, Unlawful, Ius Puniendi, Minimum Intervention or Ultima Ratio of Criminal Law.

## INTRODUCCIÓN

Después de poco más de tres décadas de promulgado el Decreto Legislativo N°635 que cumplió con el encargo del Congreso de la República al Poder Ejecutivo de elaborar un Código Penal, resulta necesario realizar un análisis de la integración que tuvo este cuerpo normativo a la realidad criminal peruana, toda vez que conforme señalan diversos autores del Derecho Penal, este cuerpo normativo no se desprendería propiamente de la realidad peruana, sino que sería una suerte de importancia de normas de ordenamientos extranjeros. Es así que, resulta de suma importancia la verificación individual de la integración de las instituciones jurídicas que componen este cuerpo normativo.

En esta situación nos encontramos a la conducta penal tipificada en el artículo 390° del Código Penal, Retardo Injustificado de Pago, la cual sanciona con pena privativa de libertad que va desde los dos días hasta los dos años, a aquel funcionario o servidor público, que teniendo fondos expeditos demora injustificadamente la realización de un pago con carácter ordinario o decretado por la autoridad competente. Dicho injusto es cuestionado por la doctrina peruana a razón de su falta de lesividad y su poca incidencia, la cual de manera bastante sutil ha sido catalogada por los juristas peruanos como ínfima y no legitimadora de la intervención penal por parte del Estado.

El actual paradigma del Derecho Penal, denominado Garantista, busca la concretización del Derecho Penal solo en aquellos casos que resulten de tal gravedad que legitimen y ameriten su intervención, es decir, como la última herramienta del estado para poder controlar conductas que impidan la convivencia pacífica. Bajo este criterio nace el denominado Principio de última Ratio o Mínima Intervención del Derecho Penal.

En ese sentido, ante las afirmaciones de la poca lesividad y poca incidencia del Delito de Retardo Injustificado de pago realizadas por los juristas peruanos, resultó necesaria la realización de un estudio que permita conocer la vulneración que causa la tipificación de este delito al principio de Mínima Intervención.

Respecto al enfoque de la presente investigación, resulta necesario precisar que la misma es de enfoque **CUALITATIVO**, a razón de la naturaleza de sus

objetivos, al perseguir la presente tesis la determinación de la naturaleza de la vulneración del Delito de Retardo Injustificado de Pago al Principio de última Ratio del Derecho Penal, esta devino en incuantificable, exigiendo al investigador la flexibilidad de las categorías en conceptos cualitativos, y alejándonos de las medidas cuantitativas. Asimismo, corresponde señalar que la naturaleza de la vulneración radica en un enfoque de opinión especializada, la misma que solo es posible de procesar bajo el enfoque cualitativo debido a su alta variabilidad.

Es así que, la presente investigación presenta como **problema** principal: ¿De qué manera la ausencia de un perjuicio a la Administración Pública en el delito de retardo injustificado de pago vulnera al principio de subsidiariedad del Derecho Penal en la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín el 2023? Cuyo **Objetivo General** es: Determinar de que manera el delito de retardo injustificado de pago vulnera al principio de ultima ratio del derecho penal en la Fiscalía Provincial Penal Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín el año 2023.

Respecto a la justificación de la presente investigación, se tiene a **nivel social** que, la presente investigación pretende determinar la naturaleza de la vulneración al principio de Ultima Ratio del Derecho Penal al tipifica la conducta contenida en el artículo 390° del Código Penal, exponiendo así una postura de mayor corte garantista que permita erradicar en la sociedad la sensación de impunidad causada por la sobrecriminalización de las conductas. De igual manera, a **nivel Científico – Teórico**, la presente tesis pretende determinar la naturaleza de la vulneración al principio de Mínima Intervención, y así fortalecer las bases de un Derecho Penal de corte Garantista en el ordenamiento jurídico peruano.

A **nivel Práctico**, la presente tesis persigue la determinación de la vulneración ya referida, para fundamentar la posible despenalización de la conducta y por consiguiente la liberación de carga procesal innecesaria generada por este ilícito penal al Ministerio Público. Asimismo, a **nivel metodológico**, la presente investigación permitirá ser referencia de instrumento para evaluar a los tipos penales, y su integración a nivel de la realidad peruana para así merecer su legitimación como sanción penal.

En lo referido al tipo de investigación, a la presente tesis le corresponde el tipo Básica o pura, siendo el Nivel de Investigación el Explicativo; con un Diseño de estudio correspondiente al No Experimental. En cuanto al enfoque de investigación, debemos señalar que se ha optado por el enfoque Cualitativo.

Finalmente, habiendo señalado los aspectos más importantes de la presente investigación, es necesario precisar la composición de la misma. El presente trabajo de investigación se encuentra compuesto por cuatro capítulos con el siguiente contenido: **Capítulo I**, denominado “Determinación del problema”, cual contiene la descripción del problema, su delimitación; así como la justificación, objetivos e Supuesto de la presente tesis. El **Capítulo II**, denominado “Marco Teórico”, contiene los antecedentes nacionales e internacionales, bases teóricas, así como el marco conceptual de la presente investigación. El **Capítulo III**, denominado “Metodología”, especifica el tipo, nivel y diseño de la presente investigación. Finalmente, el **Capítulo IV** se encuentra conformado por los resultados de la presente investigación, narrados de forma concreta y clara.

**El Autor.**

## **CAPÍTULO I: DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA**

### **1.1. Descripción de la Realidad Problemática**

Uno de los problemas más grandes que ha afrontado el Derecho Penal peruano, en su desarrollo ha sido la falta de un marco normativo propio, y de una tradición jurídica que se desprenda de un análisis profundo de los fenómenos socio-criminales que se dan en el vivir diario de este país. Son muchos los ejemplos de normativa recogida por parte del legislador peruano en materia penal para nuestro país, incluso la larga tradición de análisis del Delito es eminentemente alemana.

Uno de los claros ejemplos de este problema es el Delito de Retardo Injustificado de Pago tipificado y sancionado en el artículo 390° del Código Penal peruano vigente, este delito sanciona el solo retraso por parte del funcionario o servidor público que teniendo fondos expeditos retarda arbitrariamente un pago ordinario o decretado por una autoridad competente con una pena privativa de libertad que va desde los dos días hasta los dos años y la pena accesoria de inhabilitación, debido a que nos encontramos en el marco de un delito contra la Administración Pública.

La incidencia jurídica de este delito en los procesos de investigación por parte del Ministerio Público denota un grave problema en su integración a la realidad peruana, si bien se desarrollará a mayor profundidad en el apéndice destinado a las bases teóricas, debemos adelantar que este tipo penal fue copiado literalmente del Código Penal Argentino, y dio su primera aparición en el Código Penal peruano del 1991, el cual sigue vigente a la fecha. De un análisis propio sobre la incidencia de este delito en la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín, he podido advertir que se cuenta con tan solo dos procesos bajo esta calificación jurídica en los primeros dos despachos que integran dicha Fiscalía, resultando aún más contundente el hecho de que ambos procesos se encuentran en vías de análisis con una perspectiva de archivo o de recalificación del tipo penal.

Esta falta de incidencia en la investigación del Delito en mención y su probabilidad a un archivo o recalificación debido a una atipicidad relativa es un gran indicio para poder inferir la falta de integración de este tipo penal en la sociedad peruana.

Un segundo síntoma que nos permite advertir la necesidad del estudio de este delito bajo la perspectiva que explicaremos más adelante, es la naturaleza de su injusto, este delito se consume únicamente con el retraso del pago de forma arbitraria, resultando este injusto penal en un adelantamiento exagerado de las barreras punitivas. Formalmente, parte de la doctrina denomina a este delito como una malversación por omisión. A ello debe precisarse que, por tradición jurídica, las modalidades omisivas de los delitos suelen ser sancionadas bajo una culpabilidad menor a la de los injustos comisivos, y existiendo una postura amplia por parte de los operadores jurídicos a considerar que el Delito de Malversación de fondos debe salir del ordenamiento jurídico penal, sancionar una Malversación por omisión en vía penal, resulta aún más ilógico.

El actual panorama jurídico penal mundial, basa sus fundamentos en una postura garantista de los Derechos del investigado, las posturas inquisitivas han ido retrocediendo en su dominancia tanto del Derecho Penal como en el Derecho Procesal Penal, actualmente el ordenamiento jurídico penal, suele verse más como una barrera al poder punitivo del Estado, antes que como un instrumento para la

utilización del mismo. Todo ello bajo la perspectiva de legitimar las garantías mínimas que exige un Estado Constitucional de Derecho, el cual es el paradigma que reina actualmente en todas las ramas del Derecho.

Bajo esta premisa, el Derecho Penal hace uso de determinados principios como entes rectores de su ordenamiento jurídico para poder validar estas tendencias de las garantías mínimas del Derecho Penal. Una de estos, es el principio de Mínima Intervención o también conocido como última Ratio del Derecho Penal, el cual sostiene como axioma que el poder punitivo del Estado debe ser utilizado solo en aquellos supuestos que necesariamente exigen su intervención, en el resto, deberá aplicarse otras ramas del Derecho, debido a la lesividad de los instrumentos que conforman el Derecho Penal.

Esta barrera al poder punitivo del Estado, evita que el adelantamiento de barreras punitivas se torne en un instrumento que promueva un Estado autoritario. Bajo ese panorama, cabe preguntarnos si el Delito de Retardo Injustificado de pago, que a priori no contiene una alta incidencia en la realidad peruana y aquella que presenta resulta muchas veces atípica y sobre todo que presente grandes cuestionamientos sobre su naturaleza de injusto penal, logra ser una conducta antijurídica que amerite de sanción penal.

Por estas consideraciones, el presente proyecto de tesis buscará determinar bajo la perspectiva antes mostrada, la forma de vulneración del Delito de retardo injustificado de pago tipificado en el artículo 390° del Código Penal peruano vigente al principio de Mínima Intervención del Derecho Penal.

## **1.2. Delimitación del Problema**

### ***1.2.1. Delimitación Espacial***

Si bien el presente proyecto de tesis contiene como delimitación espacial la región de Junín, es necesario precisar que esa vaguedad en la delimitación responde a la necesidad de que el título del proyecto no supere las veinte palabras pre establecidas por la Universidad. Sin perjuicio de ello, el presente trabajo tiene por ámbito de aplicación espacial específica a la Fiscalía Provincial Penal Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín, la cual tiene jurisdicción en todo el territorio del distrito Judicial de Junín. Esta delimitación espacial responde a las limitaciones tanto conceptuales como



presupuestales que hacen de la presente investigación y proyecto serio. Asimismo, esta Fiscalía alberga a los operadores jurídicos que con mayor inmediatez conviven con este delito, y, por lo tanto, tienen la mejor perspectiva para su estudio y posterior cuestionamiento.

### ***1.2.2. Delimitación Temporal***

El presente trabajo tiene como delimitación temporal el año 2023, ello debido a que los funcionarios públicos que participarán del presente estudio serán aquellos que forman parte de la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de funcionarios de Junín el año 2023.

### ***1.2.3. Delimitación Conceptual***

El presente trabajo presenta como categorías de análisis al Delito de Retardo Injustificado de pago contenido en el artículo 390° del Código Penal peruano vigente, delito contra la Administración Pública que conforma la Parte Especial del Derecho Penal para fines de investigación, y al Principio de Mínima Intervención del Derecho Penal o también conocido como Última Ratio, el cual se presenta como una barrera garantista al poder punitivo del Estado, el mismo que es estudiado en la parte General del Derecho Penal para fines de la doctrina, y si bien no contiene una designación expresa como otros principios en el Código Penal peruano vigente o en la Constitución Política del Perú de 1993, si cuenta con un profundo arraigo en la tradición jurídico penal del civil law o la sistema romano germano del Derecho. Ambos serán desarrollados a mayor profundidad en los apéndices oportunos.

## **1.3. Formulación del Problema**

### ***1.3.1. Problema General***

La interrogante que da dirección al presente proyecto de investigación se:

¿De qué manera el delito de retardo injustificado de pago vulnera al principio de ultima ratio del derecho penal en la Fiscalía Provincial Penal Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín el año 2023?

### ***1.3.2. Problemas Específicos***

- ¿De qué manera la ausencia de un perjuicio a la Administración Pública en el delito de retardo injustificado de pago vulnera al principio de

subsidiariedad del Derecho Penal en la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín el 2023?

- ¿De qué manera la ausencia de una lesión grave al bien jurídico tutelado específico en el delito de retardo injustificado de pago vulnera al principio de fragmentariedad del Derecho Penal en la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín el 2023?

## **1.4. Justificación de la Investigación**

### ***1.4.1. Justificación Social***

. El presente trabajo de investigación busca lograr un mayor impacto de la postura garantista del Derecho Penal en la sociedad y el Estado, desarrollando las causas por las cuales la conducta prevista en el delito contenido en el artículo 390° del Código Penal no debe ser relevante en materia penal. El presente trabajo busca la despenalización del delito de retardo injustificado de pago para así dejar de generar en la sociedad la apariencia de impunidad que trae consigo la poca incidencia de este delito en las distintas etapas del proceso penal.

### ***1.4.2. Justificación Científica – Teórica***

El presente trabajo de investigación busca contribuir a la postura garantista del Derecho Penal, y de forma más profunda al fortalecimiento de las bases del Estado Constitucional de Derecho zanjando una brecha entre conductas antijurídicas y lesivas que deben ser relevantes para el derecho penal y aquellas que no debido a que no superan el principio de ultima ratio. De forma particular, el presente trabajo de investigación centra su objeto de estudio en la determinación de la vulneración del principio de ultima ratio debido a la tipificación del delito de retardo injustificado de pago por parte de la legislación peruana. Es por ello que, la presente investigación buscará exponer los motivos suficientes para sostener la derogación del artículo 390° del Código Penal Peruano, y por lo tanto la despenalización del retardo injustificado de pago, dejando que esta conducta sea materia de sanción administrativa y no penal. Fortaleciendo de esta forma las bases de las posturas garantistas del Derecho Penal.

### ***1.4.3. Justificación Práctica***

El presente trabajo de investigación busca la derogación del tipo penal contenido en el artículo 390° del Código Penal, generando así una liberación de la carga de investigación por parte del Ministerio Público sobre conductas que no reúnen la relevancia penal suficiente para poder ser investigadas por esta institución. Asimismo, la despenalización de esta conducta permitirá la sanción de esta por parte del Derecho Administrativo Sancionador, herramienta suficiente y hasta de mayor eficiencia que el Derecho Penal para el injusto materia de investigación.

### ***1.4.4. Justificación Metodológica***

El presente trabajo al investigar la vulneración al principio de ultima ratio del Derecho Penal por parte del artículo 390° del Código Penal, es decir, el delito de retardo injustificado de pago, exige al investigador la formación de un instrumento que permita contraponer los tipos penales con los principios que inspiran al Derecho Penal. Este instrumento será referencia para futuros trabajos que también busquen determinar la vulneración por parte de un tipo penal a los principios del Derecho Penal.

## **1.5. Objetivos de la Investigación**

### ***1.5.1. Objetivo General***

Determinar de qué manera el delito de retardo injustificado de pago vulnera al principio de ultima ratio del derecho penal en la Fiscalía Provincial Penal Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín el año 2023.

### ***1.5.2. Objetivos Específicos***

- Determinar de que manera la ausencia de un perjuicio a la Administración Pública en el delito de retardo injustificado de pago vulnera al principio de subsidiariedad del Derecho Penal en la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín el 2023.
- Determinar de que manera la ausencia de una lesión grave al bien jurídico tutelado específico en el delito de retardo injustificado de pago vulnera al principio de fragmentariedad del Derecho Penal en la Fiscalía Provincial

Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín el 2023.

## **1.6. Supuestos de la Investigación**

### **1.6.1. Supuesto General**

El delito de retardo injustificado de pago vulnera al principio de ultima ratio del derecho penal al sancionar una conducta que no es meritoria de sanción penal en la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín el año 2023.

### **1.6.2. Supuestos Específicas**

- La ausencia de un perjuicio a la Administración pública en el delito de retardo injustificado de pago vulnera al principio de subsidiariedad del Derecho Penal al sancionar una conducta que puede ser sancionada satisfactoriamente por el Derecho Administrativo sancionador en la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín el 2023.
- La no existencia de una lesión al bien jurídico tutelado en el delito de retardo injustificado de pago vulnera al principio de fragmentariedad del Derecho Penal al sancionar una conducta que no podría considerarse de extremo peligro para la convivencia social en la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín el 2023.

### **1.6.3. Operacionalización de las Categorías**

Conforme fue expresado en la delimitación conceptual de la presente investigación, las categorías que conforman la presente investigación son el Delito de Retardo Injustificado de Pago y el Principio de Última Ratio del Derecho Penal, bajo la siguiente operacionalización:

La primera Categoría será el Delito de Retardo Injustificado de Pago contenido en el artículo 390° del Código Penal, sobre ello, utilizaremos como definición conceptual la propuesta por el autor Fidel Rojas Vargas en su obra Delitos contra la Administración Pública, quien nos señala:

“Estamos ante una específica figura penal omisa de abuso de autoridad que no goza de unanimidad en el contexto del Derecho

Comparado, dado que importantes cuerpos jurídicos penales no lo contemplan y los que lo hacen la castigan con penas mínimas y menores (multas).

Si bien los tratadistas argentinos que interpretan estas figuras coinciden en que se trata de una variedad de malversación, a la que le otorgan un carácter genérico y subsidiario, considero que ello no concuerda necesariamente con la noción de malversación implícita en nuestra legislación penal sino más bien con una figura autónoma de abuso de autoridad de naturaleza omisiva.” (Rojas, 2021, pp. 839-849)

Bajo esta definición conceptual, considero como definición para fines de operacionalización que:

El delito de retardo injustificado de pago no cuenta con una lesión grave al bien jurídico tutelado específico. El objeto material del delito de retardo injustificado de pago jamás es separado de la esfera de disposición de la administración pública por lo tanto no genera perjuicio a esta. Finalmente, el delito de retardo injustificado de pago es una figura omisiva de Malversación de Fondos.

Finalmente, se utilizarán como subcategorías de la investigación para fines de operacionalización:

- La ausencia de un perjuicio a la Administración Pública por el delito de retardo injustificado de pago.
- La ausencia de una lesión grave al bien jurídico específico tutelado por el delito de retardo injustificado de pago.

En segundo lugar, analizaremos la categoría del Principio de Mínima Intervención o también conocido como Última Ratio del Derecho Penal, sobre ello el autor Percy García Caveró nos señala en su obra Derecho Penal Parte General:

“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 solo debe intervenir en los casos estrictamente necesarios, es decir, cuando el

problema o conflicto social no pueda resolverse con los otros sistemas de control extrapenales. El Derecho penal no es un instrumento de control más, sino que, a causa de las consecuencias de su aplicación, deviene en un mecanismo especialmente problemático para los ciudadanos y la sociedad. Esta secundariedad del derecho penal se expresa completamente en los principios de subsidiariedad y fragmentariedad que orientan la labor de incriminación que lleva a cabo el legislador penal: **SOLO LAS LESIONES MAS INTOLERABLES A LOS BIENES JURÍDICOS MÁS IMPORTANTES DEBEN SANCIONARSE PENALMENTE.**” (García, 2012, p. 136)

Bajo esta definición conceptual, se considerará para fines de operacionalización la definición siguiente:

El derecho penal solo debe aplicarse en aquellos conflictos donde otras ramas del derecho resultan insuficientes. De la misma forma, el derecho Penal solo debe aplicarse en aquellas lesiones a bienes jurídicos que resulten de altísima gravedad.

Por consiguiente, las subcategorías que conformarán esta segunda categoría materia de investigación serán:

- El Principio de Subsidiariedad del Derecho Penal
- El Principio de Fragmentariedad del Derecho Penal.

A continuación, esquematizaremos la forma en la cual se realizará la operacionalización de las categorías que conforman nuestro objeto de investigación:

CATEGORIAS	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DEFINICIÓN OPERACIONAL	SUBCATEGORIAS
<p>DELITO DE RETARDO INJUSTIFICADO DE PAGO</p>	<p>“Estamos ante una específica figura penal omisa de abuso de autoridad que no goza de unanimidad en el contexto del Derecho Comparado, dado que importantes cuerpos jurídicos penales no lo contemplan y los que lo hacen la castigan con penas mínimas y menores (multas).</p> <p>Si bien los tratadistas argentinos que interpretan estas figuras coinciden en que se trata de una variedad de malversación, a la que le otorgan un carácter genérico y subsidiario, considero que ello no concuerda necesariamente con la noción de malversación implícita en nuestra legislación penal sino más bien con una figura autónoma de abuso de autoridad de naturaleza omisiva.” (Rojas, 2021, p. 839-849)</p>	<p>El delito de retardo injustificado de pago no cuenta con un bien jurídico tutelado.</p> <p>El objeto material del delito de retardo injustificado de pago jamás es separado de la esfera de disposición de la administración pública por lo tanto no genera perjuicio a esta.</p> <p>El delito de retardo injustificado de pago es una figura omisiva de abuso de autoridad.</p>	<p>La ausencia de una lesión grave al bien jurídico tutelado específico.</p> <p>La ausencia de un perjuicio al Estado.</p>
<p>VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE ULTIMA RATIO</p>	<p>“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 solo debe intervenir en los casos estrictamente necesarios, es</p>	<p>El derecho penal solo debe aplicarse en aquellos conflictos donde otras ramas del derecho resultan insuficientes.</p>	<p>Principio de subsidiariedad</p>

	<p>decir, cuando el problema o conflicto social no pueda resolverse con los otros sistemas de control extrapenales. El Derecho penal no es un instrumento de control más, sino que, a causa de las consecuencias de su aplicación, deviene en un mecanismo especialmente problemático para los ciudadanos y la sociedad. Esta secundariedad del derecho penal se expresa completamente en los principios de subsidiariedad y fragmentariedad que orientan la labor de incriminación que lleva a cabo el legislador penal: SOLO LAS LESIONES MAS INTOLERABLES A LOS BIENES JURÍDICOS MÁS IMPORTANTES DEBEN SANCIONARSE PENALMENTE.” (García, 2012, p. 136)</p>	<p>El derecho Penal solo debe aplicarse en aquellas lesiones que resulten de altísima gravedad.</p>	<p>Principio de fragmentariedad</p>
--	---	---	-------------------------------------



### **1.7. Propósito de la Investigación**

La presente investigación tiene como propósito principal dar un aporte a la tendencia garantista del Derecho Penal sobre los derechos fundamentales y las garantías mínimas del Estado Constitucional de Derecho. Es decir, procurará demostrar en primera instancia la existencia de una vulneración por parte de la tipificación y sanción del Delito de Retardo Injustificado de pago en el artículo 390° del Código Penal peruano vigente al principio de Última Ratio del Derecho Penal. De esta forma fortalecer la aplicación de este principio como barrera limitante del poder punitivo del Estado.

Es en base a la demostración de que este injusto penal actualmente sancionado no supera los requisitos del Principio de Última Ratio del Derecho Penal y por lo tanto no fundamenta su sanción necesaria por parte del Derecho Penal que se procurará la posterior derogación del artículo 390° del Código Penal peruano vigente. Ello mediante la propuesta de un proyecto de ley que exponga los fundamentos de su derogación.

### **1.8. Importancia de la Investigación**

La presente investigación fundamenta su importancia en la necesidad de identificar y posteriormente combatir los rezagos de un Derecho Penal inquisitivo y abusivo que contenga tendencias a una postura del Derecho Penal del Enemigo. Tanto la formulación del problema como el Supuesto presentado por el investigador en el presente trabajo sostienen la no necesidad de sanción penal de un injusto como es el retardo injustificado de pago. De esta forma se identificará la forma de vulneración de este injusto penal a uno de los principios que actualmente se forman como una de las mayores barreras garantistas del ius puniendi del Estado.

La forma de vulneración que busca determinar la presente investigación será el fundamento y los motivos que importen una posible derogación del artículo 390° del Código Penal peruano vigente. Es por este motivo que el presente proyecto resulta de vital importancia para procurar un Derecho Penal garantista y por lo tanto de mayor respeto a las posturas que defiende la tendencia a un Estado Constitucional de Derecho.

### **1.9.Limitaciones de la Investigación**

Si bien la presente investigación tiene un propósito bastante ambicioso, al proponerse exponer los motivos que deberían fundamentar una eventual derogación del artículo 390° del Código Penal Peruano vigente, es decir, la despenalización del Delito de Retardo Injustificado de Pago, debemos advertir que se ha encontrado las siguientes limitaciones al desarrollo de la presente investigación:

En primer lugar, la presente investigación presenta una gran limitación en relación a los antecedentes de la presente investigación, si bien se ha procurado considerar antecedentes de autores internacionales, debemos valorar que el injusto penal que investigamos es sancionado en la gran mayoría de países extranjeros como un injusto administrativo, sin antecedente alguno en la legislación penal; es por ello que no se ha encontrado antecedentes de la magnitud esperada en el marco internacional. Sobre el marco nacional, debemos valorar que el delito de retardo injustificado de pago no presenta una gran incidencia en el quehacer jurídico de los delitos contra la administración pública en el Perú, un claro ejemplo es que ha mantenido su redacción original desde que fue tipificado por primera vez en el Código Penal de 1991, esta falta de incidencia ha generado que se torne como un apéndice poco estudiado y por lo tanto, poco cuestionado de la legislación penal peruana. Esta es la primera limitación que se tiene en el presente proyecto de investigación, la falta de antecedentes de investigación.

En segundo lugar, debemos considerar que, si bien la presente investigación cuestiona la sanción penal de un injusto que se sanciona a nivel nacional debido a que el Código Penal peruano vigente rige en todo el territorio peruano, tanto el presupuesto como la capacidad de recolección de datos impiden el desarrollo del presente trabajo bajo el contexto completo en el cual se viene desarrollando el fenómeno de la vulneración al Principio de Mínima Intervención del Derecho Penal.

A pesar de ello, queremos señalar que los resultados que obtenga la presente investigación si revestirán de validez para ser contratados, servir como presentes o ser confirmados en otras regiones del país que opten por la investigación de este fenómeno jurídico.

Finalmente, la última limitación que ha visto el presente proyecto de tesis en su propuesta es la ausencia de procesos activos bajo este delito, la poca incidencia de investigación hace que no sea viable y mucho menos fiable el análisis documental como método de investigación. A pesar de ello, el presente trabajo encontró como propuesta más idónea para la recolección de información a la entrevista de los operadores jurídicos que conviven y han convivido día a día con el fenómeno de la vulneración al principio de última ratio del Derecho Penal por parte del Delito de Retardo Injustificado de Pago. Los funcionarios que serán entrevistados son personal fiscal que ha trabajado por muchos años en el subsistema anticorrupción y que se ubican como los mejores expertos en la materia para la explicación de este fenómeno.

## CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

### 2.1. Antecedentes de la Investigación

En este aspecto, debemos precisar que el injusto penal sancionado en el artículo 390° del Código Penal peruano vigente, es decir, el delito de Retardo Injustificado de Pago solo es sancionado en vía penal en los países de Perú, Argentina, Guatemala y España. El Perú regula este delito como un injusto de importación de la legislación penal argentina. El grado de incidencia de esta conducta en estos países su sustentaría el elemento cuantitativo del principio de subsidiariedad, por el contrario, la incidencia de este injusto en el Perú es mínima, y por ello tanto su estudio como cuestionamiento casi no se ha dado.

Debido a que este injusto nunca ha sido materia de sanción penal en otros países, sino en materia un injusto administrativo, y los países que si lo regulan si fundamentan su tipificación debido a su incidencia, debemos señalar que no se cuenta con los antecedentes que requiere el estatuto de investigación de la Universidad Peruana Los Andes. A pesar de ello los antecedentes que nos aportarán en el desarrollo de la presente investigación serán:

#### *2.1.1. Antecedentes Internacionales*

Según (Galarza, 2017) en su trabajo de investigación tituló: *“El Principio de Mínima Intervención en el Derecho Penal moderno con la vigencia del Código Orgánico Integral Penal en el Ecuador”*, por la Universidad Tecnológica Indoamérica de Ecuador, para obtener el grado de Magister con mención en Derecho Procesal Penal, la cual se desarrolló bajo los siguientes objetivos:

El objetivo general de la tesis citada fue: *Analizar el principio de mínima intervención, como una garantía frente al poder punitivo del Estado de Justicia Social, y su aplicación después de la vigencia del Código Orgánico Integral Penal.*

Sobre los Objetivos Específicos:

- Analizar al Derecho penal, como forma de control social.
- Establecer en qué casos se aplica el principio de mínima intervención cuando el conflicto pueda ser solucionado con alternativas menos radicales que las sanciones penales propiamente dichas y cuáles son las aplicables.

Asimismo, la metodología aplicada fue la Dogmática – Documental, esta metodología encuentra su fundamentación de aplicación al trabajo toda vez que para determinar la naturaleza jurídica del Principio de Mínima Intervención se requiere de análisis de los precedentes de la tradición doctrinaria. De igual forma se hizo uso de la metodología Inductivo- deductivo para poder procesar la información recabada. Finalmente concluye lo siguiente:

- En el presente trabajo se realiza el análisis del principio de mínima intervención, como una garantía frente al poder punitivo del Estado, que “el Derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes”, siempre que existan otros medios diferentes al Derecho penal para la defensa de los derechos individuales, estos serán preferibles, porque son menos lesivos.
- El Derecho Penal, es un instrumento de control social, a través del cual el Estado intenta encauzar los comportamientos individuales en la vida social procurando que los componentes del grupo asuman sus modelos de conducta que encierran las normas las que hace que actuemos dentro de unos parámetros. En este contexto aparece la sanción como medio de control, que es aplicado a los que atentan los intereses establecidos por la sociedad o el orden social.
- Mediante este trabajo de investigación, se logra determinar que el principio de oportunidad es la respuesta lógica a las limitaciones que tiene el sistema penal y la administración de justicia penal, para dar soluciones adecuadas a todos los reclamos que son puestos en su conocimiento y que, a falta de medios para cumplir con tales objetivos, se pretende una mejor salida con la última ratio o de extrema ratio, por razones de utilidad pública o interés social.
- La Constitución de la República del Ecuador, establece en el Art. 195 que “La Fiscalía dirigirá de oficio o a petición de parte, la investigación pre procesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas.

- Los métodos alternos de solución de controversias como la conciliación son una alternativa no sólo para las víctimas del delito, sino para el victimario y la propia sociedad, por lo que generan beneficios sociales.
- En nuestro sistema judicial se ha generalizado una inconformidad social por la demora en tramitación de las denuncias en los llamados delitos menores y una de las formas de subsanar este problema de fondo dentro de las Fiscalías y Unidades Judiciales del Ecuador, es aplicar los acuerdos.

De lo expuesto por el sustentante, es necesario rescatar para fines de nuestra investigación el concepto que refiere sobre el Principio de Última Ratio o Mínima Intervención del Derecho Penal. Este instrumento, tan lesivo para la libertad de una persona, solo deberá ser utilizado en aquellos casos donde otras ramas del derecho hayan fracasado. Y solo en aquellos casos donde la lesión que genera la conducta antijurídica sea tan grave que devenga en necesaria la utilización del poder punitivo del Estado para poder combatir estas conductas.

La otra conclusión que nos aportará mucho al presente trabajo de investigación es la postura de ver al Derecho Penal ya no como el instrumento del *Ius Puniendi*, sino como el limitador del desenfreno que puede tener el Estado debido a su poder punitivo. El Derecho Penal en el panorama actual deberá ser visto bajo un paradigma de instrumento de control social, es decir, como el medio formal para poder direccionar las conductas de la sociedad en aquellos casos que ameriten de sanción penal como única forma de control social.

Con respecto a los acuerdos a los cuales señala el sustentante en tu tesis debemos sostener que no son aplicables en el presente proyecto de investigación, debido a que nos encontramos en el estudio de un Delito de Corrupción de Funcionarios, el cual se encuentra exento de la aplicación de mecanismos como el principio de oportunidad y los acuerdos reparatorios. En ese sentido, debo señalar que la presente tesis es de los pocos antecedentes que resultan en aportes a nuestro proyecto de investigación ya que nos da un panorama inicial del paradigma en el cual se ve en el plano internacional al principio de última ratio o mínima intervención del Derecho Penal.

Según (Ortiz, 2020) en su trabajo de investigación tituló: *“El Principio de Mínima Intervención Penal: Origen y Evolución”*, por la Universidad de Chile,

para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, quien concluye lo siguiente:

- El Derecho penal mínimo, como modelo ideal de Derecho penal y de política criminal, ha traído de nueva cuenta al debate el uso de medios para limitar el poder de punir, aunque esta vez agregando nuevos interrogantes pues, los sistemas penales actualmente vigentes, han sido desafiados por una sociedad del riesgo y globalizada que reclama el ejercicio de nuevos remedios jurídicos, sobre la base de una reconducción del derecho de castigo, frente a los – inéditos- males sociales nacidos en su seno.
- La polémica se produce en el ámbito de la competencia sancionadora, en la que el Derecho penal de corte mínimo o reduccionista se entrelaza con modernos discursos expansionistas que tensan la clásica calificación de tutela de extrema ratio que revistiere al Derecho Penal.
- Mientras el modelo minimalista discute la legitimidad del control de riesgos por medio de la conminación a través de consecuencias penales y, en particular, de penas privativas de libertad, así como de la legitimidad de la intervención penal en la protección de los llamados “nuevos riesgos”; el Derecho penal ampliado sostiene que, en una sociedad altamente tecnificada e industrializada como es la nuestra, en la que existen interacciones interpersonales anónimas crecientes, se tienen que cuestionar y redefinir dinámicamente los intereses merecedores de tutela penal.
- Y es que es irrecusable que, junto a los bienes jurídicos personales, como la vida, la libertad sexual o el patrimonio, la sociedad occidental ha asumido la necesidad de intervenir penalmente ante la aparición de “nuevos riesgos” – ecológicos, genéticos, socioeconómicos, etc.- que tienen su origen en la complejidad estructural con que, aceleradamente, se ha organizado.
- La actual “sociedad de riesgo” ha hecho mella en las iniciales concepciones del Derecho Penal mínimo que lo han hecho trascender hacia posiciones más amplias, en las que éste no puede renunciar a la protección de los bienes jurídicos colectivos en tanto su funcionalización

de bienes jurídicos individuales esto es, en tanto que aquellos, tengan siempre como referente un bien jurídico individual.

- En este escenario, no se puede rechazar la tutela penal de aquellos bienes jurídicos amenazados por inéditos riesgos, pues ello implicaría desconocer las nuevas necesidades que son fruto de la evolución social. Los bienes jurídicos penalmente protegible están sujeto al cambio histórico y condicionado por las estructuras sociales o culturales de una comunidad y que ocupa un espacio y tiempos determinados.
- Constates a ello, cabe entonces valorar concretamente, para cada caso, el merecimiento y la necesidad de una pena para determinar si realmente nos hallamos ante un objeto dotado de un auténtico contenido material que justifique una protección jurídica reforzada, es decir, que para su protección jurídica se requiera de la actuación penal.
- En todo caso, agregamos, ha menester anclar tales criterios a premisas de orden constitucional, de modo de delimitar – e incluso ampliar- el objeto de la intervención sancionadora penal a bienes o intereses de específica relevancia constitucional.
- Así las cosas, garantismo -como en el viejo Derecho penal liberal- y eficiencia - en la sociedad de riesgo- pueden convivir, también en ese controvertido marco que llamamos Derecho penal económico, pero no a costa de una recíproca limitación, sino a través de la potenciación de sus aportes políticos y jurídicos.

Este segundo antecedente nos aporta bajo la misma naturaleza que lo hizo el primero de los citados, es decir, ubicando una primera postura del Principio de Mínima Intervención del Derecho Penal dentro del panorama del derecho internacional, un aporte mayor es el brindado al señalar que la sociedad de riesgos como paradigma actual del derecho penal es uno de los retos que enfrenta este principio ya que le exige la innovación en cuanto a los medios de solución de conflictos mediante la vía penal.

Asimismo, nos permite ingresar a un nuevo debate, con dos posturas contrarias que deberemos desarrollar a posterior y finalmente tomar una postura. El Derecho Penal bajo esta sociedad de riesgos debe seguir ese paradigma de



reducción de sus injustos debido a su lesividad, o debe procurar el adelantamiento de barreras punitivas bajo esta nueva forma de criminalidad. Y sobre todo, cual deberá ser la participación y vigencia del Principio de última Ratio del Derecho Penal frente a este nuevo paradigma.

Nos encontraremos frente a una altísima tendencia de la sociedad jurídico penal a procurar un nuevo expansionismo de las barreras punitivas del Estado, ello bajo el fin de responder a las nuevas formas de criminalidad que exige la sociedad de riesgos y sobre todo poder tutelar los nuevos bienes jurídicos que caracterizan al proceso de globalización. Un claro ejemplo de ello en los bienes jurídicos de carácter colectivo, que a la vista del panorama actual han cobrado una gran importancia debido a su gran propensión a ser lesionados por conductas de la sociedad de riesgos.

Estos son los únicos dos antecedentes de investigación que se ha podido obtener a nivel internacional, ello debido a que como se refirió anteriormente, este injusto no es sancionado y nunca ha sido sancionado penalmente en otras legislaciones.

### ***2.1.2. Antecedentes Nacionales***

Según (Lozano Rodriguez , 2019) en su trabajo de investigación titulado: “*Fundamentos Jurídicos para sustentar la Incorporación de la Pena De Multa como Sanción Principal en los Delitos contra la Administración Pública, contenidos en los artículos 379, 380, 385, 390 Y 391 del Código Penal Peruano*”, por la Universidad Nacional de Cajamarca, para optar el título profesional de Abogado, quien tuvo por objetivo de investigación:

(...)

B. Analizar los delitos contra la Administración Pública, cometidos por funcionarios y servidores públicos, contenidos en los artículos 379, 380, 385, 390 y 391 del Código Penal peruano.

C. Analizar el principio de proporcionalidad

Los cuales son relevantes para la presente investigación. Debido a que permite determinar la consideración jurídica de la comunidad jurídica frente al artículo 390° del Código Penal respecto de la sanción que se encuentra

determinada en el ordenamiento jurídico peruano. En ese sentido, el investigador ha concluido que:

(...)

La imposición de la pena de multa como sanción principal en los delitos analizados está acorde con el principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta la gravedad de los delitos y la magnitud de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, dicha pena resulta más adecuada respecto de la pena privativa de la libertad.

Si bien la tesis referida no ostenta un amplio margen de similitud con el tema central de la tesis, si permite determinar una conceptualización genérica de la opinión de la comunidad jurídica frente a la sanción de la conducta tipificada en el artículo 390° del Código sustantivo. En ese sentido, debemos advertir que, el investigador citado consideró como desproporcional la sanción de este delito (entre otros) debido a la falta de lesividad del injusto penal. Es así que, esta consideración brinda un sustento mayor a nuestro trabajo de investigación al mantener una consideración respecto del grado de lesividad de la conducta desplegada.

Según (Huaynarupay & Landeo, 2020) en su trabajo de investigación titulado: *“La aplicación del Principio de Mínima Intervención en el Delito de Peculado de Uso de ínfima cuantía en los juzgados y Fiscalías Penales de Huancayo, 2015-2016”*, por la Universidad Peruana Los Andes, para optar el título profesional de Abogado, quien tuvo por objetivo de investigación:

Objetivo General:

Determinar qué manera la falta de aplicación del Principio de Mínima Intervención incide en la sanción a Funcionarios o Servidores Públicos por delito de peculado de uso de ínfima cuantía en los Juzgados y Fiscalías Penales de Huancayo, 2015-2016.

Objetivos específicos:

a. Identificar de qué manera al no tenerse en consideración la relevancia jurídica del hecho influye en la sanción del Funcionario

o Servidor Público por delito de peculado de Uso de ínfima cuantía en los Juzgados y Fiscalías Penales de Huancayo, 2015-2016.

b. Determinar si el no considerar el derecho Penal como Ultima Ratio influye en el alto índice de sanciones por delito de peculado de uso de ínfima cuantía en los Juzgados y Fiscalías Penales de Huancayo, 2015-2016.

c. Determinar de qué manera al no tener en consideración la ínfima cuantía afecta en la sanción del Funcionario o Servidor Público en el delito de peculado de uso en los Juzgados y Fiscalías Penales de Huancayo, 2015-2016.

Asimismo, con respecto a la Metodología aplicada debemos señalar que se hizo uso del Método inductivo-deductivo, de igual forma del método de análisis – síntesis. En base a ello es que concluyen lo siguiente:

- El análisis sobre la posible comisión del delito de peculado debe realizarse sobre la base de la existencia o no de un abuso en el ejercicio de la función pública con respecto a la gestión del patrimonio estatal que le ha sido encomendado al funcionario público, 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; por lo que la no aplicación del Principio de la Mínima Intervención incide desfavorablemente en la sanción a Funcionarios o Servidores Públicos por delito de peculado de uso de ínfima cuantía, al no tener en cuenta la relevancia jurídica del hecho y al no considerar al derecho penal como ultima ratio en la Fiscalía y Juzgado Penal de Huancayo, 2015-2016.
- Considerar la constatación de una afectación del bien jurídico en términos penales es indispensable para la determinación de la pena, porque si bien una conducta puede lesionar o poner en peligro un bien jurídico, ello no implicara necesariamente la intervención del derecho penal, los ataques leves a los bienes jurídicos deberán ser atendidos por otras ramas del Derecho o por otras formas de control social. Por lo tanto, se afirma que el no tenerse en consideración la relevancia jurídica del hecho influye

negativamente en la sanción del Funcionario o Servidor Público por delito de peculado de uso de ínfima cuantía en los Juzgados y Fiscalías Penales de Huancayo, 2015-2016.

- Ultima ratio es una de las expresiones del principio de necesidad de la intervención del Derecho Penal, por lo que éste debe ser el último instrumento al que la sociedad recurre para proteger determinados bienes jurídicos y para garantizar la pacífica convivencia de la sociedad, previa evaluación de su gravedad y de acuerdo a las circunstancias sociales, políticas, económicas y culturales imperantes en la sociedad en un momento determinado. Por lo que el no considerar el Derecho Penal como Ultima Ratio influye desfavorablemente en el alto índice de sanciones por delito de 95 peculado de uso de ínfima cuantía en los Juzgados y Fiscalías Penales de Huancayo, 2015-2016.
- Si bien es cierto una conducta puede lesionar o poner en peligro un bien jurídico, ello no implicará necesariamente la intervención del Derecho Penal, por lo que se debe establecer un quantum en el monto de lo apropiado o utilizado y en función de ello deberían explorarse aquellas normas concretas de carácter administrativo o disciplinario que se encuentran vinculadas con el uso y disposición de los bienes públicos. Entonces si no se tiene en consideración el quantum, como es en este caso la ínfima cuantía en el delito de peculado de uso, pues afectaría de forma negativa al momento de sancionar a funcionarios o servidores públicos, pues se estiraría vulnerando el principio de mínima intervención, así como el de última ratio, generando de tal forma gasto innecesario al Estado, así como el incremento de la carga procesal.

La tesis realizada por los bachilleres de la Universidad Peruana Los Andes tiene un paradigma cercano al que buscamos sustentar, con claras diferencias pero que sirve de antecedente para ingresar al análisis de nuestro objeto de Investigación.

El citado informe cuestiona la relevancia penal de los supuestos de mínima cuantía del Delito de Peculado. Esta tesis resulta pertinente primer porque de forma general expone a un delito de corrupción de funcionarios contra un

principio de la parte general, dándonos luces de cómo se deberá realizar este examen de valoración. En segundo lugar, debemos señalar que el delito de Retardo Injustificado de Pago contenido en el artículo 390° del Código Penal peruano vigente para parte de las posturas doctrinarias sería una modalidad base del delito de peculado. Si bien esta no será la postura asumida para fines de la presente investigación, la falsabilidad del contenido teórico hace más rico y científico su contenido.

Con respecto a otras universidades, debemos señalar que de la búsqueda minuciosa de los repositorios a nivel nacional no se ha encontrado ningún antecedente que contenga ambas categorías en estudio propuestas en nuestro proyecto. Ello resulta congruente con la postura de los autores doctrinarios como James Reategui; quien sostiene que este delito no ha sido materia de cuestionamiento ni modificación debido a que su incidencia es mínima y su sanción aún menor.

## **2.2. Bases teóricas de la Investigación**

La presente investigación buscará determinar la forma de afectación del delito de Retardo injustificado de pago al principio de Ultima Ratio del Derecho Penal, dentro de la delimitación temporal y espacial antes señalados. En ese sentido, para tener un panorama claro de este fenómeno, realizaremos el análisis de las dos categorías que aquí se considera. En primer lugar, se analizará el Delito de Retardo injustificado de pago contenido en el artículo 390° del Código Penal peruano y posteriormente se analizará la categoría del principio de Ultima Ratio del Derecho Penal.

### ***2.2.1. Delito de Retardo Injustificado de pago.***

#### ***2.2.1.1. Marco Normativo del Delito de Retardo Injustificado de Pago.***

El delito de retardo injustificado de pago es un tipo penal regulado en el código sustantivo penal peruano, el cual nos señala como tenor literal de este injusto el artículo 390° del citado Código: *“El funcionario o servidor público que, teniendo fondos expeditos, demora injustificadamente un pago ordinario o decretado por la autoridad competente, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.”*

Conforme se puede advertir, y será desarrollado de forma más minuciosa en el siguiente ítem, el tipo penal contenido en el artículo 390° del Código Penal, sanciona a aquel funcionario o servidor público (conforme al artículo 425° del mencionado código) que teniendo fondos listos para ser entregados retrase el pago ordinario o aquel pago decretado por autoridad competente. Debe precisarse que solo será sancionable el retraso, es decir, una demora; ya que la no entrega será regulada por el artículo 391° del código penal vigente. Este aspecto será regulado con posterioridad, pero se puede señalar que en el supuesto de no entrega, nos encontraremos en un concurso aparente de normas, que no da como ganador a nuestro artículo 390°.

### ***2.2.1.1. Evolución histórica del delito de retardo Injustificado de Pago.***

Al igual que todos los tipos penales que se analizan dentro del sistema romano germánico, la forma más adecuada de análisis deviene en un análisis exegético bajo el paradigma de la Teoría del Delito, es decir, disgregando las categorías del delito en concreto. En ese sentido partiremos por un análisis de los antecedentes históricos que conforman el desarrollo de este tipo penal.

Sobre esto el autor (Vargas, 2021) nos señala lo siguiente: *“No existen antecedentes en la legislación penal anterior en el Perú.*

*La fuente legal extranjera está constituida por el artículo 264 del Código Penal argentino, el que ha sido copiado íntegramente por el legislador peruano (Exceptuando, obviamente, las penas, las que han sido aumentadas.”* (p.839)

Conforme señala el autor, el tipo penal contenido en el artículo 390° del Código Penal peruano vigente, no tiene un antecedente peruano a su tipificación. La misma que se dio mediante el código Penal de 1991 conforme lo señala el Dr. James Reategui Sánchez en su obra “Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal”. (Sanchez, 2017, p. 657)

En ese sentido, podemos advertir que históricamente el delito de retardo injustificado de pago es al igual que muchos otros tipos penales sancionados en el Perú, una copia de legislaciones extranjeras. La falta de creatividad del legislador peruano resulta ser una constante en la lucha contra los delitos de corrupción de funcionarios, y contra muchos otros tipos de delitos. En ese sentido, debemos

preguntarnos si realmente la tipificación de esta conducta responde a las necesidades de la sociedad peruana realmente, ya que debe ser la realidad la que proponga la norma, y no forzar una integración de la norma extranjera al vivir nacional.

Este mismo sentido es compartido por el juez de la corte superior de Justicia de Lima Ramiro Salinas Siccha, en su obra *Delitos contra la Administración Pública*, el cual refiere: “*De la revisión del contenido del Código Penal derogado se concluye que el delito denominado “demora injustificada de pagos” no estaba allí tipificado. No hay antecedente de tal delito en nuestra legislación penal anterior al Código Penal del 1991.*” (Salinas Siccha , 2019, p.509). Es por eso, que del análisis de los principales compendios exegéticos de los delitos contra la Administración Pública realizados por autores peruanos sobre la legislación peruana, se puede concluir que el delito de Retardo injustificado de pago no tiene antecedente alguno en la legislación peruana que sea anterior al Código Penal de 1991.

Sobre su introducción mediante el código Penal Peruano de 1991, se tiene que conforme fue señalado en líneas precedentes, la redacción del tipo penal fue copiada literalmente del tipo penal sancionado por la legislación argentina. En ese mismo sentido el Dr. Ramiro Salinas en su obra antes citada, nos señala:

Es el legislador del Código Penal de 1991 que tipifica, por primera vez en nuestra patria, como delito la conducta del funcionario o servidor público que demora injustificadamente un pago ordinario u ordenado por autoridad competente copiando literalmente, el artículo 264° del Código Penal argentino. (Salinas Siccha , 2019, p.509)

Como es señalado por el autor, los elementos típicos que componen este delito no son propios de creación peruana, por el contrario, son exportación de la legislación argentina, salvo en cuanto a las penas; en este extremo, conforme fue señalado por el autor Fidel Rojas, citado en líneas anteriores, la legislación peruana sanciona esta conducta de retardo con una pena más alta.

Por el contrario, para el autor Edward García en su obra *Derecho Penal Parte Especial Tomo II* nos señala con respecto al antecedente histórico:

El único antecedente del delito en estudio se encuentra en el artículo 198 del Código Penal de 1863. Si bien el legislador nacional se inspira en la figura penal española de la omisión de pago del tenedor de fondos prevista en el artículo 312 del Código Penal de 1848 y en el artículo 321 del Código Penal de 1850 (el empleado público que debiendo hacer un pago como tenedor de fondos del Estado no lo hiciera.), reformula los alcances de la conducta típica y construye un modelo alternativo. No tipifica la omisión o la negativa, sino la demora del pago. (García, 2023, p.1121)

Sobre esta postura, debemos señalar que no compartimos esta postura debido a las diferencias en la redacción y la naturaleza jurídica que propone el autor sobre el antecedente del delito de retardo injustificado de pago tipificado en el artículo 390° del Código Penal peruano vigente, la similitud que presenta la redacción del tipo penal en el código peruano a partir del año 1991 con el tipo penal tipificado por la legislación argentina nos parece un antecedente más adecuado a este supuesto. Esta toma de postura con respecto a los antecedentes del tipo penal nos permitirá ingresar con una mejor idea al desarrollo de la tesis en general.

Después de conocer el panorama jurídico de la inserción y la evolución de este tipo penal en la legislación penal peruana, podemos advertir que nos encontramos frente a un delito sin precedente alguno, que probablemente al ser importado de una legislación distinta no forma parte del día a día jurídico penal peruano. De igual forma, podemos advertir que la falta de modificación sobre el tipo penal es un indicio bastante fuerte para inferir que este tipo penal no es una constante en el quehacer de la lucha anticorrupción peruana. Toda vez que los delitos que más se observan en la realidad peruana sufren varias modificaciones para adaptarse a la forma criminal que enfrentan. Casos como el delito de Colusión o peculado han sido víctimas de amplias modificaciones debido a los cuestionamientos por parte de la doctrina y la necesidad de adaptarse mejor a la realidad criminal peruana. Este no es el caso del Delito de Retardo injustificado de pago, ya que este no ha sufrido modificación alguna desde su formación. A partir



de este punto, se ingresará al análisis del tipo penal en mención bajo la óptica de la Teoría del Delito.

### ***2.2.1.2. Generalidades del Delito de Retardo injustificado de Pago.***

Este ítem de las bases teóricas fundamenta su análisis en la naturaleza de la acción del delito de retardo injustificado de pago. No fue denominada categoría “acción” debido a que se considera a las causales de inexistencia de acción como instrumentos de análisis del caso concreto o de la teoría general del delito, y no como una perspectiva adecuada para el análisis que se busca realizar del tipo penal en mención.

A pesar de esto, se considera que es necesario advertir la naturaleza de la conducta que se realiza en el delito de retardo injustificado de pago, es decir, si nos encontramos frente a un delito comisivo u omisivo. Sobre esto el autor Edward García Navarro en su obra Derecho Penal Parte Especial Tomo II nos señala: “(...) se sostiene que la demora del pago configura un entorpecimiento al servicio público que brinda la administración, lo que hace del presente delito una forma de malversación omisiva”. (García , 2023, p. 1118)

Como se puede advertir de lo señalado por el autor anterior, nos encontramos frente a un delito de comisión por omisión, es decir, que la docunta típica sancionada versa en un “no hacer” al que se encontraba obligado el sujeto activo del presente tipo penal. Si bien también señala que sería una forma omisiva del delito de malversación de fondos, es necesario señalar que la naturaleza criminal del delito de malversación de fondos contenido en el artículo 389° del Código Penal peruano es cuestionada por diversos doctrinarios y operadores jurídicos, la sanción de una modalidad omisiva de la misma resulta aún más cuestionable.

Si bien, existe otra postura, un tanto más radical que fija a este delito como una modalidad omisiva menor imperfecta del delito de Peculado contenido en el artículo 387° del Código Penal peruano, esta resulta aún más lejana a la realidad jurídica. Toda vez que el bien jurídico sancionado en el delito de Peculado es la correcta utilización y disposición de los bienes y caudales del Estado, en concreto su patrimonio. Sobre esto, el delito de Retardo injustificado de pago, no aparta en

ningún momento el patrimonio de las arcas del Estado, por lo tanto, no genera un perjuicio pecuniario al mismo. Es por estas razones que adoptamos la postura de considerar al delito de Retardo injustificado de pago como una modalidad omisiva del Delito de Malversación de Fondos.

Finalmente, el autor Edward García en su obra Derecho Penal Parte Especial antes señalada nos explica que el delito de demora indebida de pago sería un delito de omisión propia, es decir, que no tiene un delito común base y que la categoría del sujeto activo no solo agrava el injusto, sino que, la fundamenta. (García , 2023, p. 1127)

### ***2.2.1.3. Tipicidad del Delito de Retardo Injustificado de Pago.***

Para realizar un análisis epistemológico de un tipo penal y no redundar en cuestiones que se alejan cada vez más del conocimiento científico, es que se considero necesaria la utilización de la perspectiva de la teoría de Delito como esquema de análisis. Si bien diversas escuelas que desarrollan esta teoría proponen como la primera categoría a la Conducta, el presente estudio no se detendrá a analizar la misma, toda vez que, en base a una perspectiva finalista, consideramos que la conducta ya se encuentra desarrollada en la categoría de la Tipicidad, en ese sentido el primer eslabón de la categoría del delito a analizar es, la tipicidad.

Sobre esta primera categoría, conforme lo señala el profesor Percy García Cavero, en su obra Derecho Penal Parte General, la tipicidad a partir de la escuela finalistas considera tanto a la tipicidad objetiva, el análisis factico de la modificación externa; como a la tipicidad subjetiva, análisis subjetivo del fuero interno que motiva la realización de la conducta. (Cavero, 2012, p.398) Sobre el orden de análisis, se tiene que si bien el fundador de la escuela finalista, Hans Welzel, las subcategorías de la tipicidad objetiva y subjetiva se encuentran entrelazadas, por criterios didácticos se deberá estudiar primero la tipicidad objetiva.

#### ***2.2.1.3.1. Tipicidad objetiva del Delito de Retardo Injustificado de Pago.***

Sobre el análisis de la tipicidad objetiva, se omitirá el análisis del criterio denominado Imputación objetiva, ya que la misma pertenece a un análisis

concreto de la subsunción de la conducta al tipo penal, y no un instrumento para el análisis el tipo penal estrictamente. Por esta razón se analizará en primer lugar los elementos descriptivos del tipo penal:

*2.2.1.3.1.1. El Sujeto Activo del Delito de Retardo Injustificado de Pago*

El primer elemento descriptivo que debe ser materia de análisis sobre el tipo penal de Retardo Injustificado de Pago es el Sujeto Activo, es decir, determinar que personas pueden incurrir en este delito, y si estas requieren de una condición especial para poder ser sancionadas por este tipo; de esta forma determinaremos si nos encontramos frente a un delito especial o común.

En este elemento, el autor Fidel Rojas Vargas en su obra *Delitos contra la Administración Pública* nos señala:

*Autor* solo puede ser el funcionarios o servidor bajo cuya competencia se halla la de efectuar pagos ordinarios (funcionario pagador), a nombre de la entidad pública o aquellos pagos decretados por la autoridad competente. La autoría también comprende a aquel funcionario que tiene competencia para ordenar pagos. (VARGAS, 2021, p.841)

Como se puede advertir de lo señalado por el autor, nos encontramos frente a un delito especial, es decir, que requiere de una cualidad especial inherente al sujeto activo durante la realización del hecho delictivo. En específico el delito de Retardo injustificado de pago conforme se desprende de lo señalado por el autor, y del análisis del artículo 390° del Código Penal peruano, donde se encuentra contenido, sería un delito especial que solo puede cometer el funcionario o servidor Público.

De igual forma, el autor Edward García nos señala sobre el sujeto activo en el delito de retardo injustificado de pago:

El sujeto activo es el empleado público encargado de realizar los pagos o la cancelación de las deudas de la entidad pública a la que representa. El deber funcional de la asunción de las deudas de la entidad pública es lo que se le exige al sujeto activo como expectativa institucional; su quebrantamiento fundamenta la

punibilidad y hace del presente un delito de infracción del deber propio. (García , 2023, p.1123)

La teoría de infracción del deber, es una teoría utilizada para la atribución y determinación del grado de autoría y participación de los sujetos en un hecho delictivo, a pesar de esto, actualmente se utiliza esta caracterización para referirse a los delitos de carácter especial. Todo ello, debido a que, resulta más simple atribuir los delitos especial en razón de la infracción de un deber especial de cuidado. Sobre el delito de retardo injustificado de pago, como lo señala el autor antes citado, el deber especial de cuidado que deberá tener el sujeto activo del delito en investigación es la cancelación de las deudas que ostente la entidad a la que representa. En ese sentido, debemos advertir que nos encontramos frente a un delito de omisión al deber especial de cancelación de deudas de la entidad.

Sobre el sujeto activo, el Dr. Ramiro Salinas Siccha nos señala un punto aún más profundo de la naturaleza jurídica del sujeto activo del delito de Retardo injustificado de pago: “(...) *Es decir, el agente debe tener la facultad y en otros casos el deber de hacer los pagos dentro de la Administración pública. Para ello, sin duda, la referida Administración le asigna determinados fondos, los que deben estar disponibles.*” (Salinas Siccha , 2019, p. 512-513). Como se puede entender de lo señalado por el autor, no nos encontraríamos frente a un delito especial únicamente, sino especialísimo; ya que, se le exigirá al funcionario o servidor público que ostente el deber de cumplir con los pagos necesarios por deudas de la entidad. Sobre la facultad de hacerlo, debemos entender que esta es la capacidad únicamente y se comportará como el segundo elemento que componga la cualidad especial del sujeto activo en el Delito de Retardo Injustificado de Pago.

Asimismo, es necesario advertir que conforme señala el autor James Reategui Sanchez en su obra antes citada: “(...) *la norma no exige expresamente vinculación funcional, es posible aceptar la Hipótesis del funcionario encargado eventualmente, por otro funcionario competente de activar los pagos.*” (Reategui, 2017, p.662) Este último autor en ser analizado nos brinda una perspectiva bastante necesaria para el análisis del elemento del sujeto activo en el presente delito. Ya que, nos señala que si se puede atribuir este injusto penal a aquel

funcionario o servidor público que eventualmente ostente la facultad y el deber de realizar determinado pago por motivo de duda de la entidad a la que representa.

Antes de culminar, debemos precisar que no se realizó énfasis en la naturaleza jurídica de la calidad de funcionarios o servidor público ya que esta se encuentra regulada en el artículo 425° del Código Penal peruano vigente, y el desarrollo jurídico de esta definición exigiría al investigador al realización de una tesis mucho más amplia de carácter descriptivo sobre el cargo de funcionario y servidor público, desviándonos así de la delimitación conceptual bajo la cual se pretende desarrollar la presente investigación.

Finalmente, y después de lo antes señalado, debemos considerar como sujeto activo del delito de Retardo injustificado de pago al funcionario o servidor público que ostente el deber de realizar los pagos y no solo ello, sino también, que goce de la capacidad de realizar los mismos, manteniéndose dentro de esta tesis la ostentación transitoria y eventual de este deber y facultad por parte de otro funcionario para efectos de atribución del delito de Retardo Injustificado de pago.

#### *2.2.1.3.1.2. El Sujeto Pasivo del Delito de Retardo Injustificado de Pago*

En segundo lugar y de manera bastante concreta analizaremos la naturaleza del sujeto pasivo, es decir, aquel sujeto bajo el cual recae la conducta típica materia de sanción. Sobre esto el autor James Reategui, en su obra antes citada, nos señala: *“Sujeto pasivo lo es únicamente el Estado peruano, como titular de la actuación que se imparte en todo el seno de la administración pública y agraviado directo, quien no recibe el pago que por ley tiene el derecho a recibir.”* (Reategui, 2017, p. 663) Como se puede advertir, de forma bastante concreta el autor nos señala que el sujeto activo de la conducta típica vendría a ser el estado peruano al ver defraudadas sus expectativas sobre el correcto cumplimiento de las funciones del servidor o funcionario público encargado de la cancelación del pago a razón de una deuda estatal.

Sin perjuicio de lo antes señalado, el estado no es el único sujeto que se verá perjudicado por esta conducta antijurídica, sino que conforme lo señala el autor Ramiro Salinas Siccha en la obra antes citada: *“(…) teniendo en cuenta que con el hecho necesariamente se genera u ocasiona un perjuicio directo a los*

*beneficiarios de los pagos ordinarios o decretados por autoridades competente, estos se constituyen en víctimas del delito.”* (Salinas, 2019, p. 513)

Debido a lo antes expuesto es que debemos preguntarnos si en realidad el Estado es el único sujeto pasivo del hecho delictivo o también el beneficiario que no ve satisfecho su derecho a recibir el pago por deuda del estado. En ese sentido el autor Edward García nos señala que será el titular de la deuda el que se vea perjudicado debido al no pago de la misma, y que este criterio, más no la titularidad del monto objeto material del delito será el criterio aplicable para la determinación del sujeto pasivo de este delito. (García , 2022)

Es por eso, que conforme lo antes expuesto y del análisis doctrinario de las posturas interpretativas del delito de retardo injustificado de pago, podemos concluir que será el Estado peruano al no poder satisfacer el cumplimiento de sus deudas el sujeto sobre el cual reacerá la conducta típica, y por lo tanto el sujeto pasivo del delito contenido en el artículo 390° del Código Penal. Ello sin perjuicio de que el beneficiario del monto que no ve satisfecha la deuda por parte del estado pueda recurrir a las instancias pertinentes para exigir el cumplimiento del pago o más aún, alguna indemnización por daños y perjuicios.

#### *2.2.1.3.1.3. La Conducta Típica del Delito de Retardo Injustificado de Pago*

El siguiente elemento típico en ser analizado será la conducta típica, sobre este extremo tenemos que el artículo 390° del Código Penal vigente nos señala como conducta típica del delito el verbo “*Demora*”. Sobre ello, el autor Edward García en la obra antes citada nos señala:

La conducta típica de la demora delictiva es una omisión. La demora de los pagos son formas de incumplimiento de actos funcionariales sujetos a plazos (incumplimiento tardío o demora funcional), entendido también como una acción temporal o dilatación no autorizada. (...) No se trata de una omisión definitiva del pago, sino de un pago omitido dentro de un plazo o un pago fuera de tiempo pudiendo y debiendo hacerlo”. (García , 2023, p. 1127)

En ese sentido, debemos entender al “demorar” como verbo rector del delito de Retardo injustificado de Pago en el Código Penal peruano, el mismo que conceptualiza la conducta en la cual el funcionario o servidor público no realiza un pago sobre el cual tenía el deber de llevar a cabo. Asimismo, es necesario resaltar que esta conducta no sanciona el incumplimiento del pago, sino que la sola demora en su pago, aunque esta expectativa sea satisfecha con posterioridad ya genera la consumación del tipo penal contenido en el artículo 390° del Código Penal. Esta demora se constituye como una conducta omisiva, un no hacer en un tiempo determinado, sin importar que con posterioridad el pago sea ejecutado.

En este mismo sentido el autor Ramiro Salinas Siccha nos señala: *“Demorar significa que el agente retarda el cumplimiento de su obligación de hacer los pagos requeridos pese a tener conocimiento de que cuenta con fondos disponibles para tal efecto.”* (Salinas, 2019, p.511) Esta propuesta del juez de la corte superior de Justicia de Lima corroborará lo antes señalado por los demás autores sobre la conducta típica del delito de retardo, la demora en el pago, sin importar la el no pago estrictamente configura el delito. Ahora, el autor señala también que el sujeto activo deberá tener conocimiento de que cuenta con los fondos para realizar el pago, esta postura sostiene lo antes señalado en la introducción del análisis, el tipo penal objetivo y el tipo penal subjetivo se encuentran unidas y son inseparables. A pesar de esto, no se hará más profundo el análisis toda vez que como se ha señalado, por criterios didácticos, la evaluación del conocimiento sobre la antijuridicidad de la conducta será realizada en la categoría de la tipicidad subjetiva.

Así también, el Dr. James Reategui en su obra *Delitos contra la Administración pública* nos señala:

Se necesita, por tanto de un cumplimiento que esté sometido a un determinado plazo o al tiempo fijado por la autoridad competente cuya inobservancia por parte del funcionario daría lugar al injusto penal – in examine-, sin existir un requerimiento previo.

Demorar dichos pagos es tanto no dar la orden de pago como el no efectuar el pago ordenado cuando no obstante poder (porque se

poseen los fondos) se debe pagar (porque es el tiempo oportuno).  
(Reategui, 2017, p.665)

El primer punto muy destacable del análisis de la propuesta realizada por el autor James Reategui es que este delito no necesita de un requerimiento previo para su consumación, es decir, no requiere que el beneficiario de la deuda haya realizado algún trámite para la exigencia del pago. Sino que solamente el no pago a tiempo consuma el delito sin este requerimiento previo. Esta es una de las razones por las cuales, se considera necesario el análisis del presente delito bajo una perspectiva de principio de ultima ratio del Derecho Penal. Toda vez que un delito que solo sanciona la conducta de demorar un pago que no fue ni exigido, podría no superar el principio de última ratio, haciendo de esta sanción un ejemplo de sobre penalización ajena a los principios garantistas del Derecho Penal en el Estado Constitucional de Derecho.

De igual forma, debemos entender que la conducta de “demora” radica en no realizar el pago en el plazo determinado, cuando se tiene el deber y la facultad de realizarse.

#### *2.2.1.3.1.4. El Bien jurídico tutelado del Delito de Retardo*

##### *Injustificado de Pago*

Sobre el bien jurídico tutelado en el delito de Retardo injustificado de Pago se tiene cierto grado de discrepancia en la doctrina. En ese sentido el autor James Reategui Sanchez en su obra Delitos contra la Administración pública nos señala:

El bien jurídico protegido en el delito sub examine es la correcta administración pública específicamente la legalidad en el ejercicio de las funciones, garantizando el principio de no lesividad a los deberes especiales inherentes al cargo o al estatus funcional, evitando el abuso de poder del que se halla facultado el funcionarios o servidor público que quebranta los deberes de lealtad y probidad. (Reategui, 2017, p.660)

Como bien lo señala el autor, el bien jurídico que busca ser resguardado mediante la sanción de esta conducta en el artículo 390° del Código Penal es la Administración Pública, ello de concordancia con todos los demás delitos denominados coloquialmente “Delitos contra la Administración Pública”, ya que



todos comparten como bien jurídico general la lesión al correcto desarrollo de la misma.

Asimismo, no es el único bien jurídico que tutela este delito, sino también que tutela la “legalidad en el ejercicio de las funciones” ello bajo la perspectiva de garantizar la no lesividad que traen consigo los cargos en la Administración Pública. Los cargos y atribuciones que traen consigo los funcionarios y servidores públicos no deben ir en contra de la naturaleza deóntica de la Administración Pública, es decir, la satisfacción de las necesidades del ser humano, es de recordar el artículo primero de la Constitución Política que señala como fin del ordenamiento jurídico en general al ser humano. En ese sentido, las atribuciones que otorga la administración pública deben responder a esa finalidad y no servir como instrumento para lesionar otros intereses y bienes jurídicos.

En ese mismo sentido, el Dr. James Reategui en la misma obra antes señalada también expresa:

En tanto que la administración pública es percibida como realidades normativas que están al servicio del ciudadano esto significa que el funcionario servidor público es su relación con la administración pública debe promover mecanismos que permitan un desarrollo real de los ciudadanos. La lesión de la correcta prestación de servicios posterga las expectativas del ciudadano a acceder a logros concretos dentro del sistema. (Reategui, 2017, p.661)

Es así, que una primera postura frente al bien jurídico tutelado por parte del delito de retardo injustificado de pago sería la no lesividad de deberes, orientada a evitar el defraudo de expectativas de los ciudadanos y su confianza frente a las instituciones de la administración Pública. Esta primera postura si bien resulta bastante valiosa, debe ser valorada en conjunto a las demás posturas que nos ofrecerán más autores, para así poder determinar, en el desarrollo de la tesis, si no encontramos frente a un delito que pueda superar el principio de mínima intervención del Derecho Penal o mejor conocido como Principio de Ultima Ratio.

Para el Dr. Ramiro Salinas Siccha el bien jurídico protegido sería:

(...) de modo genérico es el correcto y buen funcionamiento de la Administración Pública en beneficio de los ciudadanos, incluidos los mismos funcionarios o servidores públicos. De modo específico, consideramos que se pretende proteger la buena imagen de la Administración Pública, pues si el agente demora en forma arbitraria los pagos debidos, el beneficiario y los demás ciudadanos comienzan a referirse en malos términos respecto de la administración pública. (Salinas, 2019, p. 512)

En primer lugar, como se puede observar, el dr. Salinas considera también como bien jurídico protegido genérico a la Administración Pública. Por el contrario, cuando hablamos del bien jurídico tutelado específico, este para el autor no sería estrictamente la legalidad que evita la lesividad de los deberes como en el caso anterior, sino la buena imagen de la Administración Pública. Este debate sobre el bien jurídico tutelado por parte de este delito resulta necesario ya que determinar si este injusto supera o no el principio de mínima intervención del Derecho Penal nos exigirá antes de determinar la lesión al bien jurídico y su magnitud, el determinar cuál sería este bien jurídico que es lesionado a causa de esta conducta antijurídica.

Sobre la postura del Dr. Ramiro Salinas, consideramos que no resultan pertinentes sostener como base de un injusto penal la correcta imagen de la Administración Pública, ya que existen más conductas que no son sancionadas por vía penal que generan cierta desacreditación de la administración Pública, por lo tanto no resulta considerar a este bien como el bien jurídico tutelado específico del Delito de Retardo injustificado de Pago contenido en el artículo 390° del Código Penal peruano vigente.

A pesar de esto, no es correcto tener por inútil este aporte del autor antes citado, por el contrario en el párrafo que continúa al antes citado nos brinda valiosa información:

“No es correcto considerar que el objeto específico de este delito sea el tutelar penalmente la viabilidad del destino de parte del patrimonio estatal. Este aspecto se tutela con el delito de

malversación de fondos ya analizado, previsto y sancionado en el artículo 389 del Código Penal. (Salinas, 2019, p.512)

Con este aporte, se puede descartar por completo que de ninguna forma el bien jurídico tutelado específico por el tipo penal contenido en el artículo 390° del Código Penal puede tener cercanía al patrimonio estatal, ya que tanto su correcta utilización como su viabilidad se ven tutelados por otros delitos. Entre estos el delito de Peculado, tanto por apropiación como uso; y el delito de Malversación de Fondos.

Sobre este mismo punto el autor Edward García en su obra Derecho Penal Parte Especial nos señala:

Es mayoritaria la afirmación que es el normal desenvolvimiento de la esfera patrimonial de la Administración Pública el objeto específico de protección. Pero es menester entender ese normal desenvolvimiento en el sentido de la ejecución oportuna de la planificación de los pagos presupuestales. Es la planificación de un ordenado, eficaz y fluido cumplimiento oportuno de las obligaciones pecuniarias de la entidad pública lo que se busca prevenir frente a este tipo de delitos. Se resalta entonces aspectos como la oportunidad, la eficacia y la fluidez en el acto de función patrimonial o aplicación presupuestaria funcional que el fin de protección de la norma debe tener presente. (García, 2023, p.1123)

Esta postura presentada por el Dr. Edward García resulta bastante distante a la propuesta por sus antecesores. Como se ha podido advertir, la postura de los autores anteriores basa su criterio sobre el bien jurídico tutelado en la línea de la defraudación que sufren los administrados o de forma más específica el beneficiario de la deuda estatal al no ser cumplida la obligación de pago. Uno de forma más formal haciendo un análisis de la naturaleza ontológica de las funciones de la administración pública, y otro de forma un tanto más pragmático sobre la defraudación de las expectativas que tiene el administrado. La postura que nos ofrece el Dr. Edward García, es muy distinta ya que habla de tres componentes al bien jurídico específico, la oportunidad, eficacia y fluidez en el acto de la función patrimonial.

Esta postura un tanto más elaborada vuelca el tablero por completo, y con mayor precisión y relación al sujeto pasivo, señala que quien verá defraudadas sus expectativas en razón de la conducta antijurídica desplegada será el estado en esos tres ámbitos, oportunidad del acto función patrimonial, es decir, el momento en el cual debió realizarse; eficacia del mismo, es decir el cumplimiento de los fines para el cual es desplegado de forma completa y correcta; y finalmente, la fluidez en el acto de la función patrimonial, es decir, que no existe ningún impedimento extraño que no permita el cumplimiento de la función patrimonial del Estado. Esta postura un tanto distinta, ubica de mejor forma al Estado como el sujeto pasivo del delito de Retardo Injustificado de pago, ya que será sobre sus expectativas donde recaerán los perjuicios de la acción típica.

Por su parte y finalmente, el autor Fidel Rojas Vargas nos señala en su libro “Delitos contra la Administración Pública”, sobre el bien jurídico tutelado en el delito de Retardo Injustificado de pago, lo siguiente: *“El objeto de la tutela penal es la regularidad y correcta imagen de la Administración Pública. Objeto específico es el titular penalmente la viabilidad del destino de parte del patrimonio estatal”*. (VARGAS, 2021, p.840)

Sobre esta postura podemos observar que se rige a lo señalado con anterioridad por los primeros dos autores citados con respecto a la perspectiva de análisis de la vulneración a las expectativas en el delito de retardo injustificado de pago. Es más, de forma un tanto contradictoria considera a la viabilidad del destino del patrimonio estatal como bien jurídico de este delito. Esta postura se sobrepone al cuestionamiento que realizan los autores sobre la no participación del patrimonio estatal como bien jurídico específico por parte de este delito. Ya que para ello se encuentra sancionados los tipos penales de peculado y malversación de fondos en sus diversas modalidades. En ese sentido es necesario para la presente investigación tomar postura sobre cuál sería el bien jurídico tutelado por el tipo penal contenido en el artículo 390° del Código Penal Vigente.

Con respecto al bien jurídico genérico que tutela el delito, no existe mayor discusión en ninguna de las posturas que han sido analizadas con anterioridad. En ese sentido, se tiene como bien jurídico genérico del delito de Retardo Injustificado de pago al correcto desarrollo de la Administración pública.

Por el contrario, con respecto al bien jurídico tutelado específico: tanto la primera, segunda y cuarta postura sostienen una perspectiva basada en las expectativas de los administrados o de los acreedores del estado que no han visto satisfechas sus obligaciones en razón del delito de retardo injustificado de pago. Esta postura no fundamenta de manera tan sustancial cual sería la importancia de la correcta imagen y las expectativas en la administración pública como bien jurídico que será meritorio de una sanción en vía penal.

Por ello, para la presente investigación se tendrá en consideración la postura desarrollada por el Dr. Edward García, sobre el bien jurídico específico en el delito contenido en el artículo 390° del Código Penal. Estos tres elementos: oportunidad, eficacia y fluidez de la función patrimonial del estado serán considerados como bienes jurídicos lesionados por la conducta tipificada en el delito de retardo injustificado de pago. Ello debido a que esta postura fundamenta su paradigma en la defraudación de expectativas estatales, mas no, de los administrados o acreedores, y de esa forma, guarda una mejor relación con el bien jurídico general que tutela, la correcta administración pública. Ello para fines de la presente investigación.

Antes de avanzar al siguiente elemento es necesario recuperar una postura presentada por el autor Fidel Vargas Rojas, quien nos señala que para diversos autores chilenos esta conducta no debe ser materia de sanción penal, ya que, si bien se constituye como una conducta antijurídica, es decir que contraviene el ordenamiento jurídico, el grado de lesión que genera a la administración pública en general no es meritoria de una sanción en materia penal. Siendo suficiente la vía administrativa para poder solucionar este conflicto. (Vargas, 2021, p.841)

#### *2.2.1.3.1.5. El objeto Material del Delito de Retardo Injustificado de Pago*

Finalmente y como último de los elementos descriptivos que conforman el presente tipo penal, nos encontramos frente al objeto material del delito. Este deberá ser entendido como aquel objeto, persona o cosa sobre la cual recae la conducta típica del hecho delictivo. Sobre esto el autor Edward García nos señala:

Sobre el objeto material, al indicar el artículo 390° a los “fondos” se está refiriendo al dinero, esto es, al elemento de intercambio comercial bajo respaldo oficial en papel, moneda o instrumento electrónico. Considerese cualquier dinero, sin importar su nacionalidad en la medida en que tenga reconocimiento económico. Hay que rescatar entonces, en el objeto material, las características descriptivas de la movilidad y fungibilidad. No forman parte del objeto material los bienes, por lo que queda descartada la posibilidad del trueque para la superación de deudas. (García, 2023, p.1126)

Conforme lo señala el autor, el objeto material, es decir, aquel objeto sobre el cual recae la conducta típica es el dinero, el mismo concepto que en el delito de peculado se utilizaba para definir a los caudales. De igual forma debemos desprender conforme lo señala el autor que entre las características de este objeto material, del dinero en específico no interesa la forma en que se encuentre, es decir moneda feble o instrumento de cambio que fundamente su valor.

De igual forma no hace referencia específica a que esta moneda deba pertenecer a alguna nacionalidad en específico, es decir, que se puede constituir como objeto material del delito de retardo injustificado de pago el sol peruano, el dólar estadounidense, la libra esterlina y/o cualquier otra moneda conforme se desprende de la obligación de pago que se tiene. Entre sus principales características podemos encontrar que este caudal es de carácter móvil y fungible, es decir que es pasible de ser transportado a disposición del portador, y que su naturaleza permite que pueda ser respaldada por otro de igual denominación y formación, sin perjuicio alguno.

Finalmente, el autor hace referencia a la imposibilidad de aceptación del trueque como modalidad en el delito de retardo injustificado de pago. Quedando excluida esta posibilidad y en caso de concurrencia deduciéndose en atipicidad relativa.

Hasta este punto se han desarrollado los elementos descriptivos del tipo penal, a partir de aquí se ingresará a los elementos normativos o también denominados valorativos del tipo penal. Estos son denominados de esta forma

debido a que no son corroborables de forma fáctica, sino que requiere un grado de valoración en relación a un instrumento determinado para advertir su concurrencia en el supuesto concreto. Sobre esto tenemos los siguientes: fondos expeditos, pago ordinario o decretado por la autoridad competente e injustificadamente.

#### *2.2.1.3.1.6. Los Fondos Expeditos en el Delito de Retardo*

##### *Injustificado de Pago*

En primer lugar, analizaremos los fondos expeditos, esto conforme nos señala el autor Fidel Rojas Vargas en su obra antes citada serían:

Los fondos expeditos son, así, las sumas de dinero en poder del funcionario que están destinados a viabilizar los pagos. (...) Sin embargo, de no tener el funcionario dichos fondos consigo y se encuentre en la necesidad de pagar, la figura será atípica, igualmente si los fondos son insuficientes. (Vargas, 2021, p. 842)

Como se puede advertir de lo señalado por el autor, los fondos, es decir el objeto material del delito de retardo injustificado de pago debe estar a disponibilidad del funcionario o servidor público encargado de su pago. Es decir, para que se consuma el delito de Retardo Injustificado de Pago se requiere que el funcionario o servidor público que de manera permanente o eventual retarda el pago de fondos que se encontraban expeditos, es decir bajo su disponibilidad podrá incurrir en la conducta desarrollada en el artículo 390° del Código Penal vigente.

Asimismo, el autor nos señala que, en caso, estos fondos no se encuentren bajo la disponibilidad del sujeto activo o quizá el monto no se encuentre completo, no se podrá configurar el delito en mención. Esta última postura juega un papel muy importante como regla de atipicidad en caso de saldos insuficientes para la realización del pago.

En este mismo sentido el autor Edward García nos señala:

(...) los fondos tienen que estar expeditos, lo que significa que ya se encuentran administrativamente destinados para suplir las deudas de la entidad pública. Hay una previa definición presupuestal de la asignación de los fondos públicos sobre su destino de cancelación de las deudas y encontrarse liberados para

la determinación propia del funcionario pagador. (García , 2023, p.1126)

Conforme lo señala el autor, el primer paso para la determinación de si los fondos se encontraban bajo la calidad de expeditos o no es determinar si administrativamente estos se encontraban destinados al pago de una deuda. Es más, conforme se puede interpretar, la determinación administrativa que señale el destino de los fondos debe señalar específicamente la deuda que no fue satisfecha en razón del retardo. Quedando solo en mano del funcionario o servidor público la decisión de cancelar o no la deuda a la cual se encuentra destinado el fondo.

Sobre este mismo punto el autor Edward García en su libro ya citado nos señala:

El estar expedito corresponde a una asignación administrativa en cuanto tiempo, cantidad y forma suficiente para efectuar el pago; no tener dicha asignación previa hace atípica la imputación. Que los fondos se encuentren expeditos permite resaltar su verificación como requisito previo a la conducta típica: se debe indagar si el pago retardado se corresponde con los fondos dinerarios que ya habían sido o no reservados por la administración. “El hecho de que figuren en las reglamentaciones presupuestarias no es suficiente si los fondos no están a disposición del funcionario para que los pueda afectar en la forma determinada. (García , 2023, p.1126)

Esta definición brindada por el autor sobre el elemento normativo “expeditos” como cualidad del objeto material nos resulta más completa ya que nos señala la necesidad de que este fondo se encuentre no solo destinado administrativamente a un pago, sino que debe señalar específicamente a que tiempo, a que cantidad y a que forma de pago se refiere al momento de destinar administrativamente el pago del fondo. Asimismo, señala de que no es suficiente la disposición administrativa de los fondos que determine todos los contenidos anteriores, sino que también debe existir la disponibilidad fáctica para el pago del monto al que se encuentra destinado.



Debemos entender ello como que no basta la disposición en una norma o en una disposición, sino que se requiere la disponibilidad material de los fondos a cargo del funcionario o servidor público que realizará el pago, en caso no se de este supuesto, el hecho deviene también en atípico. Este elemento normativo es un requisito que debe ser valorado tanto por el encargado de la realización de la calificación jurídica, quien en el caso peruano será el Fiscal a cargo de la investigación, como por el juzgador al momento de evaluar de fondo los hechos materia de investigación o acusación según la etapa del proceso.

Sobre este mismo aspecto el autor James Reategui nos señala:

Estar los fondos expeditos implica que dichos caudales se hallen en situación de disponibilidad inmediata para el pago en situación de suficiencia y, como dice Creus, en tiempo debido.

Si existen fondos en la caja fiscal, pero están destinados a otros pagos u otros destinos, obviamente que no existirá tipicidad delictiva de demora de pagos si es que hay carencia de fondos; faltará un elemento del tipo no pudiéndose configurar por el mismo delito. La tenencia de los fondos en poder y bajo responsabilidad del funcionario o servidor supone la existencia previa asignación de dinero. (Reategui, 2017, p.665)

El Dr. Reategui mantiene la misma línea que los autores anteriormente señalados al sostener que tener que la calidad de expeditos hace referencia a la disponibilidad del objeto material, en este caso los fondos, por parte del sujeto activo, de forma específica, el funcionario o servidor público que como ya se tomó postura anteriormente asuma el deber de pago de la deuda a la que se encuentra destinado el fondo de forma permanente o de forma eventual. Esta disposición no debe ser únicamente declarativa, sino que como fue señalado anteriormente por los autores, la disponibilidad del dinero debe ser material, concreta, real. Si no se cuenta con la facultad de poder realizar el pago, resulta atípica la conducta del sujeto activo.

En este mismo sentido el autor Ramiro Salinas Siccha señala que el primer elemento que debe ser materia de análisis para poder determinar si una conducta subsume o no en el tipo penal contenido en el artículo 390° del Código Penal

vigente. Esta postura resulta semejante a la propuesta por los autores anteriores. (Salinas, 2019, p. 510)

En ese sentido debe quedar consolidado que la postura que asume el investigador para poder abordar la presente investigación consolidará como primer elemento de análisis de los elementos valorativos a la categoría de fondos “expeditos”. Ello bajo la finalidad de hacer más didáctico y ordenado el análisis del tipo penal y posteriormente su valoración a partir de la perspectiva del principio de Mínima Intervención del Derecho Penal o Última Ratio del Derecho.

Antes de seguir al siguiente elemento del tipo penal, consideramos necesario citar al autor Ramiro Salinas, ya que en los párrafos siguientes a su definición de fondos expeditos nos da una postura bastante necesaria para tener una mejor perspectiva al momento de abordar este delito. El juez superior de la corte superior de Justicia de Lima señala:

El precedente jurisprudencial del 30 de mayo del 2001 expone en forma pedagógica la concurrencia de este elemento en un caso real. En efecto, allí se expresa que “el ilícito materia de juzgamiento exige un elemento configurativo indispensable, como es la disponibilidad de fondos, y pese a ello, demora injustificadamente un pago ordenado por autoridad competente; sin embargo, ha quedado debidamente establecido que los fondos de la municipalidad, durante la comisión de los hechos, se encontraban embargados por los interventores judiciales, situación económica que no permitía cumplir con diversos acreedores, entre ellos la empresa agraviada. (Salinas, 2019, pp. 510-511)

Como se puede advertir de lo señalado por el autor, el caso que desarrolla el precedente al que se hace referencia es proceso en el cual el sujeto activo sería un trabajador de una Municipalidad. Si bien estos contaban con los fondos para realizar el pago que se retrasó, y más aún contaba, era el funcionario encargado quien contaba con los fondos, estos no se encontraban bajo disponibilidad completa, sino que se encontraban embargados. En ese sentido, debemos advertir que la postura que desarrollan los autores antes citados no nace solo de sus criterios doctrinarios, sino que también es recogido por la jurisprudencia para

señalar los lineamientos bajo los cuales se debe realizar la subsunción de este delito con respecto a los fondos expeditos como elemento normativo del mismo.

En conclusión, para efectos de la presente investigación, se considera al elemento normativo fondos expeditos como primer elemento a ser verificado y valorado con respecto a la naturaleza del objeto material para poder determinar si una conducta subsume en el tipo penal que se desarrolla en el artículo 390° del Código Penal. Cabe señalar que ante en caso de no concurrir este elemento en el análisis del caso concreto, por principio de legalidad, no podría configurar el delito de retardo injustificado de pago. Bajo estas razones pasamos al análisis del siguiente elemento valorativo del tipo penal.

#### *2.2.1.3.1.7. Los Pagos Ordinarios del Delito de Retardo*

##### *Injustificado de Pago*

El siguiente elemento normativo que debe ser materia de análisis es sobre el objeto material del presente delito. En ese sentido, si anteriormente se trató de forma estricta cual sería el objeto material del delito de Retardo Injustificado de pago, este análisis fue realizado de forma estricta. A continuación, desarrollaremos las modalidades en las cuales se puede presentar el objeto material del delito en que será sujeto de la presente investigación. Es así que en primer lugar nos encontramos frente a los “pagos ordinarios”.

Según el autor James Reategui, en su obra *Delitos contra la Administración Pública*, los pagos ordinarios serían: *“El pago ordinario es aquel que la administración está habitualmente dispuesta a efectuar en el marco de la realización normal de sus actividades.”* (Reategui, 2017, p. 666) Este primer concepto desarrollado por el autor Reategui no resulta incompatible y mucho menos lejano a lo desarrollado con anterioridad con respecto al objeto material del presente delito. Es mas, demuestra una de las posibles modalidades en las cuales puede presentarse el objeto material en el delito de retardo injustificado de pago.

Conforme se analiza de lo señalado por el autor, un pago ordinario será aquel que se realiza por parte de la administración pública de manera ordinaria, este concepto deberá ser entendido como un pago que la entidad realiza de manera periódica y que no es extraña a los pagos que regularmente realiza la entidad como parte de la administración pública.

Con posterioridad el mismo autor ya señalado nos da una definición un poco más disgregada y desarrollado con respecto a que entendería por pagos ordinarios, sobre esto nos señala: (...) *son aquellos que las reparticiones públicas efectúan de forma regular y periódicamente de acuerdo con su presupuesto o fijación previa (sueldos y salarios), no así los pagos extraordinarios o especiales.* (Reategui, 2017, p. 666) Bajo este concepto podemos ubicar de mejor forma que debemos entender por pagos ordinarios, estos serán aquellos pagos que la entidad pública realiza regularmente, con cierto grado de incidencia y constante en el tiempo; todo ello bajo el marco de un presupuesto determinado con anterioridad. Nos brinda dos ejemplo bastante concretos sobre que debemos entender como pagos ordinarios, sueldos o salarios, estos entendidos como la remuneración corriente que se brinda a los trabajadores de determinada entidad por concepto del desarrollo común de sus labores.

Sobre este mismo aspecto, el autor Edward García en su obra Derecho Penal Parte Especial, nos señala: *“Los primeros son pagos habituales o regulares de deudas presupuestadas en forma ordinaria, es decir, los que la entidad pública periódicamente descarga con sus asignaciones preestablecidas.”* (García , 2023, p.1133) De igual forma, el autor Edward también nos señala una definición bastante semejante a la citada por el autor Reategui, los pagos ordinarios serían aquellos que se desarrollan bajo las características de entrega periódica, constante, habitual; entendidas todas estas como sinónimos parciales, que refieren un pago que se va dando de forma continua en el tiempo, y que corresponde al pago de determinada finalidad ya establecida con anterioridad a la ejecución o en este caso al retardo del pago.

El autor Fidel Rojas Vargas en su obra Delitos contra la Administración Pública, nos señala:

Pagos ordinarios son aquellos que las reparticiones públicas efectúan de forma regular y periódicamente de acuerdo con sus presupuestos u otra fijación previa (sueldos, salarios) y los tiempos de pago. No lo son los pagos extraordinarios o especiales, que se salen de las exigencias del tipo penal. (Vargas, 2021, p.842)

Esta definición no se aleja de lo ya señalado por los autores anteriores y corrobora el punto vertido por los mismos, considerando que debemos entender por pagos ordinarios a aquellos que cumplen con los presupuestos de regularidad y periodicidad en su emisión, junto con su determinación con anterioridad en razón de un trabajo o motivo que se desarrolle con habitualidad.

Si bien la definición que nos brinda el autor parece no innovar ninguna perspectiva, ni mucho menos generar debate con respecto a aquello que denominaremos pago ordinario dentro del análisis de este delito. Si nos brinda una regla de exclusión que no había sido señalada por ninguno de los autores que hemos estudiado con anterioridad, esto es sobre el pago extraordinario. Debido a la dicotomía natural de los calificativos, no solo podemos encontrarnos frente a pagos que se realizan de manera regular y periódica, sino que también nos podemos encontrar frente a pagos que se realizan por ocasión única y en razón de motivos que no son regularmente remunerados por parte de la entidad. En este supuesto nos encontraremos frente a pagos extraordinarios.

Sobre este aspecto, conforme lo señala el autor, los pagos extraordinarios serán la cara opuesta de los pagos ordinarios, es decir, serán aquellos pagos que se realizan en razón especial y probablemente por única vez. Con respecto a estos, el autor nos señala que estos no se encontrarían contemplados por parte del legislador como posible objeto material dentro del delito de Retardo Injustificado de Pago contenido en el artículo 390° del Código Penal Vigente. Por lo tanto, a criterio del autor Fidel Rojas Vargas, de encontrarnos frente a un pago extraordinario que sea retardado cumpliendo con los demás elementos del tipo penal, no se podrá configurar el tipo penal debido a atipicidad basada en el principio de legalidad.

Para el Dr. Ramiro Salinas Siccha, en su obra “Delitos contra la Administración Pública”, los pagos ordinarios son: “(...) *aquellos que el Estado efectúa habitual y periódicamente de acuerdo con su presupuesto u otra fijación previa, como por ejemplo, sueldos o salarios a sus funcionarios o servidores.*” (Salinas, 2019, p.512) Esta postura no se aleja en ningún extremo de lo señalado por los autores citados con anterioridad. Pues considera que las características que deberá cumplir un pago para ser entendido como ordinario deben ser la

periodicidad, regularidad y previa determinación. Al igual que los autores anteriores, se considera como ejemplos las remuneraciones correspondientes a salarios y sueldos, los mismos que definitivamente cumplen con los criterios que solicita la doctrina para ser entendidos así.

Por todo, para fines de la presente investigación, considero necesario formar nuestra propia definición de pagos ordinarios en razón a lo expuesto por los autores. Sobre esto, se tiene que, los pagos ordinarios para ser configurados en el delito de retardo injustificado de pago, tendrá que ser pagos determinados con anterioridad, a realizarse por el Estado, que sean realizados por motivo de remuneraciones habituales. Es decir, serán aquellos pagos que se realicen de forma constante, regular y periódica.

Asimismo, tomando postura sobre los pagos extraordinarios, compartimos y optamos por la postura expuesta por el autor Fidel Rojas Vargas al señalar que los pagos extraordinarios se quedan por fuera de la definición necesaria para configurar como pagos ordinarios- objeto material del delito de retardo injustificado de pago contenido en el artículo 390° del Código Penal vigente.

#### *2.2.1.3.1.8. Los Pagos Decretados por la Autoridad Competente en el Delito de Retardo Injustificado de Pago*

Como se desprende de la lectura y análisis literal del artículo 390° del Código Penal, otra modalidad de objeto material que se presenta en el delito de retardo injustificado de pago son los pagos decretados por la autoridad competente. Sobre estos, el autor Fidel Rojas Vargas en su obra *Delitos contra la Administración Pública*, nos señala:

Pagos decretados por autoridad administrativa competente son los dispuestos por resolución especial del funcionario en específicas relaciones jurídicas (pagos a proveedores, pagos con certificados de obras, orden de pago impuesto en juicio, pagos al contribuyente a quien se devuelve tributos pagados en demasía o mal acotados, etc.). Abarca ello también a los pagos ordenados por autoridad judicial. (Vargas, 2021, p.842)

Según señala el autor citado, nos encontramos frente a otra de las modalidades de objeto material que deberá ser valorado para determinar la

conurrencia del Delito de Retardo Injustificado de Pago, los pagos decretados por autoridad administrativa competente, y estos deberán ser entendido como aquellos que nacen debido a una resolución en la cual se disponga en determinadas relaciones jurídicas el pago de un monto a determinada persona.

Sobre esto debemos advertir que, en primer lugar, tanto la lectura literal del artículo 390° del Código Penal vigente, como lo señalado por el autor nos permite exigir que quien realice la resolución mediante la cual se ordena el pago por determinado concepto deberá ser el funcionario o servidor público competente para realizar el mandato de pago del monto que será retardado. Sobre esto nos da ejemplos como pagos a proveedores, órdenes de pago que serán dispuesta durante juicio, etc.

De esta definición debemos rescatar la necesidad de una específica relación jurídica, ello entre la administración pública y el sujeto que debió ser beneficiario del dinero retardado. En ese sentido, si bien estaríamos frente a lo que a priori parecería ser un pago extraordinario, debe señalarse que no cumple estrictamente con esta característica, sino que el pago en razón de un decreto por autoridad competente nace en razón de una relación jurídica con el estado, como son los pagos por obras, entre otros, conforme lo señala el autor citado.

Para el Dr. Ramiro Salinas Siccha, los pagos decretados por autoridad competente deberán ser entendidos como: *“(...) estos no son otros que los dispuestos por resolución especial de la autoridad en específicas relaciones jurídicas como puede ser pagos a proveedores, pagos con certificados de obras, orden de pago dispuesto luego de un proceso judicial, etc.”* (Salinas, 2019, p. 512) Esta postura del juez ya citado anteriormente no se aleja de lo señalado por el Dr. Fidel Vargas Rojas, es más, también hace hincapié en la necesidad de la existencia de una específica relación jurídica entre el Estado, en este caso el deudor, y el beneficiario del monto que será retardado con posterioridad a la formación de dicha relación jurídica, y más aun, que será retardado después de ordenado el pago correspondiente por este.

A diferencia de lo señalado por el autor Fidel Rojas Vargas, el autor Edward García si considera como posible objeto material del Delito de Retardo injustificado de pago, el cual deberá ser verificado para poder determinar si

concorre o no el delito de retardo injustificado de pago, los denominados pagos extraordinarios, en su libro Derecho Penal Parte Especial – Segundo Tomo, señala:

Los segundos son pagos de deudas extraordinaria, mejor dicho, los que la entidad pública debe cubrir por disposición de la autoridad competente (v. gr. Autoridad superior o un juez) o ante un requerimiento no previsible e la planificación periódica (v. gr. Proveedores, adquisición de recursos) Se está ante pagos decretados por resolución especial. Estos requerimientos, para efectos del delito, no necesitan contar con apercibimientos o intimaciones. (García , 2023. P. 1130)

Como se puede advertir, el autor Edward García tiene un concepto completamente distinto al de Fidel Vargas Rojas con respecto a si los pagos extraordinarios podrían formar parte como objeto material en el delito de Retardo Injustificado de Pago. La postura que adopta el autor del libro Derecho Penal Parte Especial, es que aquello que denominan en otros libros como pagos decretados por autoridad competente correspondería a esta categoría de pagos extraordinarios. Es decir, a palabras del autor Edward, el tipo penal de retardo injustificado de pago contempla tanto los pagos ordinarios como remuneraciones, y demás semejantes, como los pagos extraordinarios, es decir aquellos que se dan en razón de una resolución que ordene los mismos.

La determinación de si nos encontramos o no frente a pagos extraordinarios o no al hablar de los pagos decretados por autoridad competente será desarrollado al terminar el presente análisis del objeto, a fin de tomar una postura basada no solo en las dos primeras posturas, sino en lo expuesto por todos los autores que van y serán parte de estas bases teóricas. Es por eso, que por ahora solo señalaremos que para el autor Edward García considera como pagos extraordinarios a aquellos que son denominados por la norma como pagos decretados por autoridad competente.

Sobre la postura tomada por el autor James Reategui, se tiene que él tiene una concepción bastante semejante a la optado por los autores anteriores, que señalan la necesidad de una específica relación jurídica entre el beneficiario del



monto y el Estado, es por ello que ya no se citará en la presente. (Reategui, 2017, p.666)

Sin embargo, debemos destacar un aporte muy importante que señala que el autor señalado en su libro *Delitos contra la Administración Pública*:

El pago decretado por la autoridad competente importa la expedición de una resolución administrativa o jurisdiccional, que obligue a funcionario a realizar el pago correspondiente, intimación que debe proceder de una autoridad legalmente competente, para exigir cualquier tipo de pago. (Reategui, 2017, p.666)

Esta postura mantiene la misma línea que ya fue desarrollada por los autores precedentes, dándole determinados detalles nacidos del análisis del contenido literal del elemento de pago decretado por autoridad competente. En primer lugar, señala que debemos encontrarnos frente a un instrumento, que en este caso será una resolución sea jurisdiccional o administrativa, este instrumento debe tener una cualidad especial, es decir, deberá tener fuerza coercitiva. Según se advierte de la lectura de lo señalado por el autor, el instrumento que dispondrá el pago, este instrumento debe intimar al sujeto activo del retardo injustificado de pago para que cumpla con el pago respectivo.

El segundo elemento que señala el autor James Reategui es la competencia que debe ostentar la autoridad para poder intimar al funcionario al pago. La competencia debe nacer de una disposición legal y debe cumplir con la capacidad de requerir el pago al cual se está disponiendo al sujeto activo del delito tipificado en el artículo 390° del Código Penal vigente.

Antes de toma postura sobre la discusión advertida líneas arriba entre si los pagos decretados por una autoridad competente se pueden denominar pagos extraordinarios, debemos tomar una definición propia sobre lo que entendemos para fines de la investigación sobre pagos decretados por autoridad competente.

En ese sentido, los pagos decretados por autoridad competente serán aquellos pagos ordenados por una autoridad que en razón de una disposición legal tiene la capacidad jurídica de ordenar un pago por determinado concepto, así también, deberá realizarse mediante un instrumento que cumpla con los requisitos

legales para la validez del acto administrativo, finalmente este instrumento deberá intimar al funcionario público o servidor que posteriormente incurrirá en retraso a la realización de este pago, ello de manera obligatoria, no debe dejar a la discrecionalidad de este funcionario tal decisión.

Finalmente, para determinar si este supuesto puede ser denominado pago extraordinario, asumiremos una postura intermedia entre las propuestas de los autores. Para fines de la presente investigación, consideramos que los pagos decretados por autoridad competente son una modalidad de los pagos extraordinarios, siendo este último un concepto más amplio que el elemento normativo que compone el delito de retardo injustificado de pago.

Esto ya que, los pagos extraordinarios resultan en una gama aún más amplia de pagos que puede realizar el Estado en razón de su función como sujeto de derecho. Por ello, consideramos que solo aquellos pagos extraordinarios que cumplan con los requisitos señalados en nuestra definición citada líneas atrás podrán ser considerado como elemento material y elemento normativo que configure el delito de Retardo injustificado de pago, conforme está tipificado en el artículo 390° del Código Penal vigente, siendo cualquier otro tipo de pago que no cumpla con todas las características un elemento que devenga en atípica la conducta que se busca subsumir.

#### *2.2.1.3.1.9. El elemento “Injustificadamente” en el delito de Retardo Injustificado de pago.*

Otro elemento que se desprende del análisis literal del artículo 390° que tipifica al delito de retardo injustificado de pago es el elemento “injustificado”, este elemento valorativo, que forma parte también del tipo subjetivo debe ser materia de análisis en este estadio del tipo penal ya que conforme se advierte de su naturaleza forma parte de los elementos que deberán ser valorados desde su origen fáctico a través de un instrumento valorativo.

El autor Ramiro Salinas Siccha nos señala, en su obra *Delitos contra la Administración pública*, lo siguiente:

Este retardo a fin de configurar el delito en análisis tiene que ser injustificado, esto es, el agente actúa de esa manera sin justificación ni explicación razonable. La única explicación de su

actuación arbitraria es el hecho que esté actuado con la finalidad de ocasionar un perjuicio a la víctima y, en otros casos, puede ser que el agente tenga pensado utilizar en forma indebida aquellos fondos. (Salinas, 2019, p. 511)

De la cita realizada por el juez de la corte Superior de Justicia de Junín, se podría deducir que nos encontramos frente a un elemento subjetivo del tipo penal, aquellos que motivaron al autor Hans Welzel a traer el tipo subjetivo a la categoría de la tipicidad, como también es el caso de los tipos que señalan: “el que a sabiendas”; sin embargo, no nos encontramos frente a un elemento subjetivo puro, por el contrario nos encontramos frente a un elemento de orden valorativo, ya que la corroboración de la existencia de una justificación no solo es materia del fuero interno del sujeto activo, sino que también puede ser corroborada por el calificador jurídico y posteriormente por el juzgador sobre su existencia y su validez para convertir en atípica la conducta de un retardo en el delito tipificado en el artículo 390° del Código Penal vigente.

Sobre la segunda precisión realizada por el autor sobre una posible segunda finalidad delictiva como la utilización de fondos, cabe señalar que no podemos asumir dicha postura, debido a que ello nos dirigiría por concurso aparente de delitos a otro tipo delictual, bien sea la malversación de fondos o el peculado, ambos tipificados en el Código Penal vigente, y al tener estos últimos una pena mayor, serían los aplicables en el caso señalado. Por estos motivos descartamos que se pueda considerar una segunda finalidad dentro del delito de retardo injustificado de pago.

De igual forma, el autor James Reategui en su obra *Delitos contra la Administración Pública* señala:

El empleo de este elemento normativo implica no deba existir ninguna razón legal ni natural (artículo 20° del Código Penal), existiendo fondos expeditos, que justifiquen la demora (orden de autoridad competente, disposición de la ley, hecho fortuito, razón técnica), pues de existir, al conducta o actitud del funcionario o servidor no constituiría delito. (Reategui, 2017, p.667)

El autor citado sostiene de una forma distinta lo que correspondería a este elemento de injustificado, dándole una faz negativa sobre la existencia de una justificación que se considere válida. Esta perspectiva es realizada desde una postura guiada por la dogmática penal, ya que se puede percibir en las palabras utilizadas por el autor y en el artículo citado que estaría refiriéndose en la etapa de tipicidad a un elemento que puede importar la aplicación de causas de antijuridicidad formal e incluso de inculpabilidad. Esta postura no resulta equívoca ya que como tal la conducta sancionada fundamenta su injusto en un retardo que como fue señalado anteriormente no busca ni debe tener una finalidad que no sea el perjuicio del acreedor de la deuda. Asimismo, señala como posibles medidas de justificación la eventual orden de un funcionario superior sobre la disposición de esos bienes, citando este supuesto de hecho como una causa de justificación que pueda ser valorada en etapa de tipicidad.

Conforme se ha señalado anteriormente, definir un elemento normativo injustificado nos hace preguntarnos frente a que tipo de elemento del tipo penal nos encontramos. Para darle solución a este conflicto debemos señalar que nos encontramos frente a un elemento de carácter valorativo, es decir, un elemento que si bien será evaluado en la categoría de la tipicidad pertenece deónticamente a la etapa de la antijuridicidad, ya que fundamenta su ser en el injusto penal, en el desvalor de la conducta. Conforme es señalado por el autor alemán Max Ernst Mayer, los elementos normativos y valorativos si bien son evaluados en la categoría de la tipicidad, pertenecen a la categoría de la antijuridicidad, ya que fundamentan el desvalor de la conducta sancionada por el injusto. (Mayer, 2007)

El autor Edward García nos señala, en su obra Derecho Penal Parte Especial, lo siguiente con respecto a elemento normativo “injustificado”:

La referencia del adjetivo “*injustificadamente*” en la demora es una expresión de carácter ilegal que el legislador resalta para una mejor comprensión del presente injusto, no obstante que técnicamente resulte redundante. Entiéndase que la demora debe sujetarse a razones no legalmente permitidas. Se trata de casos fortuitos o de fuerza mayor, esto último proveniente de la entidad

(v.gr. *carencia de suficientes de fondos presupuestados*) o de terceros (v. gr. *Hurtos o apropiaciones*). (García , 2023, p. 1131)

La postura del autor resulta muy necesaria para el presente estudio, si bien no define como un elemento normativo del tipo penal al adverbio de “injustificadamente”, si nos entrega luces de cuál sería la naturaleza jurídica y semántica para la subsunción en el delito contenido en el artículo 390° del Código Penal. El retardo que se torna como verbo rector del delito en análisis debe ser desarrollado por la única motivación interna de generar perjuicio al beneficiario, esta misma debe contener carácter de antijurídica, es decir que, contravenga los valores que inspiran el ordenamiento jurídico. De forma resumida, debemos entender como aquello no justificado como aquella conducta que no se basa en una conducta que sea fiel al ordenamiento jurídico o que se encuentre alejado de este.

Este no es el único alcance que nos entrega el autor sobre lo que debemos entender por conducta injustificada, sino que líneas debajo de lo antes citado nos señala:

Prevalece la actuación arbitraria del funcionario pagador y no las razones no previstas por este para el pago tardío. Este elemento normativo del tipo penal permite trasladar al ámbito de la tipicidad la evaluación de hechos que justifican el pago retrasado. Además, permite observar el carácter arbitrario en el retardo de los pagos. Por consiguiente, los motivos de la demora pueden ser variados, pero sujetos a causas legítimas o razonadas. (García , 2023, p.1131)

Este concepto resulta más amplio con respecto al elemento normativo de un actuar *injustificado*. En primer lugar, nos señala que el sujeto activo del delito de retardo injustificado de pago deberá actuar de forma arbitraria, es decir, por mutuo propio, por voluntad propia deberá retardar el pago, sin mediar otra finalidad para la utilización de este dinero.

En segundo lugar, nos señala que el contenido nos encontramos frente a un elemento normativo, es decir, un elemento del tipo penal que requiere de determinada valoración normativa. Esta valoración, si bien será realizada en la

categoría de tipicidad, consiste en un adelantamiento del juicio de justificación que se daría en el siguiente estadio de la teoría del delito, como es la antijuridicidad.

Solo la concurrencia de estas dos características podrá determinar cómo injustificada una conducta, o en el caso de análisis; solo la concurrencia del acto arbitrario y el desapego a los valores que inspiran el ordenamiento jurídico fundamentarán que el retardo de un pago que se encuentra con fondos expeditos para pagos ordinarios o decretados por la ley pueda ser calificado como injustificado.

La propuesta realizada por el autor Fidel Vargas en su obra *Delitos contra la Administración Pública*, es bastante parecida a la propuesta que nos brinda el Dr. James Reategui antes citado, en ese sentido ya no consideramos muy pertinente citar textualmente lo señalado con anterioridad, ya que el argumento del Dr. Vargas también radica en la fundamentación de la aplicación del artículo 20° del Código Penal sobre causas de justificación o inculpabilidad de la teoría del Delito. (Vargas, 2021, p.844)

Si bien en el elemento normativo denominado “injustificado”, la doctrina suele tener un criterio parejo sobre como debe entenderse, es necesario para fines de precisión en la investigación que podamos recoger un aporte de todos los autores citados y así formar un concepto propio que será aquel que se aplique en la presente investigación.

En ese sentido, entenderemos al termino “injustificado” como un elemento normativo del tipo de retardo injustificado de pago, es decir, si bien es un elemento de la categoría de la tipicidad este encuentra su fundamentación en la antijuridicidad permitiendo evaluar posibles causas de justificación en una categoría anterior a la que propiamente se suele utilizar para hablar de conductas justificadas. Igualmente, para denominar como injustificada una conducta, en específico la conducta de retardar un pago conforme los demás elementos que componen el tipo, este retardo deberá ser realizado solo en el albedrio del sujeto activo, es decir únicamente por decisión de este último. Asimismo, esta conducta no deberá encontrarse fundamentada en ninguna disposición superior ni norma.

De forma que este actuar se aleje de los valores que inspiran el ordenamiento jurídico, y por lo tanto fundamente la antijuridicidad del tipo penal.

*2.2.1.3.2. Tipicidad Subjetiva del Delito de Retardo  
Injustificado de Pago.*

Para poder advertir cual será el tipo subjetivo requerido en el delito de Retardo injustificado de pago primero deberemos advertir que es el tipo subjetivo, sobre esto el autor fallecido Felipe Villavicencio Terreros en su obra Derecho Penal Parte General nos señala:

El tipo subjetivo comprende el estudio del dolo y otros elementos subjetivos distintos al dolo, así como su ausencia (error de tipo). Este ámbito de la imputación resulta a menudo dificultoso en lo que corresponde a la prueba, debido a que se reflejan tendencias o disposiciones subjetivas que se pueden deducir, pero no observar de manera directa. Solo serán aprehendidos indirectamente a través de elementos externos que concretizan una disposición interna del sujeto. (Villavicencio, 2009, p.353)

Para realizar el estudio de la tipicidad subjetiva en el delito específico primero debemos conocer de manera bastante somera para no salir de la delimitación conceptual, cual es la naturaleza jurídica del tipo subjetivo dentro de la teoría del delito en la parte general del Derecho Penal. El tipo subjetivo será la valoración del fuero interno del sujeto activo, es decir, cual era el ánimo que embargaba al sujeto que cometerá la conducta típica.

En ese sentido debemos entender que, para la doctrina, podemos encontrarnos frente a dos formas de tipo subjetivo, la primera de ellas, la dolosa y la segunda que nace muchas veces en razón del error de tipo, la culpa.

La primera modalidad del tipo subjetivo que debemos analizar es el Dolo, en ese sentido, el autor Jorge Pérez López en su libro Derecho Penal Parte General nos señala:

El dolo es el conocimiento y la voluntad de la realización de todos los elementos del tipo objetivo. Cuenta con dos elementos: el *cognoscitivo* (referido a la conciencia y *conocimiento* de los elementos objetivos del tipo – elementos normativos y

descriptivos-) y el *volitivo* (referido a la *voluntad* del agente de desarrollar la conducta, de realizar los elementos objetivos del tipo de los que tiene conocimiento). (Pérez, 2021, p.288)

Si bien podemos encontrar diversas posturas con respecto a como se determina el tipo subjetivo de un delito, o en general de la teoría del delito que abstrae todas las características generales de los tipos penales sancionados en el sistema Romano Germano, detenernos en su análisis supondría superar los límites fijados por la delimitación conceptual que se ha fijado para el presente trabajo. La determinación del tipo subjetivo, como un tema de la teoría del Delito supera con creces el marco conceptual que se fija para el estudio de un tipo penal en específico.

A pesar de ello, para no trabajar sobre una base teórica que no resulte apegada al conocimiento científico más adecuado, debemos señalar que la postura que adopta el investigador en el presente proyecto de tesis es la postura de la teoría Cognoscitiva del tipo penal, es decir, que basta con el conocimiento para la configuración del dolo como modalidad del tipo subjetivo.

De igual forma, debemos señalar que tanto la teoría cognoscitiva como la teoría volitiva del tipo subjetivo realizan la separación de la modalidad dolosa en tres, dolo directo o de primer grado, dolo indirecto o de segundo grado y dolo eventual. Sobre ello, no cabe en la presente investigación redundar más debido a que sobrepasaría ampliamente los límites establecidos por el marco conceptual de la presente investigación.

En contraposición a la modalidad dolosa del tipo subjetivo, podemos encontrar a la modalidad culposa, esta conforme lo señala el autor Jorge Pérez López en su obra antes citada señala: “*El delito culposo o imprudente se caracteriza porque el sujeto activo no quiere la lesión del bien jurídico.*” (Pérez, 2021, p.325) De esta forma podemos advertir que el elemento discriminatorio de las modalidades del tipo subjetivo según la teoría abordada es el conocimiento de las consecuencias del tipo penal.

Sobre este aspecto también es menester señalar que podemos encontrarnos frente a diversos subtipos de actual culposo, como son la culpa consciente y la culpa invencible o inconsciente. Sobre ello solo nos detendremos a señalar que se



van a diferenciar por la posibilidad de prever el resultado de la conducta desplegada, toda vez que el análisis a profundidad del mismo importa la superación en extremo del límite conceptual fijado para la presente investigación.

Ahora, la finalidad de esta pequeña tangente en la presente investigación es definir cual sería el criterio discriminatorio para poder definir la naturaleza del tipo subjetivo en los delitos de la parte especial, de manera concreta, en el delito de Retardo Injustificado de Pago. Sobre este extremo debemos advertir lo señalado por el autor Jorge Pérez López en su obra Derecho Penal Parte General: *“Cuando el tipo delictivo no hace mención del elemento subjetivo, está exigiendo dolo; cuando el legislador castiga la realización imprudente de los tipos, lo señala expresamente.”* (Pérez, 2021, p.326)

Esta última cita nos permite tener la regla necesaria para poder definir la naturaleza del tipo subjetivo que exige el delito de Retardo Injustificado de Pago contenido en el artículo 390° del Código Penal. Ya que, debemos entender por regla general que todo aquel tipo penal que no encuentre citado de forma expresa en su redacción dentro del Código Penal exigirá la concurrencia de la modalidad del tipo subjetivo dolosa, y de esta forma, solo aquellos tipos penales que dentro de su redacción literal contenga la nomenclatura expresa de culposa, podrán ser sancionados bajo esta modalidad del tipo subjetivo.

Como un parentesis antes de abordar el análisis concreto del tipo subjetivo del Delito de Retardo Injustificado de Pago, debemos advertir que la única modalidad del tipo subjetivo que admite sanción penal conforme a la herencia romano germana es la modalidad de la culpa consciente, aquella que deviene de imprudencia, impericia o negligencia que pudo ser advertida por el sujeto activo del hecho delictivo. Toda otra modalidad de delitos culposos no podrán ser sancionados penalmente, asimismo, para no dejar en blanco un punto, debemos señalar que el error de tipo resulta de una incorrecta percepción de la realidad sobre el posible resultado del hecho delictivo. Sobre esto, basta conseñalar que el error de tipo sea vencible o invencible convierten el dolo en culpa.

Ahora si, en específico, sobre el tipo subjetivo en el delito de Retardo Injustificado de Pago contenido en el artículo 390° del Código Penal no señala en ninguno de sus extremos la modalidad culposa del hecho, bajo este criterio,

debemos considerar que no se admite la modalidad culposa del delito en investigación.

Asimismo, el autor Ramiro Salinas Siccha señala en su obra *Delitos contra la Administración Pública* lo siguiente:

De la construcción del tipo penal se evidencia que se trata de un delito de comisión dolosa, no cabe la comisión por culpa o negligencia de parte del agente. El agente siempre funcionario o servidor público conociendo que tiene la obligación de hacer los pagos requeridos y conociendo también que cuenta para ello con fondos disponibles, voluntariamente y en forma inexplicable retarda hacerlos. (Salinas, 2019, p.514)

El autor refiere el mismo punto de análisis que lo propuesto por el investigador al inicio de este segmento de las bases teóricas, el delito de retardo injustificado de pago es eminentemente doloso. Conforme señala expresamente el autor no cabe la configuración de este delito por culpa o negligencia, sobre ello, debemos señalar que, para criterios metodológicos más precisos, la presente investigación considera dentro de la modalidad culposa a la culpa por negligencia como un subtipo de esta, y no como una forma distinta cual parecería citar el juez de la corte superior de Justicia de Lima.

Asimismo, puede advertirse del segundo enunciado que realiza el autor, la definición que tiene sobre el dolo en el delito de retardo injustificado de pago. Este consiste en la intención y conocimiento de las consecuencias del hecho delictivo, en este caso, del Retardo Injustificado de Pago. Es decir, el funcionario o servidor público deberá tener la intención de retardar el pago y el conocimiento de que al omitir ciertas acciones va a retardar el pago. La ausencia de cualquiera de estos dos elementos deviene en una forma culposa del tipo penal, y por lo tanto atipicidad por falta de dolo.

En este mismo extremo, el autor Fidel Rojas Vargas, en su obra *Delitos contra la Administración Pública*, nos señala:

La existencia del dolo es lo que va a permitir diferencia este supuesto de hecho de una falta o irregularidad administrativa. El sujeto activo, conociendo lo indebido e injustificado de su

comportamiento, sabiendo que tiene el dinero suficiente para los pagos y que no hay causa que impida hacerlo, demora arbitrariamente (o no dispone) los pagos. El tipo requiere de dolo directo. No es posible forma culposa, ni el tipo así lo ha previsto. (Vargas, 2021, p.844)

Según señala el autor Fidel Vargas, el límite entre la utilización del Derecho Penal y el Derecho administrativo Sancionador como medio de resolución del conflicto, o de manera más precisa de sanción a razón del perjuicio causado con la conducta antijurídica, será la existencia del Dolo. De esto debemos rescatar que en caso se encuentre la modalidad dolosa, la vía para la sanción conforme es desarrollado será la vía penal, pero en caso nos encontremos frente a un actuar por negligencia, impericia o imprudencia por parte del sujeto activo, es decir, de la modalidad culposa, solo será viable la vía administrativa.

Asimismo, debemos rescatar que para la formación del dolo durante la realización del hecho delictivo el sujeto activo deberá conocer todos los elementos fácticos que lo componen para así poder configurar se manera idónea. El sujeto deberá conocer su calidad de funcionario o servidor público, que teniendo fondos expeditos para la realización de un pago ordinario o uno que haya sido decretado por la autoridad competente y la no existencia de ninguna causa de justificación a dicha conducta para que, omitiendo el pago, o como el verbo recto exige estrictamente retardando el pago, pueda configurar el tipo penal regulado en el artículo 390° del Código Penal vigente.

Es más, el autor conforme se desprende de su análisis considera que el presente tipo solo admite la modalidad de dolo directo, dejando por no admisibles las modalidades de dolo indirecto o de segundo grado y la modalidad de dolo eventual. Sobre esto no realiza mayor fundamentación.

El autor Edward García en su obra Derecho Penal Parte Especial nos brinda un concepto semejante al referirnos que el delito exige un actuar doloso, sobre ello, no nos resulta necesario volver a citar al referido autor en este extremo. Por el contrario, si nos brinda un mayor alcance y análisis sobre los elementos que importan de manera específica la formación del tipo subjetivo en el delito de Retardo injustificado de pago, sobre este extremo nos señala que:

Los conocimientos mínimos del funcionario ejecutor del pago abarcan, entre otros, la existencia de una deuda que tiene la entidad pública, la misma de obligatorio pago en un plazo determinado y la existencia de fondos suficientes asignados y prestos a su ejecución. (García , 2023, p. 1133)

Cuando se refiere a los conocimientos mínimos, el autor procura desarrollar cuales son los elementos del injusto penal en su faceta objetiva que deberá conocer el sujeto activo para poder configurar el delito contenido en el artículo 390° del Código Penal, esto bajo un estándar mínimo de conocimiento. En primer lugar, exige que el sujeto activo tenga conocimiento de la deuda, es decir de la obligación que debe cumplir el Estado con respecto a su acreedor. El conocimiento de esta deuda no debe limitarse solo a la obligación sino a la forma, el lugar y el monto en el cual esta debe ser pagada.

Finalmente, conforme lo señala el autor y se puede desprender del análisis exegético del tipo penal, el delito en mención requiere que el sujeto activo conozca la existencia de los fondos expedidos. Como fue señalado anteriormente, conozco tanto su facultad para poder realizar el pago como la disponibilidad presupuestaria para ejecutar la misma. Este es el conocimiento mínimo que debe ostentar el sujeto activo para que se pueda configurar el tipo subjetivo del delito de Retardo Injustificado de Pago.

Este tipo de conocimiento no es el único que analiza el autor antes citado, sino que también refiere a continuación:

Los conocimientos especializados del funcionario pagador o pueden evitar dejar pasar los pagos ordinarios. Las comunicaciones oficiales previas de las disposiciones o decretos de pagos extraordinarios son expresiones de los conocimientos previos exteriorizados. La debida notificación a su destinatario impide el desconocimiento. (García , 2023, p.1133)

Cuando el autor se refiere a conocimiento especializados, trata de conceptualizar lo que, para el serio, a criterio del investigador, una suerte de imputación subjetiva de una conducta. La implementación de la teoría de la infracción del deber y las demás figuras funcionalistas llevan una tendencia a la

normativización de la conducta. Los esfuerzos desplegados por los sistemas ontológico-mecánicos de la teoría del delito (escuela causal, valorativa y finalista) se han visto inútiles frente a diversos supuestos de laboratorio que forma la doctrina penal moderna. En ese sentido, la postura funcionalista y sobre todo si vertiente radical proponen una imputación subjetiva, una evaluación del tipo subjetivo en base al deber ser de la conducta que se espera por parte de los sujetos, en este caso del funcionario o servidor público en razón de su cargo, en específico en razón de su rol.

Para las posturas normativistas radicales, la forma de imputación del tipo subjetivo nace en razón de un conocimiento que *debe* tener el sujeto activo, ello en base a sus deberes positivos y negativos desplegados dentro de su rol. Sobre este extremo, es que el autor Edward García basa este criterio que denomina conocimientos máximos. Atribuye al sujeto activo, cierto grado de conocimiento en razón del cargo que ostenta y exige que la conducta desplegada por este no incurra dentro del delito de retardo injustificado de pago. (Deberes positivos)

Sobre esta última postura, el investigador tomará parte sobre su adopción debido a su radicalidad dentro del esquema doctrinario al culminar el análisis del tipo subjetivo del Delito contenido en el artículo 390° del Código Penal vigente.

Sobre el tipo subjetivo, el autor James Reategui Sánchez en su obra *Delitos contra la Administración Pública* nos señala:

El aspecto cognitivo del dolo ha de abarcar todos los elementos constitutivos del tipo penal, en cuanto a la exigencia del pago ordinario o decretado por la autoridad competente; un equívoco sobre cualquiera de dichos aspectos ha de ser calificado como error de tipo. (Reategui, 2017, p.667)

El autor con maestría en la Universidad de Buenos Aires con mención en Derecho Penal sostiene una postura semejante a la de los autores citados con anterioridad, el sujeto activo deberá tener conocimiento de todos los elementos objetivos que forman parte del injusto penal denominado retardo injustificado de pago. Tanto al objeto material en cualquiera de sus dos modalidades, los pagos ordinarios o aquellos que fueron decretados por la autoridad competente, si bien no lo señala estrictamente, también se requiere el conocimiento de la disposición

del monto para la realización del pago, entre otros elementos que ya fueron desarrollados con anterioridad.

La ausencia de conocimiento por parte del sujeto activo de estos deviene en error de tipo, es decir, de una falsa percepción de la realidad, la cual genera según su intensidad una forma culposa consciente o una forma culposa inconsciente; resultado este dato en inútil debido a que sea cual fuera la modalidad a la que conlleva, el delito de retardo injustificado de pago conforme se encuentra tipificado en el artículo 390° del Código Penal vigente no admite la sanción en ninguna modalidad culposa.

De igual forma, el Dr. James Reategui nos señala líneas debajo de lo antes citado: *“A parte del dolo, no necesita el injusto de la presencia de un elemento subjetivo de naturaleza trascendente, los motivos que hayan determinado al autor a no cumplir con la obligación pecuniaria, son a estos efectos intrascendentes.”* (Reategui, 2017, p. 667) Esta consideración por parte del autor si es de gran aporte para los fines de la presente investigación.

Debemos advertir que diversos tipos penales, según la naturaleza del injusto penal que sanionan, el bien jurídico tutelado específico y sobre todo los fines de política criminal bajo los cuales son planteados buscan erradicar determinada conductas que tienen un ánimo especial, un claro ejemplo es el delito de Violación sexual que requiere del *animus lubricandi*, o el delito de Femicidio, tipificado en el artículo 108° - B del Código Penal vigente, el cual requiere del *animus misogeno*. Esto delitos que requieren de una intención adicional al dolo son conocidos como delitos de trascendencia interna importante.

En el caso del delito de Retardo Injustificado de Pago contenido en el artículo 390° del Código Penal, este no requiere de un ánimo adicional al dolo simple que exigen todos los delitos para su tipificación. Conforme lo señala el autor Reategui, la motivación interna que motiva el retardo injustificado de pago no resulta relevante para la tipificación del delito, siempre que responda a los requisitos básicos para la configuración del tipo subjetivo en su modalidad dolosa, es decir, conocimiento más voluntad.

Por todo lo antes expuesto, para fines de la presente investigación se debe conformar una definición propia con respecto al tipo subjetivo que requiere el

delito de retardo injustificado de pago. El delito contenido en el artículo 390° del Código Penal exige bajo su análisis literal de un tipo subjetivo eminentemente doloso, ello debido a la falta de propuesta expresa de una modalidad culposa sancionable.

Asimismo, se debe entender que esta modalidad culposa bajo el actual Código Penal vigente diferencia la vía de sanción del retardo bajo el criterio subjetivo del sujeto activo, es decir, en caso nos encontremos frente a un actuar doloso, deberemos incurrir en la vía penal, y en caso el actuar se de por negligencia, imprudencia o impericia del sujeto activo, es decir, por culpa, deberá ingresarse bajo la vía administrativa.

Sobre los elementos que importan la conformación específica del tipo subjetivo en el delito de retardo injustificado de pago debemos señalar que será un conocimiento mínimo con respecto a los elementos objetivos que contiene el tipo penal, ello bajo la necesidad de que el sujeto activo actué con conocimiento pleno de la conducta en la cual esta incurriendo.

Sobre el segundo elemento que son los requerimientos máximo, el investigador opta por esta postura toda vez que considera a las posturas de estudio ontológico- mecánico como insuficientes para estudiar los delitos de corrupción de funcionarios, de forma aún más específica al delito de retardo injustificado de pago. Es por eso que se deberá recurrir a un criterio de imputación subjetiva normativa radical para poder atribuir un actuar doloso en el accionar del sujeto activo. En ese sentido, si se opta por considerar necesarios tanto el conocimiento mínimo como el conocimiento máximo como criterios para conformar el tipo subjetivo del delito de retardo injustificado de pago.

Finalmente, con respecto a si se requiere algún elemento adicional al dolo, optamos por la postura del dr. Reategui al sostener que no nos encontramos frente a un delito de trascendencia interna importante, y por lo tanto, bastará del dolo común para su tipificación. Los motivos que induzcan al sujeto activo a incurrir en este delito serán ajenos a su configuración.

#### ***2.2.1.4. Antijuridicidad del Delito de Retardo Injustificado de Pago***

En este extremo, debemos precisar que no seremos tan meticulosos en el análisis, si bien corresponde analizar tanto la antijuridicidad material como formal de la conducta que tipificamos, no podemos detenernos en su análisis profundo del mismo debido a que estas categorías, sobre la antijuridicidad formal resultan conflictivas en el análisis de caso concreto, es decir, de la subsunción de una conducta en el caso concreto, hecho que no es materia de la presente investigación.

El autor Fidel Vargas Rojas nos señala que los supuesto de caso fortuito y de fuerza mayor implican un supuesto de atipicidad del delito de retardo injustificado de pago, ya que conforme a la redacción del artículo 390° del Código Penal se requiere como elemento tanto objetivo como subjetivo del tipo el actuar arbitrario del funcionario público, este actuar arbitrario no se podría conformar si en el supuesto existiese un elemento externo que impida de forma material al funcionario el cumplimiento del pago. De igual forma según el autor citado el supuesto de legítima defensa no se podría perfeccionar como una causal de antijuridicidad formal debido a la incompatibilidad de los supuestos de hecho tanto del delito como de la causal de antijuridicidad formal. (Vargas, 2021, p.845)

Con respecto al Estado de necesidad justificante antes de analizar el supuesto debemos dar una pequeña definición del mismo. El autor Percy García Caveró en su obra Derecho Penal Parte General nos señala con respecto al estado de necesidad justificante: “(...) *es cuando la acción realizada para eludir al peligro que se cierne sobre el sujeto, recae sobre un tercero ajeno por completo a dicho peligro.*” (Caveró, 2012, p.594) Bajo este primer supuesto debemos considerar que el estado de necesidad justificante es aquel supuesto en el que el sujeto activo realiza la conducta delictiva debido a que se cierne sobre el un peligro latente, asimismo, bajo un juicio de ponderación se advierte que el bien jurídico tutelado que se lesiona es el mismo que se encuentra en riesgo debido a la amenaza latente que motiva la reacción del sujeto activo.

Asimismo, el nivel de la antijuridicidad material debe satisfacerse para poder consolidarse el delito, en ese entenderde ideas debemos citar a Max Mayer,



quien nos señala sobre la Antijuridicidad material debe ser entendida no solo como la corroboración de la contravención de una norma jurídica por parte del sujeto activo, sino que a profundidad debemos entender a este supuesto como un defraudo, una conducta que contraviene los valores que inspiran el ordenamiento jurídico vigente. (Mayer, 2007, p.225)

Frente a esto, el único supuesto en el cual podemos enfrentarnos a una causal de estado de necesidad justificante, es aquella donde el sujeto activo por motivo alguno no dispone de los fondos para poder realizar el pago en el tiempo exigido. Sobre esto, el autor Fidel Vargas Rojas, en su obra Delitos contra la Administración Pública nos señala: “(...) es discutible que en realidad estemos ante una causa de justificación, dado que la norma penal contiene el componente “fondos expeditos”; al no haber fondos, se trata más bien de una ausencia de tipo. (Vargas, 2021, p.845)

Sobre este aspecto debemos advertir que existen elementos dentro del tipo penal que no fundamentan su razón de ser únicamente en la corroboración fáctica de su perfeccionamiento en el hecho concreto, sino que requieren de un grado de valoración posiblemente a través de un instrumento jurídico para poder determinar su concurrencia. Estos elementos son los antes señalado como elementos normativos del tipo penal. Los cuales basan su razón de ser en la antijuridicidad del tipo penal. Uno de los elementos valorativos o también conocidos como normativos que componen el Delito de Retardo Injustificado de pago conforme se desprende del análisis doctrinario y literal del artículo 390° del Código Penal peruano vigente, es el de actuar “injustificadamente” esta postura que se encuentra en la redacción del tipo penal será valorado en la categoría de la tipicidad, por lo tanto, al encontrarnos frente a una indisposición de fondos o un supuesto que impida de forma concreta la realización del pago en el tiempo correspondiente, nos encontraremos frente a un supuesto de atipicidad, en respeto irrestricto al Principio de legalidad.

#### ***2.2.1.5. Consecuencia Jurídica del Delito de Retardo Injustificado de Pago***

Frente a este supuesto no es muy necesario profundizar; el delito de retardo injustificado de pago conforme es desarrollado en el artículo 390° del

Código Penal tiene una sanción de pena privativa de libertad de 2 días a 2 años de inhabilitación para el ejercicio de la función pública conforme el artículo 46 del Código Penal.

En ese entender de ideas, si bien la cuantía de la pena no es alta, y tampoco se considera que se lleven a cabo supuestos donde se dé pena efectiva, es necesario considerar que las implicancias de una persecución penal y posteriormente tanto la pena privativa sea en su modalidad suspendida o efectiva, más la inhabilitación pueden resultar medidas demasiado violentas para controlar esta conducta; no profundizaremos más en este supuesto ya que será objeto de investigación al momento de realizar la ejecución de la presente tesis.

#### ***2.2.1.6. El delito de Retardo Injustificado de Pago en la Legislación Comparada***

El delito de retardo injustificado de pago es un injusto penal que como fue señalado con anterioridad no forma parte de la tradición jurídica vigente de la mayoría de países. Este injusto penal solo es sancionado en esta vía tan violenta en cinco países distintos al Perú. Sobre ello debemos señalar que conforme propone el autor Fidel Rojas Vargas en su obra *Delitos contra la Administración Pública*, estos países y sus respectivas redacciones serían:

Argentina (1922) “Será reprimido con Inhabilitación especial por uno a seis meses. El funcionario Público que teniendo expeditos, demorare injustificadamente un pago ordinario o decretado por autoridad competente. En la misma pena incurrirá el funcionario público que requerido por la autoridad competente rehusará a entregar una cantidad o efecto depositado o puesto bajo su custodia o administración. (Artículo 264)

Como se puede advertir del análisis literal y minucioso del tipo penal contenido en el artículo 264 del Código Penal de Argentina de 1922, el legislador peruano habría copia íntegramente el injusto penal de la legislación argentina, solo modificando el extremo de la pena. Ya que conforme se advierte del análisis realizado de la legislación peruana, la consecuencia jurídica en el Perú es mucho más alta que en la legislación argentina.

El legislador peruano tuvo por conveniente penar este injusto penal con una pena privativa efectiva y accesoriamente la inhabilitación conforme el artículo 46 del Código Penal peruano vigente. Por el contrario, el legislador argentino, solo ha considerado pertinente la inhabilitación temporal.

De igual forma la legislación española señala:

“El funcionario público que debiendo hacer un pago como tenedor de fondos del Estado no lo hiciere, será castigado con las penas de suspensión y multa del cinco al veinticinco por cien de la cantidad no satisfecha. Esta disposición es aplicable al funcionario público que, requerido por orden de autoridad competente, rehusarse a hacer entrega de una cosa puesta bajo su custodia o administración. La multa se graduará en este caso por el valor de la cosa y no podrá bajar de cien mil pesetas.” (Artículo 398)

Si bien para el autor Edward García Navarro, en su obra Derecho Penal Parte Especial, este sería el antecedente del delito tipificado en el artículo 390° del Código Penal peruano vigente, conforme se puede apreciar, esta postura no sería la más adecuada. Ya que conforme se desprende de su redacción, la naturaleza del injusto sancionado en España, en el artículo 398 del Código Penal de España de 1973 sería mucho más cercana al injusto penal contenido en el artículo 391° del Código Penal Peruano vigente, el cual tipifica el rehusamiento a entrega de bienes depositados o puestos en custodia.

Es necesario advertir que actualmente, el código Penal Español a partir de 1995 ya no sanciona esta figura penal por dicha vía. Entre otros países que sancionan el delito de retardo injustificado de pago podemos encontrar a Guatemala y Costa Rica.

Bajo esta perspectiva es que podemos concluir que el paradigma garantista del Derecho Penal bajo su tendencia reduccionista de injustos penales, considera que la sanción de un retardo injustificado de pago en vía penal resulta extremadamente lesiva. Y en el caso de los países que actualmente sancionan el delito, se puede considerar que estos no hacen uso de una pena efectiva para dicha sanción. Por el contrario, el caso peruano resulta proponer hasta una pena efectiva de dos años privativa de Libertad.

Si bien la experiencia jurídica peruana y la aplicación de las penas en el país nos permite inferir que resultaría casi imposible una sanción de pena efectiva por el delito de retardo injustificado de pago, debido a que por debajo de cuatro años de pena privativa de libertad se aplicará una pena suspendida. Es necesario cuestionar la sanción penal de este delito en su extremo máximo. Es por ello, que el presente proyecto de investigación a raíz del análisis de las bases teóricas cuestiona la aplicación de una sanción penal para un injusto que no reviste una gran incidencia, que no presente una lesión gravísima y finalmente que no es ni siquiera sancionada por vía penal en otros países.

Conforme fue señalado anteriormente, el país que exportó este tipo penal sea bajo la postura de Fidel Rojas, la cual sostiene sería un tipo penal argentino, o la de Edward García Navarro, quien sostiene que sería un tipo penal español, ambos sancionan esta conducta con medidas mucho menos lesivas a la utilizada y sancionada en el Perú. Es más, bajo la postura de Edward García, la cual no se comparte para fines de la presente investigación, la conducta antijurídica de retardar un pago o mejor dicho rehusarse a su entrega no debe ser sancionada por vía penal, ya que existen otros mecanismos menos lesivos que pueden lograr el mismo propósito.

### ***2.2.2. Principio de Mínima Intervención o Ultima Ratio del Derecho Penal***

#### ***2.2.2.1. Concepto de Principios del Derecho Penal***

La segunda categoría que se analizará en el presente proyecto de tesis es el principio de Mínima Intervención del Derecho Penal o también denominado Ultima Ratio. Para iniciar debemos determinar cuál es el significado literal de la palabra principio, sobre ello tenemos que conforme lo señala la Real Academia de la Lengua Española a través de su página web, la definición de principio sería: “*Norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta.*” (Española, 2021) Esta definición nos permite advertir una primera idea de aquello que debemos de considerar como principio.

El principio, gramaticalmente entendido para fines de la presente investigación será una norma, o una idea fundamental que va a dirigir el desarrollo de una conducta o de un pensamiento. En ese sentido, debemos

entender al principio como una directriz que va a dirigir el camino por el cual debe desarrollarse el Derecho, y de forma específica bajo el rubro del presente proyecto de tesis, el Derecho Penal en general.

Bajo este primer concepto sobre los principios en general, y sin detenernos más en su naturaleza jurídica ya que esto excedería la delimitación conceptual de nuestro trabajo al ser u objeto de estudio mucho más grande que el propuesto en el presente proyecto debemos pasar a definir que es un principio para el Derecho Penal es específico.

Para el autor Fernando Velásquez en su obra “Normas rectoras del proyecto de Código Penal peruano de 1986” nos señala:

Los principios rectores de la ley son pautas generales que regulan la actividad punitiva del Estado y que sirven de asiento a las diversas instituciones del derecho penal positivo y a las instituciones penales. Son propuestas por la doctrina y la jurisprudencia como guía para la interpretación y aplicación de la ley penal. (Velasquez, 1988, p.3)

Esta primera definición sobre los principios del Derecho Penal no se aleja para nada del concepto gramatical que fue desarrollado con anterioridad. En estricto debemos partir por considerar a los principios como entes abstractos que fundamentan el Derecho Penal. Es decir, serán lineamientos que inspiren y limiten el poder punitivo del Estado. Como bien se sabe, la capacidad de sanción del Estado, o mejor conocido como el *Ius Puniendi* se puede tornar en un monstruo de tamaño insólito.

Conforme en el algún momento fue señalado por Tomas Hobbes, en su obra El Leviatán, el Estado como creación del hombre, puede consumir a este bajo su poder coercitivo. Bastos ejemplos de ello se pueden encontrar en la historia, por ejemplo, los procesos inquisitivos realizados por la Iglesia Católica para legalizar excesos cometidos bajos fines ajenos a un Estado Constitucional de Derecho, y muchos otros ejemplos que se podrían citar. Es por ello, que el Derecho Penal requiere de lineamientos que inspiren su desarrollo para que así este pueda cumplir su función de limitador y direccionador del poder punitivo del Estado. Esta función es cumplida por los Principios del Derecho Penal.

Conforme lo señala el autor citado estos principios puede ser encontrados tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia; a ello, considero que se puede encontrar también en el Código Penal vigente, claro ejemplo son el principio de lesividad y legalidad contenidos en el Título Preliminar del Código Penal vigente. En ese sentido, un primer concepto que debemos rescatar del autor citado sobre los principios será que estos son lineamientos que inspiran y limitan el desarrollo del Derecho Penal, estos pueden ser encontrados tanto en la doctrina, la jurisprudencia y la norma positiva.

Una segunda postura es la propuesta por el autor Raúl Peña Cabrera nos señala en su obra Tratado de Derecho Penal Tomo I, que:

Los principios rectores son fórmulas abstractas generales e inductivas que sirven de sustento o apoyo a la más variada legislación positiva. Además, ayudan en la tarea hermenéutica y permiten cimentar una mejor coherencia sistemática. No obstante, su elevada importancia, tales principios no obligan al juez ni tampoco al intérprete, porque estos principios no llegan a cuajarse en normas jurídicas. (Peña , 1999, p.8)

Esta propuesta realizada por uno de los autores más reconocidos de la doctrina peruana por su aporte a la parte general y especial del Derecho Penal resulta más cercano a la definición que se busca formar por parte del investigador sobre la naturaleza de los principios para los fines de la presente investigación. El autor también considera a los principios como entidades abstractas, es más, extiende este concepto a considerar su naturaleza inductiva, es decir, son entidades que generalizan el conocimiento para que luego sea utilizado en los casos concretos, expresado de forma un tanto más coloquial, de lo general a lo específico. Estos sirven como el fundamento para el ser del cuerpo normativo y posteriormente su desarrollo y mantención.

Conforme lo señala el autor, otra función que cumplirán los principios en el Derecho Penal será servir para ser la perspectiva de análisis de los artículos en específico, es decir, deberá inspiran la forma de interpretación de los artículos tanto para fines doctrinarios como para fines de aplicación de la ley, de forma específica la ley penal. Asimismo, la aplicación de estos entes abstractos

fundamentadores del Derecho Penal permitirá una mayor integración entre las normas, apoyando y fundamentándose una en la otra, sin generar incompatibilidades insubsanables. Finalmente, el autor señala que estos principios no tendrían en estricta fuerza coercitiva, ya que no se consolidan en normas estrictamente señaladas como para poder ser exigidas. Sobre ello, si bien se tomará una postura al terminar el análisis, debemos considerar que muchos de los principios que se utilizan e inspiran el Derecho Penal nacen de proposiciones contenidas dentro del Código Penal vigente e incluso de la Constitución Política del Perú.

Por último, el autor Jorge Pérez en su obra *Derecho Penal Parte General* nos señala sobre los principios:

Estas normas rectoras son postulados o directivas que deben ser respetadas por los legisladores al momento de redactar leyes especiales. Asimismo, deben ser respetadas en la jurisdicción, pues lo jueces deben efectuar una interpretación armónica y sistemática del derecho penal. (Pérez, 2021, p. 82)

Esta propuesta realizada sobre el concepto de principios del Derecho Penal realizada por el autor citado nos resulta un poco más acorde a los valores que inspiran el Estado Constitucional de Derecho, asimismo, representan el espíritu garantista del paradigma actual del Derecho Penal como regulador del poder coercitivo del Estado. Esta propuesta es divergente con la postura propuesta por el autor Peña Cabrera, quien bajo una perspectiva un tanto más positivista señala que no tendrían carácter vinculante.

Con respecto a la segunda proposición realizada por el autor, si comparte el desarrollo de las dos funciones principales que son la razón de ser de los principios en el Derecho Penal, y en realidad, de los principios en todas las ramas del Derecho, una función fundadora del cuerpo normativo y una función integradora de la norma, ambas como perspectivas de interpretación del cuerpo normativo.

Por lo antes expuesto, es necesario para la congruencia y consistencia de la presente investigación que tomemos una postura frente a las diversas perspectivas propuestas por los autores antes citados, sobre ello la propuesta que se utilizará

para la realización del proyecto de investigación será optar por definir a los principios del Derecho Penal como directrices de carácter abstracto e inductivo que sirven para poder fundamentar, interpretar e integrar las normas que regulan y limitan la utilización del poder punitivo del Estado.

Bajo este criterio y como toma de postura, considero que los principios bajo la perspectiva del Estado Constitucional de Derecho y sobre todo del paradigma Garantista del Derecho Penal y recubre a los principios de poder coercitivo, es decir, de fuerza para poder ser exigidos como una garantía del proceso, ello no debido a que si se puede encontrar diversos de estos estipulados por normas en el título preliminar y otros artículos del Código Penal, sino que estos lineamientos al ser el fundamento de la norma gozan de un carácter aún más fundamental del contenido del Derecho Penal y por lo tanto, también deberán de gozar de una fuerza de coerción aún mayor.

Finalmente, y como un paréntesis, se desea señalar que los principios serán la expresión que desarrollará los valores que inspiran el ordenamiento jurídico penal peruano.

#### ***2.2.2.2. Naturaleza Jurídica del Principio de Mínima Intervención o Ultima Ratio***

El presente proyecto tiene como objeto de estudio la vulneración que se causa al Principio de Última Ratio o Mínima Intervención del Derecho Penal en razón de la tipificación del Delito de Retardo Injustificado de Pago contenido en el artículo 390° del Código Penal peruano vigente. Para ello, anteriormente, hemos definido el concepto de principio a fin de determinar su importancia dentro del Derecho Penal y de esa forma fijar el contexto para durante la ejecución del proyecto de tesis poder tener los criterios aptos para determinar la vulneración que puede sufrir este principio.

Antes de ello, debemos desarrollar el principio de Mínima Intervención o mejor conocido como Ultima Ratio del Derecho Penal, sobre ello, es necesario precisar que como bien fue desarrollado en el apartado anterior, determinados principios se encuentran desarrollados de materia literal en el Título Preliminar del Código Penal peruano vigente, sin embargo, este no es el caso del Principio de Ultima Ratio, sino que este se fundamenta en el argumento del descontrol y



desproporcionalidad a la cual puede arribar el poder punitivo del estado si no se determina sus límites.

El principio de Última Ratio del Derecho penal se fundamenta como uno de los pilares más importantes en la determinación de barreras de exceso punitivo por parte del Estado, en ese sentido, si bien no se encuentra regulado estrictamente en la normativa vigente, considero que se puede desprender de un análisis sistemático del Código Penal vigente y sobre todo del artículo primero de la Constitución Política del Perú de 1993, el cual señala: *“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.”*

Al determinarse el ser humano como el fin supremo de la sociedad y del Estado, no podemos permitir que concepciones como la de Tomas Hobbes, de un estado como el Leviatán del hombre se consoliden al desencadenar sin límite alguno el poder punitivo del Estado. Para ello, el principio de Última Ratio se consolidará como una de las principales barreras del ius puniendi estatal.

Sobre este extremo, el autor Percy García Caveró, en su obra Derecho Penal Parte General nos señala:

Otro de los aspectos político -criminales que informa la intervención penal es el llamado principio de mínima intervención o *última ratio*. Según este principio, el Derecho penal sólo debe intervenir en los casos estrictamente necesario, es decir, cuando el problema o conflicto social no puede resolver con los otros sistemas de control extrapenales. (Caveró, 2012, p.136)

Para poder entender la naturaleza jurídica de un principio, como fue desarrollado anteriormente, debemos considerar que nos encontramos frente a entidades abstractas que inspiran al Derecho Penal, tanto en su formación como en su ejecución; debido a esta naturaleza de abstractas es que no se suele encontrar una definición concreta de su contenido, a pesar de ello, si encontramos axiomas que nos permiten entender su devenir.

Sobre ello, el autor Percy García bien señala que el principio de Última Ratio o Mínima Intervención del Derecho Penal nace en razón de evitar excesos por parte del poder punitivo del Estado, profiriendo de esta forma que este poder

de sanción tan descomunal con el que cuenta el Estado solo debe ser utilizado en los casos donde resulte necesario. Sobre ello, debe entenderse como necesaria o necesario aquello que se forma como la única forma de conseguir determinado objetivo. Y conforme lo señala el citado autor, el Derecho Penal solo deberá ser utilizado en los casos donde ninguna otra rama del Derecho pueda con éxito controlar el conflicto.

En el caso de los delitos es necesario considerar una pequeña concepción teleológica a fin de no desviar el entendimiento del presente trabajo. Para fines del entendimiento de este apéndice, solo señalaremos al Delito como aquellas conductas socialmente rechazables que impiden la convivencia pacífica en la sociedad. Es en base a este criterio que se fundamenta el Principio de Mínima Intervención del Derecho Penal, ya que estas conductas tan reprochables y lesivas para la sociedad solo pueden ser erradicadas a través del Derecho Penal.

Si bien hay posturas que sostienen que el Derecho Penal ha fracasado en su misión de combatir el crimen, ya que sanciona conductas ya desplegadas, resultan su llegada a destiempo, y otras que sostienen que los fines del Derecho penal son de prevención a través de las diferentes teorías relativas de la pena; para fines de la presente investigación no se profundizará sobre la eficacia del Derecho Penal como método de control social, ya que al ser ese un tema de la parte General del Derecho Penal su extensión supera con creces la delimitación conceptual que se ha previsto para la presente investigación.

Sobre esto, el autor Felipe Villavicencio Terreros nos señala, en su obra *Derecho Penal Parte General*:

En un Estado social, el Derecho Penal se legitima sólo cuando protege a la sociedad, pero si su intervención resulta inútil, entonces perderá su justificación. Por eso, este principio conduce a la exigencia de utilidad. La mera utilización de instrumentos violentos como la pena siempre afectará la idea de un Estado de Derecho. “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. (Villavicencio, 2009, p.92)

El axioma propuesto por el autor ya fallecido es una pieza clave para armar el rompecabezas de la naturaleza jurídica que ostenta el Principio de Mínima Intervención del Derecho Penal o última Ratio. El poder punitivo del Estado se expresa de forma concreta en medidas violentas, siendo la pena su método por excelencia, esta medida violenta, bajo los lineamientos de un Estado Constitucional de Derecho que garantice realmente la dignidad de la persona humana no puede utilizar estos métodos tan violentos para fines ajenos a aquellos que se consideren previamente legitimados.

El ex profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Felipe Villavicencio, tiene mucha razón al sostener que la única característica legitimadora del poder punitivo del Estado es la utilidad de sus medidas. Esta propuesta es concordante con lo expresado en líneas anteriores por el Dr. García Cavero sobre la necesidad de la pena como legitimadora de la misma. El Dr. Villavicencio avanza un paso más al dar un aspecto positivo a la pena bajo la perspectiva de que esta será útil para poder solucionar el conflicto social del Delito. De forma específica, sostiene que las penas se legitimarán siempre que resulten útiles para poder combatir las conductas jurídicamente reprochables más graves.

El autor Jorge Pérez López, en su obra Derecho Penal Parte General nos señala:

Estos principios están relacionados con la idea de que el derecho penal debe proteger los bienes jurídicos más relevantes y que su intervención es excepcional y fragmentaria. Esto forma parte de la política penal de cada Estado, ya que no se puede usar el derecho penal para mantener el control social de forma usual y primaria. De lo contrario sería un Estado intervencionista y arbitrario, donde no se podría ejercer las libertades y los derechos fundamentales.

(Pérez, 2021, p.110)

Esta concepción ofrecida con el autor nos brinda una primera vista al siguiente apéndice, el cual desarrollará de manera didáctica los componentes del principio de Mínima Intervención o Última Ratio del Derecho penal. La Mínima intervención exige que la intervención del estado mediante el Ius Puniendi sea de

forma excepcional, es decir, como última opción de aplicación, y fragmentaria, es decir, que solo se utilice en los casos más graves. Esta postura que será utilizada más adelante para fundamentar la división de los subprincipios de la Mínima Intervención es necesaria y es la esencia útil y aplicable del principio que analizamos.

Como fue desarrollado en el apéndice anterior, los principios según la postura adoptada por el investigador para el presente proyecto si conllevan una fuerza vinculante, un carácter de exigencia, el cual se ve manifestado en la definición que nos ofrece el autor Jorge Pérez, transformando el axioma de la Mínima Intervención en un lineamiento aplicable tanto a la interpretación de la norma como a su aplicación en el caso concreto. Toda aplicación del Derecho Penal y de forma específica de los medios que utiliza como la pena, deberá ser realizado solo en casos excepcional y de extrema lesividad.

De igual forma, el autor considera que este principio corresponde a la Política criminal que adopte cada Estado. En el siglo XIX a partir de movimiento Neokantiano de la teoría Pura del Derecho, la misma que encontró su realce en la obra de Hans Kelsen, propuso que el Derecho debía estar alejado de todos los criterios, incluyendo entre estos a la política. Esta postura no responde a las necesidades actuales, ya que conforme lo señalaría en su momento Karl Marx, el Derecho tiene carácter de clase y responde a las necesidades e intereses de la clase dominante, como el instrumento de legitimación de sus intereses. Bajo esta perspectiva, alejar el Derecho a los intereses políticos resulta poco realista.

La propuesta realizada por el autor Claus Roxin sobre la utilización del Derecho Penal como el instrumento de la Política criminal, es decir, el Derecho Penal como método para combatir las conductas criminales, resulta más acorde a nuestra época y, sobre todo, más apegada a la realidad del funcionamiento jurídico. Por este criterio el autor considera necesario que el principio de Mínima Intervención sea el parámetro que exprese la política criminal de cada estado. Es decir, la forma en la que el Estado como ente social exprese que conductas considera como demasiado lesivas y, sobre todo, solo solucionables a partir de las acciones más violentas como la pena y demás instrumentos del Derecho Penal.

Finalmente el autor también sostiene la propuesta expresada de forma bastante somera con anterioridad, un Estado que no promueva el Principio de Mínima Intervención o Última Ratio del Derecho Penal dentro de su fundamentación, interpretación y aplicación de la ley penal, será un Estado que hará abuso del poder punitivo que ostenta sin mediar límite alguno y por lo tanto vulnerando las garantías mínimas que se requiere para considerar a un estado civilizado a partir del concepto de un Estado Constitucional de Derecho. El estado se convierte en un sujeto arbitrario, sin control alguno sin el principio objeto de estudio.

Entre los antecedentes que se citaron en el presente trabajo, debemos señalar que uno de los autores propuestos cuestiono el actual paradigma del Derecho Penal debido al fenómeno de la globalización, tanto la nueva sociedad industrializada como el fenómeno de la globalización nos han llevado a un nuevo paradigma del Derecho Penal conocido como la sociedad de riesgos.

Esta denominada sociedad de riesgos se fundamenta en la idea de que mientras más se desarrolla la tecnología más se desarrollan también los riesgos a los cuales se ven expuestos los bienes jurídicos que tutela el Derecho penal, es más, se da un gran incremento de los bienes en cuanto a su cantidad. Un claro ejemplo de ello son los denominados bienes jurídicos colectivos, los cuales se forman de la unión de los bienes jurídicos individuales.

Esta nueva necesidad de tutelar bienes jurídicos que son ajenos a la tradición clásica del Derecho Penal hace de los medios y en general del paradigma en el cual se ha desarrollado el Derecho Penal, un modelo desfasado para poder responder a estas nuevas necesidades. Por ello, es que el autor cuestiona el nuevo paradigma al cual debe enfrentarse el Derecho Penal y propone una postura reduccionista en base al garantismo penal o una postura expansionista en razón de esta necesidad de nuevas formas de cautelar nuevos bienes jurídicos protegidos.

Sobre ello, debemos advertir que para fines de la presente investigación se considera pertinente la adopción de una postura reduccionista del Derecho Penal. Ello debido a que, en base a un examen de proporcionalidad realizado de forma bastante simple, se puede advertir que las implicancias que tiene una postura expansionista del Derecho Penal tiende a conductas tan lesivas como la

legitimación del régimen penal del partido obrero alemán, es decir, el partido que trajo consigo el tercer Reich de la Alemania Nazi. En razón de evitar posturas de legitimización de abusos o de un estado autoritario, es que consideramos de prioridad y más apegado a la proporcionalidad optar por sacrificar ciertas lesiones para así cautelar una lesión más grave que sería el autoritarismo de un país bajo un régimen legal con amparo jurídico y doctrinario.

Por esta postura es que para fines de la presente investigación optaremos por una postura reduccionista de las conductas que se sancionan por vía penal, ello también en respeto a los principios de dignidad de la persona humana y a la protección de las garantías mínimas que sustentan al Estado Constitución

El autor Percy García Caveró, en su obra antes citada señala también: *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 (...)* (Caveró, 2012, p.136)

El autor expresa de forma concreta los principios que van a nacer del Principio de Mínima Intervención del Derecho Penal o Última Ratio, si bien este aporte nos permite definir con precisión cuales serían los límites de los subprincipios que nacen en razón del principio estudiado, es necesario señalar el origen de los mismos, o por lo menos de la separación que realiza la doctrina.

Conforme nos encontramos delante de un ente abstracto, como fue definido con anterioridad, la forma más adecuada para poder determinar las vertientes que nacen en razón de este principio será la caracterización del axioma en análisis. Líneas atrás, nos referimos al Principio de última Ratio o Mínima intervención como un principio que exige la utilización del Derecho Penal, y de forma más específica del Ius Puniendi estatal, de forma excepcional y fragmentaria. Esta caracterización realizada por los autores antes citados es el origen de la división para el estudio de los Sub principios de fragmentariedad y Subsidiariedad.

Si bien estos serán desarrollados a mayor profundidad en el siguiente apartado, debemos considerar que las características de excepcionalidad darán origen al subprincipio de subsidiariedad y aunque suene redundante, la característica de fragmentariedad, dará origen al subprincipio de fragmentariedad.

Por todo ello, a continuación, pasaremos a desarrollar los subprincipios antes señalados a mayor profundidad.

#### 2.2.2.2.1. Principio de Subsidiariedad del Derecho Penal

La característica de excepcionalidad es el origen del principio de subsidiariedad el Derecho Penal, este solo debe ser utilizado como última herramienta para solucionar conflictos. Sobre esto el autor Felipe Villavicencio Terreros en su obra Derecho Penal Parte General nos señala:

Se trata de la *última ratio* o *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 revisten sus sanciones. Los ataques leves a los bienes jurídicos deben ser atendidos por otras ramas del Derecho o por otras formas de Control Social. (Villavicencio, 2009, p.93)

Debemos recordar que el Derecho Penal es una forma de control social, es decir, de determinar las conductas en las cuales incurra la sociedad, ello de naturaleza formal; esta precisión se da en razón de que no es la única, sino que existen otras formas de control social formal como es el Derecho Administrativo Sancionador. La separación entre estas se da en razón de la herencia evolutiva que han tenido conforme a la gravedad de los instrumentos que utilizan. El Derecho Administrativo se torna como una forma de control social que aplica métodos menos lesivos, generalmente las multas, etc.

Por su parte, el Derecho Penal, hace uso del método más lesivo jurídica y socialmente aceptado, la pena, es decir, la privación de la libertad personal de una persona, ello solo bajo fines preventivos y actualmente de ninguna forma bajo fines de venganza o de retribución de la conducta.

El principio de subsidiariedad sostiene que solo en aquellas situaciones donde hayan fracasado otros medios de control social, como es el ejemplo del Derecho Administrativo Sancionador, se podrá aplicar el Derecho penal.

De existir conductas lesivas, que puedan ser controladas a través de otras ramas del Derecho, no deberá incurrir por el principio de subsidiariedad en el Derecho Penal, ya que este es tan lesivo que deja secuelas irreversibles. Por el

contrario, si una conducta que sancionada por otras ramas del derecho resulta tan repetitiva que se considere insuficiente la aplicación de todas las otras ramas del Derecho, esto fundamentará la utilización del Ius puniendi estatal.

En ese mismo sentido el autor Jorge Pérez en su libro Derecho Penal Parte General nos señala:

(...) se entiende que el control penal es subsidiario a los demás controles, ya que primero se debe utilizar medios de control desprovistos del carácter de sanción, luego medios de control con sanciones no penales, y, solo si ello no es suficiente, se podrán utilizar medios de control con sanciones penales. (Pérez, 2021, p.111)

Esta postura adoptada por el autor resulta compatible y concordante con la propuesta que realizó el Dr. Villavicencio en su obra antes citada. Ambos señalan que el control penal, es decir, la aplicación del poder punitivo del estado como medio de control social tiene un carácter subsidiario. Ello quiere decir que solo deben de ser utilizados siempre en cuando el resto de medios que no tenga carácter penal fracasen o resulten insuficientes para poder lograr con los fines que se busca mediante la pena.

Asimismo, nos proporciona una faz negativa de este principio de Mínima Intervención, el supuesto otras medidas extrapenales si cumplan con el objetivo de la solución del conflicto, o en este caso si sean suficientes para sancionar de manera acorde a los fines Político Criminales al autor de un hecho delictivo, se deberá aplicar este medio extrapenal, ya que bajo el principio de subsidiariedad, el Derecho Penal tiene carácter excepcional. De forma más profunda el autor Percy García Caveró, en su obra Derecho Penal parte General nos señala que el principio de subsidiariedad tiene dos facetas, una cuantitativa y una cualitativa. Sobre la faz cuantitativa señala:

(...) la subsidiariedad significa que solamente los bienes jurídicos más importantes pueden legitimar la intervención del Derecho Penal. En ese sentido las conductas que cuestionan la vigencia de aspectos que no son esenciales para la constitución del sistema social, no pueden dar pie a una sanción penal, aun cuando se



encuentren generalizadas y no exista manera de reducir su tasa de incidencia con otros mecanismos de control. (Cavero, 2012, pp. 136-137)

Esta primera faz del principio de subsidiariedad propuesta por el autor Percy García Cavero nos exige que para legitimar la intervención de una medida tan gravosa como son las impuestas por el Derecho Penal, se requiere que la conducta que busca combatir la sanción sea tan grave que no permita la convivencia pacífica dentro del grupo social. Se denomina cualitativo debido a que no mide la forma o la naturaleza de la conducta, sino solo su característica primordial de imposibilidad de resistencia por parte de una sociedad pacífica.

Sobre este aspecto nos señala que solo las conductas más graves, por más que una conducta sea repetitiva, no deberá ameritar una sanción a través del Ius Puniendi del Estado debido a su carácter de excepcional. Esta gravedad se mide a través de un criterio denominado imposibilidad de convivencia pacífica, y no admite la medición de la gravedad de esta conducta.

La segunda faz que considera el autor Percy García Cavero es la cuantitativa, sobre esto, en su obra Derecho Penal Parte General nos señala:

(...) en el sentido de que no podrá recurrirse al Derecho penal si las conductas disfuncionales pueden controlarse suficientemente con otros medios de control menos lesivos. (...) Si los mecanismos de control extrapenales alcanzan suficientemente para mantener en niveles tolerables determinadas conductas socialmente perturbadoras, entonces no habrá que cargar a las esferas de libertad de los individuos con amenazas penales. (Cavero, 2012, p.137)

Sobre el aspecto subsidiario cuantitativo se tiene que la medida para determinar si una conducta o no debe ser meritoria de aplicación del ius puniendi del Estado será la cantidad de incidencia de las conductas que son rechazadas socialmente, en este caso de los delitos. Mientras más una conducta incida, será más meritoria de la aplicación del Ius Puniendi; y en su faz negativa, si se denota que una conducta deja su incidencia, se deberá

tener que pueden existir otros medios u otras ramas del Derecho para poder enfrentar estos conflictos.

Esta propuesta sustenta que podría aplicarse un control posterior a la tipificación del delito en el Código Penal, en cuanto la incidencia de este delito menor. Esta propuesta puede ser muy valiosa para el desarrollo del presente proyecto, ya que lo que se busca es cuestionar de forma posterior la incidencia de este delito y su integración a la realidad peruana a fin de determinar si supera el principio de Mínima Intervención o Última Ratio del Derecho Penal.

En resumen, la primera vertiente del Principio de Mínima Intervención o Última Ratio del Derecho Penal es el principio de subsidiariedad, este sostiene que solo las conductas rechazadas socialmente en relación a la política criminal de un estado que no puedan ser combatidas mediante otras ramas del Derecho deberán ser meritorias de una sanción penal o de forma específica del Ius Puniendi del Estado. Asimismo, este sub principio contiene dos facetas de evaluación, una cuantitativa y otra cualitativa. La primera de estas refiere el grado de incidencia de una conducta como el criterio para poder determinar la aplicación del principio de subsidiariedad como fundamentador del Ius Puniendi o por el contrario de limitador del mismo.

Con respecto a la segunda faz del Principio de Subsidiariedad se tiene que evaluará a través de la verificación de si una conducta es tolerable socialmente para determinar, de igual forma, tanto como para legitimar como para limitar el uso del Ius Puniendi estatal.

#### *2.2.2.2.2. Principio de Fragmentariedad del Derecho Penal.*

La segunda característica del Principio de Mínima Intervención o Última Ratio da origen tanto a la naturaleza jurídica como a la nomenclatura del segundo subprincipio que compone a la Mínima Intervención, la fragmentariedad.

Como preámbulo al análisis del presente subprincipio debemos considerar que el objeto para fines prácticos y de la presente investigación sobre la aplicación de las penas es la protección de los denominados bienes jurídicos tutelados o protegidos. Sobre este extremo solo señalaremos de manera bastante somera, a fin

de no vulnerar los límites conceptuales de la presente investigación, que los bienes jurídicos protegidos, serán aquellos bienes concretos como abstractos que sean objeto de tutela por parte de una norma jurídica. No profundizaremos en la naturaleza jurídica de estos a fin de no abarcar un tema que supera con creces el objeto de estudio del presente proyecto de tesis, debido a su ubicación en la parte general del Derecho Penal.

El primer autor que debemos citar para analizar el principio de fragmentariedad es Jorge Pérez López, quien en su obra Derecho Penal Parte General nos señala: *El carácter fragmentario del derecho penal implica que “no se castiga todas las conductas lesivas de bienes jurídicos, sino las que revisten mayor entidad”. (...) la protección penal del bien jurídico es solo antes las conductas más graves (...)*. (Pérez, 2021, p.111)

El autor parte de la caracterización del Principio de Última Ratio o Mínima Intervención del Derecho Penal para poder fundamentar el subprincipio de fragmentariedad, caracterizando al primero de estos como fragmentario, y señalando sobre este adjetivo que sería aquel que define al instrumento como aquel que no se utilizará en todos los casos, sino solo en aquellos más gravosos. Conforme se puede apreciar de lo expuesto por el autor, el axioma que compone al subprincipio en análisis es que solo las conductas que afecten de una forma más grave a los bienes jurídicos serán aquellos que ameriten de una sanción mediante la vía penal.

El preámbulo realizado sobre los bienes jurídicos por parte del investigador buscaba conceptualizar y dar un indicio sobre cuál sería el carácter del principio de fragmentariedad, este no va dirigido a la incidencia de las conductas, sino de forma material a que tan gravosa es esta, partiendo de la preposición que si se habría dado una vulneración al bien jurídico tutelado.

De igual forma el autor Percy García Cavero en su obra Derecho Penal parte General, se señala con respecto al principio de fragmentariedad:

(...) se presenta como una exigencia de limitación de la punibilidad de las acciones. Según el principio de fragmentariedad, no toda conducta lesiva de bienes jurídicos merecedores de protección penal debe ser sancionada penalmente. Dentro del conjunto de

conductas lesivas solo deben ser sometidas a represión penal las más graves. (Cavero, 2012, pp.137-138 )

Al igual que sostuvimos al principio de subsidiariedad como un subprincipio que limita la utilización del Ius Puniendi del estado a través del Derecho Penal, debemos advertir que el autor considera al principio de fragmentariedad de la misma forma; como un limitador del poder coercitivo que ostenta el estado frente a las conductas que considera por política criminal rechazables en extremo.

El fundamento del axioma en el cual sostiene el autor con estudios en Alemania, Percy García Cavero al principio de fragmentariedad resulta de una proposición verdadera de la existencia de la vulneración al bien jurídico tutelado a través de la norma. Y extiende toda la valoración de este subprincipio sobre el grado de afectación a este bien jurídico. Sosteniendo de esta forma que solo aquellos que vulneren de manera más grave a estos bienes deberán ser meritorios de una sanción mediante la vía penal.

A pesar de ello, es necesario precisar que ninguno de los dos autores anteriores propone una forma clara de aplicación del principio de fragmentariedad, y conforme se señaló en el desarrollo el concepto de principio y se tomó postura al respecto, debemos utilizar un concepto pragmático y aplicable del principio de fragmentariedad a los casos en concreto.

Para ello, el autor Felipe Villavicencio Terreros, en su obra Derecho Penal Parte General nos señala:

(...) 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 se la selección penal se puede partir de los siguientes fundamentos: *Primero*, defendiendo al 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. (Villavicencio, 2009, p.94)

La primera parte de la definición vertida por el autor concuerda con lo antes expuesto por los autores citados, el principio de fragmentariedad de forma como un límite al poder punitivo del Estado, pero no solo ello, la definición que nos brinda el ex catedrático de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos resulta de mayor aplicación para la resolución de los casos en concreto. Presente al principio de fragmentariedad como una directriz para que el aparato legislativo pueda determinar que conductas o no deben ser tipificadas en el código penal, es decir, deban ser meritorias de una sanción a través de instrumentos tan lesivos como son los utilizados por el Derecho Penal.

Hasta este punto el Dr. Villavicencio no nos ha brindado una forma concreta de aplicación del principio de fragmentariedad, sin embargo, a continuación, nos brinda un conjunto de tres pasos ordenados para la aplicación del Principio de fragmentariedad en los casos concretos.

El primer paso es la realización de un control sobre la forma de protección del bien jurídico protegido, este a partir de la determinación de precisos elementos tanto objetivos como subjetivos para poder determinar la lesividad de la conducta. Es decir, el legislador al momento de proponer la inserción o sustracción de un tipo penal en el Código Penal deberá estudiar utilizar como instrumento de valoración un conjunto de elementos objetivos y subjetivos propuestos previamente, de forma que al nacer estos de la voluntad del pueblo serán la expresión del pensar social con respecto a los requisitos mínimos de la convivencia pacífica.

De igual forma en el caso del operador jurídico, para poder realizar la subsunción del tipo penal deberá apegarse a los elementos descriptivos y normativos propuestos anteriormente por el legislador en la redacción del tipo penal para así determinar aquellas conductas con relevancia penal. Esta propuesta es una perspectiva distinta para la exigencia del cumplimiento de todos los elementos del tipo penal, objetivos y subjetivos al momento de calificar una conducta como delictiva.

El segundo paso que propone el docente para la aplicación concreta del principio de fragmentariedad del Derecho Penal es una propuesta para los legisladores, de igual forma inicia bajo la premisa de que si se ha dado una vulneración al bien jurídico tutelado, en ese sentido propone como segundo paso de aplicación solo sancionar ciertas conductas, las que se consideren como afrentas más graves a los bienes jurídicos tutelados.

El tercer paso que propone el autor es no sancionar las conductas que no manifiestan relevancia jurídica, sobre esto, tenemos que Hans Welzel proponía al Derecho Penal, en específico a la parte Especial como la parte más alta de las conductas moralmente reprochables, consideraba a los delitos como aquellas conductas que, por su gravedad, si bien eran reprochadas moralmente, eran tan repudiables que impedían la convivencia social pacífica. En ese sentido, del conjunto general de conductas reprochables moralmente, solo deberán sancionarse las más graves conforme fue señalado por el autor.

En conclusión, el principio de fragmentariedad es un subprincipio de la Mínima Intervención o Ultima Ratio del Derecho Penal que propone la utilización del Ius Puniendi del Estado solo en aquellos casos donde la lesión al bien jurídico protegido si bien se llevó a cabo, sea de carácter extremadamente gravoso.

### ***2.2.2.3. Consideraciones Finales sobre el Principio de Mínima Intervención***

Para fines de la presente investigación, el principio de Mínima Intervención del Derecho Penal o también conocido como última Ratio, es una directriz que inspira, y fundamenta la utilización del Ius Puniendi estatal. Ello bajo la consideración de que el poder punitivo del Estado resulta tan descomunal que debe ser limitado. Asimismo, asumimos la postura presentada tanto por investigadores citados en los antecedentes como por diversos doctrinarios estudiosos de la dogmática penal citados en este proyecto de investigación que sostienen la necesidad de limitar el poder punitivo del Estado, debido a su naturaleza descomunal, ello bajo la finalidad de evitar que se repitan supuestos de Estados autoritarios como fueron aquellos que bajo un marco de legalidad incurriendo en delitos de lesa humanidad.

La postura presentada en los antecedentes sobre la discusión actual sobre el paradigma que deberá asumir el Derecho Penal, entre un criterio expansionista o reduccionista de los supuestos de sanción penal, en base al análisis de las bases teóricas; nos da por resultado para opción elegida de un Derecho Penal de corte garantista, reduccionista. Ya que de un examen ligero de proporcionalidad podemos denotar que los supuestos en los cuales nos podemos encontrar debido a una falta de garantismo resultan aún peores que el fenómeno de criminalidad en el cual nos encontramos ahora.

Este principio tiene dos manifestaciones, que para fines del presente trabajo fueron considerados también como sus subcategorías a fin de realizar bajo ese criterio la operacionalización de las categorías. El primero de ellos es el sub principio de subsidiariedad que importa la utilización del Derecho Penal como medio de control social excepcional, es decir, solo en aquellos casos donde otros medios de control social resulten inútiles.

Este subprincipio de subsidiariedad tiene tanto en un criterio cualitativo como cuantitativo, con respecto al primero de estos debemos sostener que solo serán meritorias de sanción penal aquellas conductas que revistan de un aura de intolerancia para la convivencia social pacífica, es decir, solo deberán sancionarse aquellas conductas donde la naturaleza de la conducta haga insostenible una convivencia social pacífica entre las personas. La segunda perspectiva es un criterio cuantitativo, este refiere que según exista más incidencia de la conducta que se busca erradicar, mayor será la necesidad de una sanción penal, y por lo tanto esta se encontrará mayormente legitimada. Por el contrario, mientras menor sea la incidencia de una conducta que se sanciona mediante el Derecho Penal, esta deberá pasar a ser solucionada por otra rama del Derecho ya que no fundamentará la necesidad de intervención por parte del poder punitivo del Estado.

La segunda faz que presenta el principio de Mínima Intervención del Derecho penal es el sub principio de Fragmentariedad, el cual importa la aplicación del Derecho Penal solo en aquellos supuestos donde la lesión al bien jurídico si bien es existente, amerite por su gravedad la utilización del poder punitivo del Estado. Este subprincipio fundamenta su existencia bajo la preposición de que existe una lesión a un bien jurídico tutelado, y basa su

naturaleza jurídica bajo el cuestionamiento de si esta lesión resulta tan grave que deberá utilizarse el método de control social más invasivo con el cual cuenta el Estado.

Es decir, el principio de fragmentariedad se fundamenta bajo la postura de que solo aquellas conductas que lesionen de manera más gravosa el bien jurídico deberán ser materia de sanción penal. Con respecto a ello, debemos precisar que conforme fue señalado por el profesor Villavicencio, del análisis total de las conductas que lesionan un bien jurídico, el legislador deberá elegir solo un pequeño grupo de las que advierta y solo en estas aplicar la sanción penal, para poder darle validez y aplicación al principio de fragmentariedad, y no hacer de este un axioma meramente declarativo del Derecho Penal.

### **2.3. Marco Conceptual**

**BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.** “(...) le tesis institucional acierta al centrar la función del Derecho Penal en el mantenimiento de la vigencia de la norma defraudada. La protección penal no apunta a preservar, cual piezas de museo, los objetos individuales o colectivos valorados positivamente, sino a devolver la confianza en la norma cuestionada por comportamientos que manifiestan socialmente un desprecio a los aspectos esenciales de la organización social. El bien jurídico penalmente protegido es la vigencia de la norma. (Cavero, 2012, pp. 128-129)

**PODER PUNITIVO.** El Derecho Penal subjetivo puede definirse como la facultad de imponer penas ante la realización de un hecho delictivo. A esta facultad punitiva se le conoce también con la denominación latina de *Ius Puniendi*. (Cavero, 2012, p.113)

**GARANTISMO PENAL.** El garantismo en materia penal se corresponde con la noción de un derecho penal mínimo, que intenta poner fuertes y rígidos límites a la actuación del poder punitivo del Estado. (Ferrajoli, 2006, p.6)

**PRINCIPIO.** Para el Derecho Penal, los principios representan en primera instancia, un conjunto de reglas que van a limitar el ius



puniendi, con la finalidad de controlar la violencia que intrínsecamente contiene. (Pérez, 2021, p.80)

**ANTI JURIDICIDAD.** Antijurídica es una conducta humana que no está en concordancia con una norma jurídica, es decir con un mandamiento o prohibición del Derecho. (Mayer, 2007, p.217)

**ELEMENTO DESCRIPTIVO.** Los elementos descriptivos son aquellos que pueden ser conocidos y percibidos por el sujeto a través de sus sentidos. (Pérez, 2021, p.221)

**ELEMENTO NORMATIVO.** Los elementos normativos son aquellos en los que se requiere una valoración del juez de manera expresa o tácita y no son perceptibles solo mediante los sentidos. (Pérez, 2021, p. 221)

**OBJETO MATERIAL.** (...) el objeto material del delito es la persona o cosa sobre la que materialmente recaen los resultados de la acción delictiva. (Pérez, 2021, p.264)

## CAPITULO III: METODOLOGÍA

### 3.1. Enfoque Metodológico y Postura Epistemológica:

#### 3.1.1. Enfoque Metodológico

El presente proyecto de investigación presenta un enfoque cualitativo, determinar los motivos que nos llevan a optar este enfoque, requerimos definir en que consiste el mismo; sobre esto el autor Roberto Hernández Sampieri nos señala que el enfoque cualitativo se caracteriza por:

El enfoque se basa en métodos de recolección de datos no estandarizados ni predeterminados completamente. Tal recolección consiste en obtener las perspectivas y puntos de vista de los participantes (sus emociones, prioridades, experiencias, significados y otros aspectos más bien subjetivos). También resultan de interés las interacciones entre individuos, grupos y colectividades. El investigador hace preguntas más abiertas, recaba datos expresados a través del lenguaje escrito, verbal y no verbal, así como visual, los cuales describe, analiza y convierte en temas que vincula, y reconoce sus tendencias personales. Debido a ello, la preocupación directa del investigador se concentra en las vivencias de los participantes tal como fueron (o son) sentidas y experimentadas. (Hernandez, 2014, p.8)

Por estas consideraciones, es necesario advertir que la presente investigación busca recolectar información que no es posible de ser cuantificada de forma objetiva como es la vulneración al principio de ultima ratio del derecho penal por parte del delito de retardo injustificado de pago, contenido en el artículo 390° del Código Penal. Esta característica de la presente investigaciones exige que se opte por el enfoque cualitativo, ya que permitirá al investigador la utilización de rótulos como categorías de investigación.

Asimismo, conforme ya fue expuesto de manera suelta en apéndices anteriores, la presente investigación tendrá por sujetos de estudio a los funcionarios de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín, la experiencia de estos serán los datos que se buscará recoger mediante la ejecución del proyecto, el enfoque cualitativo, de

forma específica la flexibilidad de este enfoque, será lo que nos permitirá adoptar posturas y métodos más idóneos para la realización del presente estudio, ya que solo este enfoque nos permite recoger información como los gestos, o emociones que expresan los sujetos al momento de la ejecución del proyecto.

De igual forma, la naturaleza de la presente investigación exige al investigador la posibilidad de moldear los supuestos de investigación durante el proceso para así responder de forma idónea a la recolección de datos que se realizará sobre las categorías y el conflicto entre estas. Es por eso que, presente investigación exige que se opte por un enfoque cualitativo de investigación a fin de cumplir con el rigor científico que requiere un proyecto de investigación que tenga por objetivo la posterior obtención del título de abogado.

### **3.1.2. Postura Epistemológica:**

Para poder definir cuál es la postura Epistemológica en la presente investigación, requerimos definir que es la “Epistemología jurídica”, para ello es necesario citar al autor Paolo Comanducci, quien nos señala: *La reconstrucción histórica y el análisis también del método propio de la ciencia del derecho, serían entonces las tareas típicas de la epistemología del Derecho.* (Comanducci , 2016, p.14)

La presente investigación mantiene un enfoque epistemológico jurídico iusnaturalista, ya que busca enfrentar la norma actual con un principio del Derecho Penal. Dando prevalencia a esta directriz antecesora del dispositivo normativo, en este caso el delito de retardo injustificado de pago. El iusnaturalismo como una corriente de la epistemología jurídica propugna la prevalencia de los principios y valores que inspiran la formación del cuerpo normativo por encima del derecho positivo vigente. Esta postura es la más idónea para poder fundamentar el cuestionamiento del artículo 390° del Código Penal peruano vigente debido a la vulneración que causa sobre el Principio de Última Ratio o Mínima Intervención del Derecho Penal.

De igual forma, resulta necesario explicar como es que el enfoque epistemológico utilizado será aplicado en la presente investigación, en ese sentido, según el autor Enrique Cáceres Nieto nos señala sobre el enfoque cualitativo:

El enfoque se basa en métodos de recolección de datos no estandarizados ni predeterminados completamente. Tal recolección consiste en obtener las perspectivas y puntos de vista de los participantes (sus emociones, prioridades, experiencias, significados y otros aspectos más bien subjetivos). También resultan de interés las interacciones entre individuos, grupos y colectividades. El investigador hace preguntas más abiertas, recaba datos expresados a través del lenguaje escrito, verbal y no verbal, así como visual, los cuales describe, analiza y convierte en temas que vincula, y reconoce sus tendencias personales. Debido a ello, la preocupación directa del investigador se concentra en las vivencias de los participantes tal como fueron (o son) sentidas y experimentadas (p. 2198)

Bajo esta concepción, la presente investigación hará uso de herramientas como la entrevista a operadores jurídicos que se desenvuelven dentro de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín para poder recolectar datos que permitan determinar la vulneración que causa la sanción de la conducta tipificada en el artículo 390° del Código Penal al principio de Ultima Ratio del mismo.

Esta técnica de investigación resulta ser la más idónea de aplicación dentro del enfoque cualitativo ya que permite la flexibilidad necesaria para la recolección de información del presente trabajo de investigación.

### **3.2. Metodología Paradigmática**

La presente investigación hará uso de la Teoría Fundamentada como método paradigmático, la misma que como señala el autor Ruben Cuñat Gimenez, sería: *“La Teoría Fundamentada es deductiva e inductiva. Inductivamente, le teoría surge desde las observaciones y genera datos. Esta teoría puede ser entonces examinada empíricamente para desarrollar pronósticos o predicciones desde unos principios generales.”* (Cuñat , 2010, pp.2-3)

Como se puede advertir, la Teoría Fundamentada permite al investigador mayor flexibilidad en los instrumentos y la forma de procesar los datos que busca recabar, ello bajo el objetivo de adaptarse a las necesidades de categorías que no

pueden ser cuantificables. La presente investigación busca determinar el grado de vulneración al principio de Ultima Ratio del Derecho Penal por parte de la tipificación del Delito de Retardo Injustificado de pago, sosteniendo la no existencia de un perjuicio económico real y la ausencia de un bien jurídico tutelado, hecho que no puede ser cuantificado de manera objetiva, por lo tanto, requiere de la metodología de la Teoría Fundamentada. Entre los instrumentos a utilizarse serán las entrevistas a operadores jurídicos dentro del escenario de estudio, de manera que, los datos que se recojan de estos instrumentos serán bastante variables y solo la Teoría Fundamentada mediante su método deductivo-inductivo ofrece la capacidad de flexibilizar las categorías al punto de hacer manejable la información recogida. Asimismo, la información recogida por parte del investigador sobre la perspectiva de los operadores jurídicos obtenida de diversos casos de investigaciones por el delito de retardo injustificado de pago, será bastante diversa y variada, por lo tanto, solo mediante la Teoría Fundamentada se podrá contar con los métodos necesarios para interrelacionar estas y finalmente emitir conclusiones generales que sean realmente válidas.

### **3.3. Diseño del Método Paradigmático**

#### ***3.3.1. Trayectoria del Estudio***

La presente investigación comenzará analizando el contexto paradigmático en el que se encuentra. Si bien la ausencia de investigaciones cercanas a nuestro objeto de investigación denota cierta desidia por parte de los investigadores de abordar este tema, los libros de Derecho Penal Parte Especial peruanos, como son el del autor James Reategui, o Ramiro Salinas Siccha serán nuestro punto de partida para fundamentar la operacionalización de nuestras categorías.

Después de fundamentada nuestra matriz de consistencia podremos conformar el instrumento a utilizarse en la presente investigación para poder recoger información y posteriormente procesarla. En el presente caso se hará uso de la entrevista dirigida a fin de conocer la perspectiva de los operadores jurídicos que se han y siguen encontrándose día a día con el fenómeno de la vulneración del principio de ultima ratio al aperturar investigaciones por el delito de retardo injustificado de pago.

Posteriormente se procesará esa información recogida a través de las encuestas para ser procesada mediante la Teoría Fundamentada, método inductivo-deductivo; a fin de arribar a conclusiones sobre la vulneración a este principio y las posibles recomendaciones ante esta situación.

Finalmente, y en base a las conclusiones y recomendaciones, de confirmarse el Supuesto de vulneración al principio de Ultima Ratio del Derecho Penal por parte del delito de retardo injustificado de pago, se procederá a realizar un proyecto de ley que tenga por objeto la derogación del artículo N°390 del Código Penal, el cual tipifica el Delito en investigación.

### ***3.3.2. Escenario de Estudio***

Si bien la afectación al principio de Ultima Ratio del Derecho Penal en los casos del Delito de Retardo Injustificado de pago se da en todo el territorio nacional debido a que el Código Penal rige en toda su extensión. Las limitaciones tanto presupuestales, como metodológicas exigen al investigador fijar un escenario de investigación menor, a fin de hacer posible la obtención de información de calidad y procesable.

Por las consideraciones antes expuestas, el escenario a utilizarse para la presente investigación será la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín, la cual tiene jurisdicción en todo el Distrito Judicial Junín, contando con cuatro despachos provinciales, y una fiscalía superior.

### ***3.3.3. Caracterización de los Sujetos o fenómenos***

En la presente investigación, se realizará entrevistas dirigidas a los funcionarios públicos que conviven día a día con la investigación del Delito de Retardo Injustificado de Pago en la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín. En ese sentido las entrevistas se realizarán a los Fiscales tanto de las Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín, a los Fiscales provinciales y Provinciales adjuntos de los cuatro despachos de la Fiscalía escenario de la investigación, ya que son ellos quienes directamente se pronuncian de fondo sobre la calificación de este injusto penal. Asimismo, se utilizará el mismo instrumento para evaluar a los Asistentes en Función Fiscal, ya que, conforme al Manual de Funciones de los

Asistentes en Función Fiscal del Ministerio Público, esto se encuentran en la capacidad y función de realizar proyectos para ser evaluados por sus fiscales a cargo, este hecho nos permite incluir a este personal en la presente investigación ya que también conviven de forma directa en la investigación de este delito.

#### ***3.3.4. Técnicas e instrumentos de Recolección de Datos.***

Con respecto a la técnica de investigación debemos señalar que bajo el enfoque en el que nos encontramos y debido a las características propias del objeto de estudio de la presente investigación, se ha optado por utilizar la Encuesta estructurada como técnica de Investigación.

Sobre este extremo debemos señalar que como se expuso anteriormente, el presente trabajo encuentra en el enfoque cualitativo las flexibilidades y características que requiere para su ejecución. Ello conforme a que se busca determinar la forma de vulneración al Principio de Mínima Intervención o Última Ratio del Derecho Penal a razón de la tipificación del Delito de Retardo Injustificado de pago en el artículo 390° del Código Penal peruano vigente.

Determinar el grado de vulneración resulta imposible de forma cuantitativa, es por ello, que se ha optado por el enfoque cualitativo ya que este responde bajo su premisa de rótulos y categorías a la flexibilidad necesaria para el estudio. De forma que haber optado por la encuesta estructurada como técnica de investigación resulta ser la opción más viable debido a que esta técnica se presenta como la más adecuada para la recolección de información en los proyectos de investigación con enfoque cualitativo.

De igual forma debemos precisar que se hará uso de la entrevista como técnica de recolección de datos, de forma específica la entrevista estructurada a fin de tener mayor libertad para el recojo de la información que ofrecen los funcionarios que serán los sujetos del presente trabajo de investigación.

#### ***3.3.5. Tratamiento de la Información***

Sobre el tratamiento de la información debemos señalar que esta será procesada en primera instancia mediante el programa Word a fin de ser recuperada de la fuente de la cual emana, que en el caso preciso conforme fue señalado con anterioridad serán los fiscales y asistentes en función fiscal que conforman la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de

Corrupción de Funcionarios de Junín, en ese sentido al ser la entrevista no estructurada la técnica de recolección de datos elegida, debemos precisar que primer procederemos a perennizar las respuestas brindadas mediante el programa en mención por cada uno de los entrevistados.

Después de ello la información será clasificada mediante el programa Word a fin de poder determinar mediante el método inductivo - deductivo de la teoría fundamentada las conclusiones a las cuales se arriba del recojo de dicha información.

Finalmente, las consideraciones a las que se arriban serán enfrentadas y discutidas con el marco conceptual y las bases teóricas para dar lugar a la confrontación de los Supuestos planteados en el capítulo precedente del presente proyecto.

### ***3.3.6. Rigor Científico***

Sobre la credibilidad del presente trabajo debemos señalar que las conclusiones a las cuales se arribarán se ajustarán a la verdad ya que la información brindada es recogida directamente de la fuente más idónea para cuestionar la naturaleza de la vulneración del delito de retardo injustificado de pago al Principio de última Ratio del Derecho Penal. Asimismo, debemos señalar que los criterios bajo los cuales se realiza tanto la formación del eje temático del instrumento de recojo de datos, como la confrontación de la información permiten que el presente trabajo revista del rigor científico necesario para sustentarse como un válido a niveles científicos.

Finalmente podemos señalar que las conclusiones a las que arribe el presente trabajo serán pasibles de falsabilidad, y será este criterio el que conforme el Karl Popper lo revestirá del rigor científico necesario para considerarse verídico.

### ***3.3.7. Consideraciones Éticas***

Sobre las consideraciones éticas que conforman el presente trabajo de investigación se tiene que:

- Toda la información que ha sido recogida por parte del investigador para la conformación de las bases teóricas, y principalmente la que será recogida durante la ejecución del proyecto, estarán revestidas de la



veracidad necesaria para que el resultado al que se arribe responda de manera cierta a la realidad en la cual se lleva a cabo el fenómeno de la vulneración del principio de mínima intervención del Derecho Penal por parte de la tipificación del Delito de Retardo Injustificado de Pago en el ordenamiento jurídico vigente.

- Asimismo, debemos señalar que las citas realizadas en el presente proyecto de investigación y en su posterior ejecución corresponden a los autores citados. Para fines de corroboración de ello se tiene a cada uno de estos autores y las obras que fueron materia de análisis señalados en las referencias bibliográficas.
- Finalmente, debemos señalar que la información recogida por parte del investigador, al provenir de funcionarios públicos con un deber de objetividad conforme son los valores que debe ostentar el Ministerio Público, serán tratados con veracidad y principalmente con confidencialidad. Ello debido a que la información a la cual se acceda será de carácter reservado y solo destinada para fines académicos como es la comprobación de los Supuestos planteados en el presente trabajo.

## CAPÍTULO IV: RESULTADOS

### 4.1. Descripción de los resultados

Los resultados de la presente tesis provienen de la información recolectada mediante el instrumento de recolección de datos – entrevista estructurada, la cual fue desarrollada conforme a los objetivos que persigue la investigación. Dicha información fue contrastada con las bases teóricas de la investigación, así como los antecedentes de la misma; arribando así a conclusiones que mantengan un carácter de doctrina jurídica con el rigor epistemológico necesario sobre la naturaleza de la vulneración al Principio de última Ratio o Mínima Intervención del Derecho Penal por el tipo penal de Retardo Injustificado de Pago en la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín.

#### *4.1.1. Análisis de las entrevistas*

##### *4.1.1.1. Sujetos de la Entrevista*

El presente trabajo de investigación tuvo como instrumento de recolección de datos la entrevista estructura a personal fiscal que integran la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín, este personal fue elegido en relación a su cercanía con la investigación y persecución del ilícito penal de retardo injustificado de pago. Asimismo, las preguntas que componen la entrevista fueron de carácter abierto a fin de recabar su conocimiento experto sobre la naturaleza de la vulneración del Principio de última Ratio o Mínima Intervención por parte de la sanción penal a la conducta tipificada en el artículo 390° del Código Penal Peruano. Entre los que se encontraban los siguientes funcionarios de la institución mencionada:

- a) **Abog. Bonnie Brandy Bautista Catunta**, Fiscal Adjunta Superior de la Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín. (En adelante será denominado **Entrevistado A**)
- b) **Abog. Joshelyn Angelica Yurivilca Ramos**, Fiscal Adjunta Provincial de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín. (En adelante será denominado **Entrevistado B**)

- c) **Abog. Vanesa Geovanna Olivera Ayre**, Fiscal Adjunta Provincial de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín. (En adelante será denominado **Entrevistado C**)
- d) **Abog. Yeliv Kristheva Ladera Solis**, Fiscal Adjunta Provincial de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín. (En adelante será denominado **Entrevistado D**)
- e) **Abog. Alejo Valerio Huaman Damas**, Fiscal Adjunto Provincial de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín. (En adelante será denominado **Entrevistado E**)
- f) **Abog. Diana Yazmin Barzola Tacza**, Asistente en Función Fiscal de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín. (En adelante será denominado **Entrevistado F**)
- g) **Abog. Piero Junior Poma Cubas**, Asistente en Función Fiscal de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín. (En adelante será denominado **Entrevistado G**)
- h) **Bach. Mikal Saby Vilchez Ñahui**, Asistente en Función Fiscal de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín. (En adelante será denominado **Entrevistado H**)

#### ***4.1.1.2. Análisis de la información recopilada:***

La entrevista desarrollada fue de carácter abierto a fin de obtener la mayor información posible respecto a la naturaleza de la vulneración causada por el Delito de retardo injustificado de Pago contenido en el art. 390° del Código sustantivo, esta fue compuesta por cuatro preguntas principales, las cuales contenían de dos a tres preguntas adicionales a fin de ahondar más en el tema de investigación. Obteniendo de ellas los siguientes resultados:

#### 4.1.1.2.1. Análisis de la primera pregunta.

La primera pregunta desarrollada por el cuestionario fue: *¿Considera usted que el tipo penal de Retardo Injustificado de pago contenido en el Artículo 390° del Código Penal vulnera el correcto desarrollo de la Administración Pública? De ser afirmativa su respuesta, especifique: ¿De qué forma?*

Asimismo, se hizo uso de una pregunta adicional, la cual buscaba determinar si existía una vulneración al bien jurídico específico señalado por la doctrina como el protegido por el artículo 390° del Código Penal, es decir la Oportunidad, Fluidez y Eficacia de la Administración Pública, obteniendo los siguientes resultados:

A lo que la **Entrevistada A** respondió:

Propiamente debemos enfocarnos en lo que es el ámbito de protección de los bienes jurídicos que protegen los delitos contra la Administración Pública y por ahí estaríamos en el tema del correcto y normal desenvolvimiento de la Administración Pública en tanto se presume que los funcionarios y servidores públicos están obligados a realizar sus actividades dentro del ámbito de las funciones que están reguladas en su respectivo reglamento y manual de organización y funciones.

De forma seguida se le preguntó si consideraba que la conducta descrita en el artículo 390° del Código Penal vulneraba de forma grave la oportunidad, fluidez y eficacia de la función patrimonial, esta pregunta fue destinada a determinar la gravedad de la lesión al bien jurídico específico tutelado por el tipo penal de retardo injustificado de pago, obteniendo las siguientes respuestas:

No, a ver, a diferencia de un delito de peculado o una colusión agravada propiamente, en el delito de retardo injustificado de pago estamos hablando de conductas donde hay básicamente negativa o rehusamiento que se presume doloso por parte del funcionario público en efectuar un pago que ha sido determinado por la autoridad competente o un pago ordinario; entonces en ese extremo podríamos señalar que, a diferencia de los dos delitos que te he

mencionado, en este caso, el dinero no sale de la esfera de la administración pública, sigue dentro de la misma sujeto a la determinación del funcionario o servidor público responsable de efectuar el pago y siempre sobre la base de que existan fondos expeditos para tal fin.

De la respuesta brindada se puede advertir que el entrevistado considera que no existiría una lesión a este bien jurídico protegido específico, ya que el dinero no sale de la esfera de la Administración Pública, y por lo tanto no genera un perjuicio al Estado. Dicha consideración resulta concordante con lo señalado en las bases teóricas respecto de la naturaleza de este delito, como una modalidad de “Malversación de Fondos omisiva”.

Respecto al **Entrevistado B** se obtuvo la siguiente respuesta: *“Si considero de que vulnera el correcto desarrollo de la Administración Pública, toda vez que de que sanciona la demora por parte de la Administración Pública al momento de poner abonar algún pago al que se ha comprometido.”* Esta respuesta se contrapone a la respuesta anterior, ya que afirma la existencia de una vulneración al bien jurídico genérico de los Delitos contra la Administración Pública, el correcto y normal funcionamiento de la misma. Sin embargo, al realizarse la pregunta respecto de la vulneración al bien jurídico específico tutelado por el Derecho, la entrevistada refirió: *“No se vulnera la eficacia a razón de que si bien es cierto el pago puede demorar en realizarse, sin embargo, la entidad al final va a terminar otorgando el pago correspondiente.”* Bajo esta respuesta se puede precisar que, si bien se contrapone a la entrevistada anterior, se puede advertir que ambas coinciden en que la vulneración al bien jurídico protegido específico por el delito, es decir, la Oportunidad, Fluidez y Eficacia de la función patrimonial de la administración pública no se ve lesionado de forma grave.

Respecto al **Entrevistado C** se pudo recabar la siguiente respuesta: *“Si considero que vulnera al correcto funcionamiento de la Administración Pública, sin embargo, no creo que esta lesión sea de una magnitud tan grande como para sancionarse como delito, es bastante exigente el tipo penal.”* De esta respuesta se desprende que la opinión de la entrevistada considera que si habría vulneración al

bien jurídico genérico, sin embargo, esta no sería de una magnitud tan grande que amerite ser sancionada como delito. Asimismo, al realizarse las preguntas adicionales sobre la lesión al bien jurídico específico se advierte la siguiente respuesta: *“No considero que esta conducta vulnere al patrimonio de la Administración Pública, ya que al final el dinero nunca sale del caudal del estado, y al ser un pago reconocido se terminará pagando en algún momento.”* Como se puede advertir de la respuesta brindada por la entrevistada, no se considera que exista lesión al bien jurídico específico determinado por la doctrina para su tutela a través del tipo penal.

Respecto del **Entrevistado D**, se pudo recopilar la siguiente respuesta:

No considero que exista una vulneración a la Administración Pública, si bien es una conducta antijurídica, esta no radica en un delito de lesión, sino de mera actividad, considero que es un tipo penal que adelanta barreras punitivas de manera excesiva al sancionar una conducta que no genera un perjuicio.

Se puede advertir de la respuesta brindada por la entrevistada, que no existiría una vulneración a la Administración Pública, ya que nos encontraríamos frente a un delito de mera actividad o de peligro abstracto, siendo parte de los delitos sancionados por su peligrosidad y no su lesividad, como parte de la política criminal de un estado. Frente a la pregunta relacionada al bien jurídico específico señaló: *“Como expuse en mi respuesta anterior, este delito no causa un perjuicio, ya que es de mera actividad, por lo tanto, no puede haber una lesión a la función patrimonial del Estado, el dinero nunca sale de la administración pública.”* De esta respuesta es necesario resaltar la consideración por parte de la entrevistada de que no existiría una lesión propiamente dicha a la función patrimonial de la Administración Pública, la cual sería el bien jurídico protegido por parte de este tipo penal. Dicha respuesta guarda relación con las propuestas de las entrevistadas anteriores.

Respecto del **Entrevistado E** se pudo recabar la siguiente información:

A ver, el tipo penal como tal no puede vulnerar en esencia la correcta administración pública, hay que tener en cuenta que la correcta administración pública es el bien jurídico tutelado

genérico en todos los delitos contra la administración Pública, recordaras que todos los delitos contra la administración pública protegen un bien jurídico general y un específico en el caso en concreto que nos atañe sobre el retardo injustificado de pago, el bien jurídico tutelado específico es la imagen de la Administración Pública. La correcta Administración pública es el bien jurídico tutelado dentro de toda la administración pública, todos los delitos contra la Administración Pública, ahora, el tipo penal no podría afectar un bien que como tal lo protege; desde mi óptica considero que no afecta el bien jurídico, un tipo que protege.

Es necesario recopilar de la respuesta que, el bien jurídico no se vería afectado por el delito en sí, sino que la conducta que esta sanciona sería la lesiva para el bien jurídico. Respecto de la respuesta a la pregunta adicional se obtuvo que:

A ver, la función patrimonial de la Administración Pública, no tanto así, es que va a ir en función de lo que protege el delito de retardo injustificado de pago, ¿qué es lo que protege? Como le decía el bien jurídico específico para ceñirnos es la imagen institucional de la Administración Pública, por la conducta si yo funcionario o servidor público teniendo estos fondos expeditos para poder hacer un pago ya sea ordinario o un pago decretado por la autoridad y no lo quiero hacer; entonces, ¿qué es lo que afecta a la administración? La imagen de la Administración pública.

Esta respuesta se contrapone a la posición asumida por el investigador en la toma de postura doctrinal de las bases teóricas, ya que sostiene que el bien jurídico protegido específico por este delito es la imagen institucional de la Administración Pública, en ese sentido, se debe considerar que no habría una lesión al patrimonio del estado, sino a su imagen institucional, de valor incuantificable.

De la entrevista al **Entrevistado F** se desprende la siguiente respuesta: No habría como tal una vulneración a la Administración Pública, este delito no suele venir acompañado de un perjuicio al Estado,

sino que suele ser usado por los agraviados para poder exigir un pago, sin embargo, eso no implica que se lesione a la Administración Pública.

De la respuesta brindada, debemos considerar que la opinión señala que no habría una vulneración a la Administración Pública, sino que se estaría utilizando a la vía penal para intimidar al funcionario público a pagar un monto en el caso concreto, dicha situación debe considerarse como un uso inadecuado del Ius Puniendi Estatal. Respecto a la pregunta del bien jurídico específico se advierte la siguiente respuesta: *“En los casos que mi persona ha llevado nunca he verificado un informe pericial contable que señale la existencia de perjuicio patrimonial, en ese caso no podría hablarse de una vulneración a la función patrimonial del Estado.”* Esta respuesta es similar a la brindada por los entrevistados anteriores y permite brindar una base argumentativa más amplia a la afirmación de que el bien jurídico específico de la Oportunidad, Fluidez y Eficacia de la Función Patrimonial de la Administración Pública no solo no sería vulnerada de forma grave por la conducta, sino que de por sí, no tendría lesión alguna.

El **Entrevistado G** en su respuesta a la primera pregunta, ha señalado: No existe una vulneración a la Administración Pública, ya que el perjuicio es causado al beneficiario del pago, el dinero no llega a las manos de este, pero tampoco sale o se destina de forma arbitraria a alguna actividad que pueda considerarse como perjuicio al Estado.

De esta respuesta resulta necesario advertir que no puede considerarse una vulneración a la Función patrimonial, ya que es el beneficiario del delito quien no recibe el pago, pero la administración no ve afectados sus caudales, ya que el dinero no sale de la institución en ningún momento.

De la respuesta correspondiente a la **Entrevistada H** se tiene: Si existe una vulneración, ya que la Administración Pública no cumple con las expectativas del beneficiario del dinero, sin embargo, no considero que esta deba ser sancionada por la vía penal, con una pena privativa de libertad, es una conducta que no



impide el desarrollo posterior de la Administración Pública, como si lo sería una colusión o un cohecho.

Esta respuesta mantiene la postura de afirmar la existencia de una vulneración, sin embargo, considera que esta no es de tal gravedad que impida en realidad el correcto desarrollo posterior de la Administración Pública, siendo extremadamente lesiva su tutela por el Derecho Penal. Respecto a las preguntas adicionales ha referido:

No existiría una vulneración a la Fluidez ni a la Eficacia, ya que el flujo patrimonial no se ve afectado por un solo pago, y tarde o temprano se realizará el pago retardado, sin embargo, si habría una vulneración a la oportunidad, ya que el pago no se realiza en el momento correspondiente, sin embargo, dicha lesión no es de gravedad ya que tarde o temprano se realizará el pago.

De la respuesta se advierte una posición distinta a la sostenida por los entrevistados anteriormente, ya que, si considera la existencia de vulneración a la Oportunidad de la Función patrimonial de la Administración Pública, sin embargo, señala que esta no es meritoria de una sanción penal, siendo demasiado lesiva su sanción por esta vía procedimental.

De las respuestas brindadas por los entrevistados ante esta primera pregunta respecto de la vulneración a los bienes jurídicos resulta pertinente afirmar que la postura mayoritaria sostiene que no existiría una vulneración a la Administración Pública como bien jurídico genérico, ya que este delito es considerado de mera actividad o peligro abstracto; y su evaluación debe realizarse a través de la política criminal, así también, consideran que no existiría una vulneración ya que los caudales no salen del estado, y de existir una lesión, esta sería al beneficiario del pago, sin embargo, este también recibiría su pago tarde o temprano, no siendo esta lesión de tal gravedad que amerite la intervención del Derecho Penal.

Respecto a la consideración de la gravedad de la vulneración al bien jurídico específico, es decir, la Oportunidad, fluidez y Eficacia de la función patrimonial de la Administración Pública, casi todos los entrevistados consideran que no existiría una vulneración a la función patrimonial, ya que el dinero no sale

de los caudales de la Administración Pública, incluso viéndose esta figura como una modalidad omisiva de la “Malversación de Fondos”, delito altamente cuestionado por su falta de lesividad. Frente a la consideración de que el bien jurídico tutelado por este delito no sería la función patrimonial sino la imagen institucional, debemos advertir que conforme se desarrolló en las bases teóricas, no puede considerarse que la imagen de la Administración Pública pueda ser un bien jurídico protegido por el Derecho Penal, pese a su valor incalculable, la que no legitima la intervención de la rama más lesiva del Derecho Penal.

Es así que se advierte de las respuestas que no existiría una vulneración a la Administración Pública por parte de la conducta tipificada en el artículo 390° del Código Penal, debido a su calidad de delito de mera actividad y a la permanencia del caudal del estado en la Administración Pública. De igual forma, sobre el bien jurídico específico, se advierte que no existiría una vulneración a la función patrimonial ya que el caudal no sale del Estado y tarde o temprano el pago correspondiente es otorgado al beneficiario que vio defraudada su expectativa.

#### *4.1.1.2.2. Análisis de la segunda pregunta.*

La segunda pregunta desarrollada en la entrevista fue: ¿Considera usted que la conducta tipificada en el artículo 390° del código penal, delito de retardo injustificado de pago genera un perjuicio al Estado?

Respecto a la **Entrevistada A** se obtuvo la siguiente respuesta:

Un perjuicio al Estado, a ver, tendrías que remitirte a dos aspectos totalmente diferentes. Uno el que se desencadena propiamente de la configuración típica, los presupuestos para la configuración del delito de retardo injustificado de pago, que básicamente está en no hacer o en retardar propio del funcionario; pero si nos vamos ya a otra arista, que ya está relacionada con actos administrativos que son propios del funcionario o servidor público, esta negativa que puede obedecer a muchas causales podría dar lugar ya a un tema patrimonial, pero que se dilucida en una vía distinta, que básicamente es un tema de una vía civil, probablemente, bajo una

obligación de dar suma de dinero que pueda instar la parte que ha requerido que se efectúe este pago a su favor.

De la respuesta brindada por la entrevistada se puede advertir que considera en primer que no habría un perjuicio propiamente al estado por parte del ilícito penal, sin embargo, si podría existir un perjuicio de carácter patrimonial a razón del no pago, sin embargo, esta no se resuelve por vía penal, sino por otras vías procedimentales.

La segunda pregunta realizada fue respecto de si bajo su consideración, este perjuicio amerita una sanción por el Derecho Penal, a lo que la entrevistada señaló:

Es un tema discutible, pero para responder a esta pregunta tendríamos que partir de un tema de casuística. Yo llevo más de ocho años en la Fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios y hasta la fecha no he conocido ni en control de acusación, ni mucho menos a nivel de juzgamiento casos que hayan sido sentenciados por el delito de retardo injustificado de pago y tampoco por asomo me parece a nivel de casaciones que haya emitido la Corte Suprema, donde haya discutido este tema del delito de retardo injustificado de pago. Esto se asemeja a lo que es el delito de Malversación de Fondos, donde una vez más hacemos un comparativo, el dinero sigue dentro de la Administración Pública, pero no sale; entonces, el tema de determinar esta afectación patrimonial va por esa línea. En ambos casos no habría propiamente un perjuicio económico que la entidad o la Administración Pública pueda reclamar como una consecuencia directa de la conducta del funcionario o servidor público que está implicado en estos hechos.

Conforme se puede advertir de la opinión brindada por la entrevistada, considera como marcador de mérito para una sanción penal la constancia del delito, y en base a su experiencia afirma que no ha conocido casos que se encuentren en control de acusación o juicio oral, de forma que bajo su perspectiva no se requeriría de la vía penal para la sanción de esta conducta debido a que no

resulta de alta incidencia en la investigación y menos en etapas avanzadas del proceso penal donde el criterio del fiscal calificador ya considera la concurrencia de todos los elementos que componen el delito.

Respecto de la **Entrevistada B** se obtuvo la siguiente respuesta:

Considero que no se genera un perjuicio económico al Estado puesto de que no hay algún perjuicio a los caudales. Porque, el delito de retardo injustificado de pago lo que sanciona es la demora por parte de funcionarios públicos para que puedan realizar el pago correspondiente; y esta demora no puede considerada como una afectación al patrimonio de la entidad.

La entrevistada sostiene que no existiría un perjuicio al Estado, ya que el patrimonio de este se mantiene intacto al no salir el caudal de la Administración Pública. Respecto a la pregunta sobre su opinión de la necesidad de la intervención del Derecho Penal, realizada a la entrevistada se obtuvo la siguiente respuesta:

El Derecho penal debe ser considerado como una Ultima ratio, existen vías procedimentales previas que deben ser tomadas en consideración por parte de las personas a fin de que hagan efectivar sus derechos y no necesariamente la vía penal; puede ser tomada en consideración a través de una conciliación por parte de la persona afectada con la entidad o a través de la vía administrativa. Utilizando el Derecho Penal en un caso extremo.

La respuesta de la entrevistada sostiene que existen vías procedimentales menos lesivas y de mayor eficacia para la solución del conflicto causado por la conducta tipificada en el artículo 390° del Código Penal, resultando el Derecho Penal una vía de carácter extraordinario, y no meritando su intervención en este conflicto. Dicha respuesta guarda consistencia con la expuesta por la entrevistada anterior ya que sostiene que no habría mérito de la conducta tipificada para su sanción por el Derecho Penal, debido a la existencia de vías procedimentales menos lesivas y de mayor eficacia.

Respecto de la **Entrevistada C** se obtuvo la siguiente respuesta: *“Esta conducta no genera un perjuicio al Estado, ya que el dinero solo es retardado,*

*pero su destino es completamente lícito y ya está dispuesto por el estado, conforme lo señala el elemento fondos expeditos.*” Esta respuesta se encuentra en concordancia con las brindadas por las entrevistadas anteriores, sosteniendo que no habría un perjuicio al Estado, ya que el dinero se encontraría destinado con anterioridad y destinado a una finalidad lícita. Respecto a la pregunta sobre su opinión frente al mérito de la intervención del Derecho Penal señaló:

No considero que deba sancionarse por el Derecho Penal, en la gran mayoría de casos el retraso se debe a una cuestión burocrática ajena al funcionario, declinando así el proceso en un archivo preliminar en la vía penal, esto causa carga innecesaria en las fiscalías anticorrupción ya que exigen despliegue de recursos y tiempo para la investigación preliminar.

Esta respuesta mantiene la misma línea de las entrevistadas anteriores, añadiendo que la tipificación de esta conducta en realidad causa un despliegue innecesario de recursos y tiempo por parte de los funcionarios de la Fiscalía Anticorrupción, ya que el delito no suele proceder a una etapa de investigación preparatoria propiamente dicha.

La **Entrevistada D** señaló frente a la pregunta: *“No existe un perjuicio al Estado, si al dueño del pago, pero no a la Administración Pública, ya que el monto a pagarse no recibe un destino ajeno al destino por la Administración en sí.”* Esta respuesta fundamenta el argumento antes expuesto respecto de los motivos por los cuales no habría un perjuicio al Estado, manteniendo la línea de que el caudal no sale de las arcas del estado en ningún momento. Asimismo, frente a la pregunta de opinión respecto del mérito de su sanción por vía penal ha señalado que:

No creo que merezca ser sancionada en vía penal, bien podría exigirse el pago mediante un requerimiento administrativo o una obligación de dar suma de dinero de carácter civil, el Derecho Penal no debe distraerse con cualquier conducta antijurídica, sino solo con las más graves.

Esta respuesta fundamenta la afirmación propuesta por los entrevistados anteriores, ya que no solo señala que no merece una sanción penal, sino que el

perjuicio causado al beneficiario del pago podría satisfacerse tanto por vía civil como administrativa, resultando el Derecho Penal una vía de última ratio.

Frente a esta pregunta, el **Entrevistado E** señaló:

¿Perjuicio? No tanto, desde mi experiencia como servidor público de anticorrupción en el tiempo que permanezco, para ser honesto, del 100% de casos de actos de corrupción, el 1% por fiscal promedio es de retardo injustificado de pago. ¿Qué significa esto? Si está tipificado como tal en estricto no genera ningún perjuicio al Estado, pero considero desde mi óptica que es un poco exagerado punir este tipo de conductas porque bien podría solucionarse en la vía administrativa tal vez. Su afectación de este delito como tal, la imagen institucional no tendría por qué tener tanta trascendencia, más aún considerando que el tipo es un tipo penal de mera actividad.

La respuesta brindada por el entrevistado nos permite un panorama distinto para determinar la existencia de un perjuicio al Estado, en relación a su respuesta en pregunta uno, donde sostiene que el bien jurídico protegido específico es la imagen institucional, sostiene nuevamente este punto y señala que podría existir una vulneración a este bien. Sin embargo, también sostiene que dicha vulneración no es grave trascendencia ya que como tal el delito es de peligro abstracto, es decir que no trae lesión alguna o puesta en peligro concreta.

Respecto a la pregunta sobre su opinión del mérito de una sanción penal, ha señalado:

Desde mi óptica, como lo acabo de mencionar, considero que es un tanto exagerado por el Derecho Penal, existen otros medios de control social que tendrían que intervenir para hacerle o ejemplificar en el trayecto que llevó laborando, he advertido por ejemplo casos que, en su mayoría de los delitos de retardo injustificado, pretenden instrumentalizar al derecho penal ¿Qué significa esto? Un empresario que acaba de ejecutar una obra que le liquidaron la obra, ya fue aprobada, y no le devuelven la garantía de fiel cumplimiento, para empezar descartamos que ese es un

pago ordinario porque no es periódico, pero un pago decretado por la autoridad, por ende, en algunas circunstancias que se tuvo, se tiene que en estos casos, generalmente, no es por decisión del funcionario o servidor público; en algunas circunstancias es ajena a su voluntad del funcionario, cambio de gestión, cierre del ejercicio presupuestal, y la obra termina el 31 o le liquidan al 31 de diciembre y tienen que pagarle, y justo acaba la gestión, u ocurre de que hay cierre presupuestal entonces tienen que hacer la rendición de cuentas, entonces no está dentro de las posibilidades, y eso tendría que entender tal vez el administrado, pero muchas veces utilizan el mecanismo penal para poder amedrentar a la administración pública y este a su vez, con ese temor del Derecho penal, ejecutar ese pago; esa es la única finalidad, o el único fin que generalmente tienen en su mayoría los casos de retardo injustificado que se ha tenido. De los 10 casos, 9 casos ocurren eso, instrumentalizar al Derecho penal; utilizan como medio de amedrentamiento para conseguir un pago, pero no un pago ordinario, ni un pago decretado. Pero en realidad considero que si bien existen otros mecanismos que podrían darle solución, pero afectación tampoco sería, porque la carga por el tipo penal no hay mucho, pero eso no significa que el derecho no deba aplicarse, que el derecho no deba estar regulado como debe. Las barreras del Derecho Penal no deben adelantarse tampoco a situaciones que no las merecen, que no lo ameriten.

La opinión del entrevistado sostiene el mismo tópico de los entrevistados anteriores, al señalar que no amerita una sanción penal ya que no existiría un perjuicio en la gran mayoría de casos, consumándose el delito en una modalidad atípica debido a problemas burocráticos ajenos al funcionario o servidor público, y de existir, esta lesión no debe ser sancionada por vía penal, sino por vía administrativa o quizá por una obligación civil, resultando exagerada su sanción por vía penal, la misma que sería un adelantamiento extremo de las barreras punitivas a la sanción de una conducta que generaría peligro abstracto.

Respecto a la **Entrevistada F** se obtuvo la siguiente respuesta: *“No existe un perjuicio al Estado, el perjuicio es al Administrado al no recibir su pago en el momento oportuno, sin embargo, no he visto ninguna pericia contable que determine perjuicio económico al Estado por este delito.”* Esta postura mantiene la línea argumentativa ya expuesta al referir que no existiría un perjuicio al Estado, y que de existir uno sería al administrado. Respecto a la pregunta de opinión sobre el mérito de su sanción penal ha señalado:

El Derecho Penal se debe avocar a las conductas más graves. Las colusiones, los cohechos y peculados, entre otros causan perjuicios millonarios al Estado, el retardo de un pago, que se realizará tarde o temprano no es una conducta que revista una gravedad tal de merecer una sanción penal.

La respuesta brindada por la entrevistada reviste el mismo tenor de las respuestas brindadas por los demás entrevistados, la conducta no se compara a delitos que revisten la gravedad para su sanción por vía penal, por lo tanto, no amerita la intervención del Ius Puniendi.

Sobre el **Entrevistado G** se obtuvo la siguiente respuesta:

Por lo general no existiría un perjuicio al Estado, salvo en el caso de que este retraso genere una posterior demanda por daños y perjuicios, sin embargo, dicha consecuencia no amerita que se sancione al funcionario que la causó a través de una sanción por el punitivo del estado.

La respuesta brindada por el entrevistado sostiene la existencia un posible perjuicio hipotético al Estado, sin embargo, conforme el mismo señala, este no debería traer consecuencias penales para el funcionario que realizó el retardo del pago. Respecto a la pregunta de opinión sobre el mérito de su sanción penal ha señalado que:

No merece ser sancionado por el Derecho Penal, con ser sancionado por una vía administrativa sería suficiente, ello en caso de comprobarse la concurrencia de todos los elementos objetivos y subjetivos de la conducta, por lo general no se logra consumir todos estos elementos y deviene la conducta en atípica.



La respuesta brindada por el entrevistado mantiene la misma tónica de los argumentos expuestos anteriormente, es decir, que la conducta no merece ser sancionada por vía penal debido a que no suele consumarse el ilícito con toda la configuración típica actual, y de llegarse a dar, el Derecho Administrativo sería suficiente para la solución del conflicto.

Respecto a la **Entrevistada H**, se obtuvo como respuesta:

No existe un perjuicio al Estado, tampoco al administrado, porque solo se sanciona el retraso, en caso de no pagarse hablaríamos de otro tipo penal, para que se configure el delito de retardo el pago debe ser realizado con posterioridad a la fecha pactada, por lo tanto, no habría perjuicio a ninguno de los involucrados.

Esta postura radical sostiene que no habría perjuicio a ninguno de los involucrados en el retardo ya que el pago se tendría que realizar para que se configure el ilícito, esta postura es mantenida también por parte de la doctrina que señala que ante el no pago estaríamos frente a otro ilícito penal debido a un concurso aparente de leyes. Respecto a la opinión sobre la necesidad de sanción penal señaló: *“El Derecho Penal es muy lesivo para sancionar una conducta que no genera un perjuicio a ningún sujeto, podrá ser antijurídica la conducta, pero no merece una pena privativa de libertad.”* Esta respuesta mantiene el tópico ya expuesto por los entrevistados anteriores, señalando como fundamento la falta de un perjuicio a alguna parte.

Bajo las respuestas recabadas al segundo bloque de preguntas podemos afirmar que la totalidad de los entrevistados expertos considera que no existe un perjuicio al Estado, más que en un hipotético proceso por daños y perjuicios, el cual corresponde a una vía civil; asimismo sostienen que en su mayoría que tampoco existiría un perjuicio al Administrado ya que este percibiría el pago correspondiente debido a su procedencia.

Este conjunto de posturas deviene en una afirmación de que la conducta tipificada en el artículo 390° del Código Penal no merece ser sancionada por el Derecho Penal debido en primer lugar a que no existiría un perjuicio al Estado, y tampoco al administrado, salvo en el supuesto de un perjuicio por el retardo del pago; pero dicho perjuicio será materia de dilucidación en otra vía procedimental.

Asimismo, sostienen que la gran mayoría de casos de retardo injustificado de pago devienen en un archivo preliminar debido a la configuración típica del delito, generando un despliegue innecesario de recursos y tiempo para su investigación. Finalmente sostienen que la sanción de esta conducta por vía penal corresponde a un adelantamiento exagerado de las barreras punitivas, lo cual obedece a una instrumentalización del Derecho Penal, la cual consideramos ajena a los principios que inspiran el derecho Penal de corte Garantista.

#### *4.1.1.2.3. Análisis de la tercera pregunta.*

Respecto a la pregunta tercera que compone la entrevista realizada, esta señala: ¿Considera usted que el delito de Retardo injustificado de pago vulnera el principio de subsidiariedad del Derecho Penal? Y las preguntas adicionales de la misma, fueron respecto a si esta conducta impediría la convivencia social pacífica, referida en las bases teóricas como criterio cualitativo del subprincipio de subsidiariedad, y la incidencia de este delito, considerada como criterio cuantitativo del principio en análisis. Obteniendo de esa forma las siguientes respuestas:

Es así que, la **Entrevistada A** refirió de esta pregunta, lo siguiente:

No, no lo considero. A ver, cuando hablamos de Derecho fragmentario, Ultima Ratio o subsidiario siempre buscamos o debemos señalar de que, para que una conducta se criminalice en los estándares que lo hace, si hablamos de delitos de corrupción, los que están tipificados del 382° hasta el 401°, básicamente el componente por el cual se reprimen este tipo de conductas está basado: 1. En este respeto que debería existir por parte de los funcionarios y servidores públicos a garantizar el correcto y normal desenvolvimiento de la Administración Pública y de forma específica ya de bienes jurídicos según cada delito que están comprendidos en este catálogo en específico. Pero, hay otras conductas que deben tratarse en una vía distinta a lo que es la vía penal, y como podemos llegar a esto en el entendido que una conducta pueda encontrar en una vía distinta a la penal la satisfacción que, en este caso, el denunciante o el demandante

pretende de la administración pública, que es propiamente, en el delito de retardo injustificado de pago, que me paguen lo que ya se me ha reconocido; no estoy discutiendo si me correspondía o no, sino de que es un acto ya decretado, ya reconocido. Que, eventualmente, como te decía, puede generar una obligación de dar suma de dinero en la vía civil, que podría recurrirse en la vía civil, porque también el demandante o denunciante para el caso del delito, ya ha requerido previamente a la Administración Pública. Puede estar dentro del procedimiento, ese agotamiento, esa vía igualmente satisfactoria que le permitiría inclusive mayor inmediatez para que pueda obtener el pago que ha sido decretado. Esto implicaría algún tipo de lesividad para el patrimonio de la Administración Pública, tampoco; porque ya es un pago reconocido. Entonces si vemos que existe una vía igualmente satisfactoria para que esta persona pueda tener lo que está pretendiendo, ¿Por qué razones vamos a sacrificar a través de un tipo penal este tipo de conductas?, que desde mi perspectiva para que se configure debería pues tener un elemento componente doloso debidamente acreditado y que casi nunca se va a ver en los casos que tenemos en la fiscalía.

La entrevistada considera como definición conceptual del principio de subsidiariedad, la existencia de otras vías o en este caso, ramas del Derecho que pueda resolver el conflicto con igual o mayor eficacia antes de recurrir al Derecho Penal. En ese sentido, considera que la conducta tipificada en el artículo 390° del Código Penal no supera el filtro de la subsidiariedad, ya que ubica como centro del conflicto la satisfacción del pago, conflicto de intereses que puede ser resuelto de mejor forma por la vía administrativa o por la vía civil. Incluso refiere que estas vías podrían resultar más eficaces para la satisfacción del interés del beneficiario de pago que fue retardado.

Asimismo, se realizó las preguntas adicionales respecto de si considera que la conducta tipificada por el artículo 390° del Código Sustantivo imposibilita

la convivencia social (criterio cualitativo) y si está en tan constante que amerita la sanción a través de Ius Puniendi Estatal (criterio cuantitativo), a lo que respondió:

No, no, son actos propios de la Administración pública, ya vemos ahí que estamos hablando de actos administrativos, la emisión de resoluciones que reconocen un pago, son eso no, no habría. Y no es constante, no hay, la casuística es muy reducida.

La postura de la entrevistada es concreta al señalar que la sanción por vía penal de la conducta tipificada en el Delito de Retardo injustificado de pago no cumple con imposibilitar la convivencia social, ni en tener una alta incidencia en el quehacer diario de la Fiscalía Anticorrupción, no ameritando por esos factores una sanción mediante la vía penal.

De igual forma, la **Entrevistada B** señaló sobre la pregunta principal lo siguiente:

Sí, el retardo injustificado de pago, como ya lo he mencionado anteriormente, debería ser tramitado a través de otra vía, a través de una conciliación entre la persona que se pueda ver afectada con la entidad; o a través de una vía administrativa. El Derecho penal esta para poder resolver conflictos entre partes, pero considero que el delito de retardo injustificado de pago no genera de por sí un agravio hacía alguna de las partes, y por esa razón considero que si se estaría vulnerando el principio de subsidiariedad.

La postura que toma la entrevistada concuerda con la postura de la entrevistada A sobre una vulneración al principio de subsidiariedad, señalando que esta se daría a causa de la existencia de otras vías como la administrativa o la civil para la solución del conflicto, y que estas resultarían aún más idóneas debido a que no existiría un agravio a las partes. Respecto al bloque de preguntas adicionales sobre la imposibilidad de la convivencia social y la constancia del delito refirió:

Durante toda mi experiencia como fiscal, más o menos ya un año y medio, no he logrado evidenciar algún caso de retardo injustificado de pago que haya llegado a una etapa de formalización de investigación preparatoria. Normalmente dentro de la carga que

tenemos, al momento yo cuento con dos carpetas donde se investiga el delito de retardo injustificado de pago, y probablemente los demás fiscales tengan la misma incidencia del delito dentro de sus cargas fiscales; por lo que yo considero que este delito debería ser tramitado en otra vía, ya que su incidencia no repercute de manera autónoma en la carga procesal que cada fiscal pueda tener.

Es así que, la **Entrevistada C** señaló:

Si existe una vulneración al principio de subsidiariedad, este debe ser entendido como un límite de la aplicación del Derecho Penal que exija la sanción únicamente de conductas que no puedan ser sancionadas por ninguna otra vía el Derecho. El delito de retardo injustificado de pago se consuma con la falta del pago oportuno teniendo fondos expeditos, sin la necesidad de un requerimiento de pago, u otra solicitud similar. Dicha tipificación resulta extremadamente exigente para el funcionario público. Una sanción administrativa por omisión de actos funcionales o una demanda de obligación de dar suma serían más eficaces que un proceso penal largo y engorroso.

La entrevistada vuelve a situar el concepto del principio de subsidiariedad como un límite del Derecho Penal, que ubica a este como una herramienta que solo debe utilizarse en aquellas situaciones conflictivas donde no exista ninguna otra vía procedimental que cumpla con la resolución del conflicto. A lo que señala que, para la conducta tipificada como delito de retardo injustificado de pago, si existirían modalidades de solución de conflicto más idóneas para su solución, citando entre ellas al Derecho Administrativo y al Derecho Civil.

Respecto a las preguntas adicionales sobre la imposibilidad de la convivencia social y la constancia del delito ha señalado:

En mis años de experiencia en la Fiscalía Anticorrupción como Fiscal Adjunta y como Asistente en Función Fiscal, no he conocido caso alguno que llegue a juicio oral. Y actualmente el 3% de mi carga corresponderá a este delito. Respecto a la convivencia

debemos precisar que estos delitos suelen ser casos aislados, que no repercuten en el resto de la Administración Pública, por lo tanto, no imposibilitan la convivencia social pacífica.

Sostiene la postura brindada por los entrevistados precedentes, respecto de que el delito de retardo injustificado no cumple con el criterio cuantitativo, ya que no implica una alta incidencia, y menos una constante presencia en etapas de juzgamiento. De igual forma, sostiene que los casos evaluados son hechos aislados que no repercuten en el resto de funciones de la Administración Pública, sancionando así una conducta que no cumple con el criterio cualitativo del principio de subsidiariedad del Derecho Penal.

Respecto a la **Entrevistada D**, señaló:

Claro que se vulnera el principio de subsidiariedad, al sancionar una conducta mediante una pena privativa de libertad, cuando bien podría sancionarse la misma con una sanción administrativa que sería más eficaz para la Administración, o una demanda civil que sería más eficaz para el beneficiario del pago que se retardo.

Esta postura sigue el parámetro establecido por las posturas anteriores al sostener que se vulneraría el principio de subsidiariedad al sancionar una conducta que podría ser sancionada con mayor eficacia por otras ramas del Derecho. Asimismo, respecto de las preguntas sobre si esta conducta imposibilita la convivencia social pacífica (criterio cualitativo) y sobre la incidencia del delito al grado de merecer la intervención penal (criterio cuantitativo) a referido:

Durante mis años como asistente en función fiscal de los distintos despachos de esta fiscalía anticorrupción, así como mi tiempo como fiscal adjunta, el 2% de los casos evaluados tenían la calificación de retardo injustificado de pago, de los cuales, ninguno llegó a etapa de investigación preparatoria formalizada, y respecto a la imposibilidad, no se llega a dar, debido a que el administrado acciona otros mecanismos que logran el pago por otro funcionario igual de competente.

La entrevistada refiere que la incidencia de esta conducta es mínima, no habiendo conocido casos que cumplan los requisitos para su paso a investigación

preparatoria formalizada, y respecto del criterio cualitativo refiere que el pago al final es logrado por el administrado mediante otras vías procedimentales. Esta postura reafirma el argumento de que la vulneración causada al principio de subsidiariedad se da en razón de que se sanciona una conducta donde no existe una alta incidencia del delito y esta no imposibilita la convivencia social pacífica.

De igual forma, el **Entrevistado E** señaló respecto a esta pregunta:

Considero que sí, de cierto modo hay una afectación a este principio de subsidiariedad. No sé, si es lógico que de todas maneras haya una afectación al principio de mínima intervención, subsidiariedad, fragmentariedad y el de ultima ratio. El Derecho Penal como tal tiene que obedecer a estos principios y al haberse punido este tipo de conductas hace que poco se haya aislado de estos principios, que no estén interviniendo en conductas como se tenía pensado en conductas primigeniamente que es lo que protege el Derecho penal, lo grave.

El entrevistado sostiene que si habría una vulneración al principio mencionado; ya que, la sanción de conductas como esta hace que el Derecho Penal se aísle de su naturaleza primigenia, que sería para criterio del entrevistado, la sanción de aquellas conductas denominadas “graves”.

Respecto al bloque de preguntas adicionales sobre la imposibilidad de la convivencia pacífica a razón de esta conducta y la incidencia de la misma como fundamento de la sanción penal, ha señalado:

Entiendo que no, considero particularmente que no; de que afecte una convivencia social por estar tipificado como tal tampoco creo sería un poquito exagerado. Mas bien, diría yo, que afecta el normal el regular ordenamiento o finalidad del Derecho Penal. Más que una convivencia afecta porque si bien es cierto yo puedo o el poder legislativo, o los agentes primarios de criminalización pueden determinar si una conducta es típica o no pero no significa que cualquier conducta alejándose de los parámetros del Derecho penal, de los principios del Derecho Penal, puedan punir cualquier cosa, tampoco; más allá de una convivencia social yo creo que

afecta el criterio, la finalidad del Derecho penal, y se busca lógicamente que en su momento este delito tal vez haya sido motivado por una cuestión política que obedece un Derecho Penal simbólico, que quiere solo dar repuestas en su momento a la ciudadanía, y calmar, y ya se aleja del Derecho penal en si propiamente dicho.

Como lo indicaba, aquí en anticorrupción no es muy constante, generalmente se ha utilizado para instrumentalizar al Derecho Penal, por ende, los casos son mínimos, considero una conducta no tan relevante y que en mi opinión debe ser resuelta en una vía administrativa.

La postura sostenida por el entrevistado brinda un nuevo fundamento sobre la vulneración al principio de subsidiariedad en su variante cualitativa, ya que sostiene la existencia que esta conducta afecta el correcto funcionamiento de la Administración pública, pero esta afectación no puede ser considerada como imposibilidad para la convivencia social pacífica, siendo utilizada la misma como una sanción penal correspondiente a un Derecho Penal simbólico. Sobre la incidencia refiere el mismo argumento de los entrevistados anteriores, al no existir una incidencia se considera que la sanción penal recubre más un carácter de simbolismo que de necesidad.

Respecto a la **Entrevistada F**, esta señaló: *“Si existe una vulneración al principio de subsidiariedad, y esta se da por sancionar una conducta que reviste un carácter de ilícito administrativo.”* Esta respuesta bastante concreta mantiene el margen de las respuestas anteriores, refiriendo la eficacia que ostenta el Derecho Administrativo en su fase sancionadora para poder evitar que los funcionarios o servidores públicos incurran en esta conducta antijurídica de retardar pagos. Respecto a las preguntas adicionales sobre el criterio cualitativo y cuantitativo del principio de subsidiariedad a señalado:

El delito tipificado actualmente exige que el funcionario haya pagado de forma retrasada, el incumplimiento del pago es otro delito, de forma que, la convivencia pacífica no se ve afectada al no detenerse la administración pública. Respecto a su incidencia,



actualmente manejo una carga de 78 carpetas fiscales en giro, de las cuales solo tres son de retardo injustificado de pago.

De la información brindada por la entrevistada es necesario rescatar la naturaleza del delito en sí, conforme ha sostenido la entrevistada y se ha señalado en las bases teóricas, el delito exige que el pago se realice con posterioridad, encontrándonos ante un delito distinto de no ser así. Este hecho hace que el delito sancione una conducta que no imposibilita el desarrollo normal de la Administración Pública y, por lo tanto, tampoco la convivencia social pacífica.

Frente a la pregunta número tres, el **Entrevistado G** señaló: *“Si se vulnera el principio de subsidiariedad, ya que se adelanta las barreras punitivas a un espacio que no genera un perjuicio a ninguna parte dentro del conflicto”*. Esta respuesta mantiene la misma línea de consistencia de los entrevistados anteriores, al sostener que la vulneración al principio de subsidiariedad se da en razón de la sanción de una conducta que no reviste de perjuicio a la Administración Pública.

Respecto a las preguntas adicionales sobre los criterios cualitativo y cuantitativo, señaló:

Esta conducta no imposibilita la convivencia social de ninguna forma, el administrado ve satisfecho su pago con posterioridad, y la administración pública no percibe ningún costo extra debido a la conducta, así que la convivencia pacífica no se rompe en ningún momento. Sobre la incidencia, mi persona en la Fiscalía Provincial manejaba una carga procesal de 102 carpetas fiscales, de las cuales, 6 eran respecto de este delito. Encontrándose solo una en etapa de investigación preparatoria formalizada. Esta y todas las de investigación preliminar bien podrían ser sancionadas por vía administrativa, son solo mayor carga procesal en investigaciones penales.

La respuesta brindada por el entrevistado fundamenta el mismo argumento ya expuesto. La conducta tipificada en el artículo 390° del Código Penal Peruano no vulneraría la convivencia social pacífica debido a que no existe un impedimento al correcto desarrollo de la Administración Pública. Sobre el criterio

cuantitativo, refiere que este es mínimo y que podría ser solucionado con mayor eficacia por el Derecho Administrativo como un ilícito de carácter administrativo.

Respecto de la **Entrevistada H**, esta refirió respecto a la pregunta: “*Se vulnera el principio de subsidiariedad del Derecho Penal, ya que se utiliza una herramienta tan lesiva como es el Ius Puniendi para sancionar una conducta que podría ser resuelta en una vía civil o administrativa.*” Esta postura concuerda con las señaladas anteriormente por los entrevistados, al sostener que la conducta podría ser sancionada mediante una rama del Derecho con carácter de menor lesividad en comparación al Derecho Penal. Sobre la pregunta respecto del criterio cuantitativo y cualitativo ha señalado:

Esta conducta no impide la convivencia social pacífica de ninguna forma, porque la administración pública continua su concurso de forma normal, reteniendo el pago correspondiente hasta el momento que se vuelva a requerir. Y sobre su incidencia, en la actualidad cuento con solo dos carpetas en giro sobre este delito, así que no amerita ser sancionado por el Derecho Penal, no es una conducta constante de los funcionarios el retardar pagos.

La respuesta brindada por la entrevistada mantiene la misma postura de los entrevistados, al sostener que la no se cumple con el criterio cualitativo de impedir la convivencia social pacífica, y su constancia en investigación es mínima para fines de política criminal.

En base a las respuestas brindadas por los entrevistados, se puede afirmar que todos los entrevistados consideran que existe una vulneración al principio de Subsidiariedad del Derecho Penal al sancionar por vía penal la conducta tipificada en el artículo 390° del Código Penal, cuando el Derecho Administrativo y el Derecho Civil resultan de mayor eficacia para su sanción. Esta sanción relativiza el principio de subsidiariedad como límite del Derecho Penal, transformando así el Derecho penal de corte garantista en uno de corte simbólico cercano al populismo penal.

Asimismo, esta conducta vulnera al principio de subsidiariedad al sancionar con pena privativa de libertad una conducta que no imposibilita la convivencia social pacífica ya que no genera un perjuicio o agravio a ninguna de

las partes que se encuentran incluidas en el conflicto. Finalmente, vulnera al principio de subsidiariedad ya que, sanciona una conducta que no reviste la incidencia necesaria para formar parte de una política criminal necesaria.

#### 4.1.1.2.4. Análisis de la cuarta pregunta.

Respecto a la pregunta cuatro, esta fue citada bajo el siguiente tenor:

*¿Considera usted que la conducta tipificada en el artículo 390° del Código Penal, delito de retardo injustificado de pago, vulnera el principio de fragmentariedad del derecho penal?*, asimismo, se utilizó como preguntas adicionales interrogantes sobre la opinión de los entrevistados, que precisen si consideran que el tipo penal de retardo injustificado de pago fue recogido de la realidad criminal peruana y si su reprochabilidad moral legitimaria la intervención del Derecho Penal. Ello en relación a las dimensiones del subprincipio de fragmentariedad, a nivel legislativo y social. A lo cual se obtuvo los siguientes resultados:

Es así que, la **Entrevista A**, señaló de forma concreta que si se vulneraría el principio de fragmentariedad. Como parte del bloque de preguntas adicionales se hizo un cuestionamiento a la integración del tipo penal y a la reprochabilidad moralidad de la conducta contenida en el artículo 390° del Código Penal, Retardo Injustificado de Pago, estas en relación a criterios esbozados por el autor García Cavero en su obra Derecho Penal Parte General, como componentes del Sub principio de Fragmentariedad. A las cuales señaló:

Considero que no, porque, como sabemos y también nos han enseñado en las aulas universitarias y también aprendemos con el tiempo, es que, nuestro código penal básicamente es una adopción de otras legislaciones extranjeras. Y en el caso peruano, este delito de retardo injustificado de pago al igual que la malversación de fondos, al igual que el peculado culposo, y al igual que el peculado doloso por un tema de monto ínfimo de la apropiación de caudales, no salen del sistema de represión, del ámbito de Ius Puniendi del estado como me manifiestas, por un tema de política criminal y porque en la sociedad peruana el tema de la corrupción es altamente sensible y considero que una fórmula de solución sería la

remisión a las dos convenciones de la lucha contra la corrupción de las cuales es parte el estado peruano.

La entrevistada mantiene como postura principal que este delito no se integraría a la sociedad peruana, sostienen como premisa que el legislador no verificaba la existencia de elementos objetivos o subjetivos al momento de legislar, sino que, habría realizado una importancia de doctrina y legislación extranjera para su conformación. Asimismo, sostiene que este delito no es de gran afectación, manteniéndose entre los delitos de menor lesividad del código, los cuales tampoco son evaluados por el legislador a nivel de integración en la realidad, vulnerando así el sub principio de fragmentariedad.

Respecto a la pregunta sobre la reprochabilidad moral de la conducta, la entrevistada ha señalado:

No, lógicamente que nunca podría equipararse a delitos graves que podemos ver que se traducen propiamente en el abuso del cargo, en el abuso de la función, en la obtención de una ventaja indebida o este abuso del cargo que se revela propiamente en actividades mucho más grandes que tiene el estado como son los concursos o procesos de selección, la ejecución de obras de sumas millonarias, y si hablamos del propio delito de cohecho en sus diversas variantes también implican un abuso porque se presume que los funcionarios y servidores públicos tienen un cargo, tienen un sueldo que satisface plenamente y garantiza que van a cumplir adecuadamente sus funciones dentro de la Administración Pública para poder materializar los fines de esta, no para hacerse de ganancias ilícitas, de ventajas indebidas que podrían obtener estando en la administración pública, instrumentalizando la administración pública. El retardo injustificado de pago dista mucho de esa clase de delitos que están sancionados también por el código penal y que no se comparan, no se equiparan. Lo que yo te decía, el retardo injustificado de pago, al igual que la malversación de fondos no tiene esa dosis adicional de lesividad extrema donde se necesita que el Estado intervenga para sancionar y criminalizar,

e inclusive dar penas mucho más elevadas, incorporar nuevas variantes como se ha hecho por ejemplo con el cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, se ha necesitado esa incorporación porque la casuística, por la realidad social donde se ve a diario que los policías utilizan, abusan del cargo para requerir sumas de dinero a ciudadanos; cuando tienen la obligación de brindar un servicio de hacer o no hacer algo en el cumplimiento de sus funciones, es totalmente distinto.

La entrevistada sostiene como postura que si existiría una vulneración al principio de fragmentariedad, y esta se daría a razón de que el delito de retardo injustificado de pago, sanciona una conducta que no mantiene esa dosis de lesividad extra necesaria para legitimar la intervención del Derecho Penal. Asimismo, el nivel de incidencia del delito tampoco fundamenta la sanción penal de dicha conducta, la misma que no solo se puede inferir de la experiencia de la entrevistada, sino que también de la falta de modificación del artículo desde su incorporación. Entendiendo la modificación e incremento de los tipos penales como un medidor de la incidencia de la conducta, que este tipo penal no cumple.

Respecto a la **Entrevistada B**, esta ha señalado:

Definitivamente, existen delitos que pueden ser sancionados a través de otras vías y no ser sancionados a través del Derecho penal. Generan de una u otra manera una carga procesal adicional, una generación de recursos innecesarios por temas que pueden ser solucionados a través de vías procedimentales distintas y con menor dotación de recursos.

La entrevistada B considera que si habría una vulneración al Principio de Fragmentariedad ya que se sanciona una conducta que podría ser sancionada por otros instrumentos del Derecho, ajenos a la sanción penal, afirmando que este delito termina generando una carga procesal adicional innecesaria para los despachos fiscales.

Respecto a las preguntas adicionales sobre la integración a la realidad peruana y la reprochabilidad moral legitimadora del Derecho Penal, ha señalado:

Yo considero que el delito de retardo injustificado de pago al momento de que se incluyó dentro de los delitos de corrupción de funcionarios, no refleja en sí la situación actual que venimos atravesando. Toda vez que, como ya lo he venido señalando, la incidencia de este delito en investigaciones generadas es mínima, así que debería ser sancionada a través de otras vías procedimentales.

Existen delitos como colusión, peculado, negociación incompatible; que logran evidenciar claramente el perjuicio que se puede generar a los caudales del estado. Delitos con gran incidencia dentro de nuestra connotación política y social. Son delitos que son investigados, sin embargo, el delito de retardo injustificado de pago no amerita la presencia del derecho penal a fin de que se puedan realizar actos de investigación; toda vez de que, la demora por parte del pago de funcionarios públicos no puede ser sancionado, ni mucho menos a través de una pena privativa de la libertad. Por lo que considero de que, se debería extraer este artículo del Código Penal y proveer vías procedimentales de menor lesividad para que puedan ser tratados.

La respuesta brindada por la entrevistada mantiene la línea respecto de la falta de elementos objetivos y subjetivos en la realidad peruana para la sanción de este tipo penal mediante el Derecho Penal. Asimismo, señala sobre la reprochabilidad moral del delito, que este no podría equipararse a una negociación incompatible, colusión, entre otros, ya que el grado de lesividad que mantiene es realmente bajo. En ese sentido, resulta coherente afirmar que, según la información brindada por la entrevistada, se vulneraría el Principio de Fragmentariedad del Derecho Penal al sancionar una conducta que no revista de una gravedad moral extrema que legitima la intervención penal, como sí lo son los delitos contenidos en los artículos 384°, 399°, entre otros del Código Penal.

Respecto a la **Entrevistada C**, esta ha referido:

Si se vulnera al Principio de Fragmentariedad del Derecho penal, ya que se sanciona una conducta que si bien puede ser típica,

antijurídica y culpable; no genera una lesión que amerite su sanción penal, siendo parte de un grupo de delitos de ínfima lesividad.

Esta postura mantiene el tópico de la existencia de una vulneración al principio de Fragmentariedad, fundamentando la misma en que existen conductas que si bien cumplen con todas las categorías de la teoría del Delito, no ameritan ser sancionadas por el Derecho Penal ya que no ostentan una lesividad alta que fundamente su sanción, respuesta que guarda la misma línea argumentativa de la entrevistada A.

Respecto a las preguntas adicionales sobre la integración a la realidad peruana y el grado moral de reprochabilidad de la conducta, se ha señalado:

Este tipo penal fue integrado del artículo 264° del Código Penal Argentino, sin modificación alguna, ello es prueba concreta de que el tipo penal no fue integrado al ordenamiento jurídico analizando la realidad peruana. Respecto a la reprochabilidad de la conducta, debemos precisar que esta conducta no trasnocha a los operadores de justicia o genera un miedo que intimide a los beneficiarios de pagos estatales, en ese sentido su reprochabilidad moral no es alta, y no amerita una sanción penal.

Conforme se advierte de la información brindada por la entrevistada, este tipo penal no habría sido integrado al ordenamiento jurídico peruano por necesidad de la realidad peruana, sino por importación de la normativa argentina, esta postura también fue desarrollada en el apartado de las bases teóricas. Respecto a su reprochabilidad moral, bajo una perspectiva utilitarista, señala que esta conducta no genera un desmedro de las relaciones contractuales con el estado, circunstancia que hace poco reprochable la conducta moralmente desde esta perspectiva.

De igual forma, la **Entrevistada D** refirió respecto de la pregunta lo siguiente:

Si se vulnera el principio de fragmentariedad debido a que esta conducta si bien si causa una lesión al bien jurídico específico protegida, dicha lesión no es de tal magnitud que amerite ser

sancionado por vía penal, es parte de estos delitos entendidos como de ínfimo monto.

La respuesta brindada por la entrevistada no se aleja del tenor de las respuestas anteriores y argumenta que la vulneración que recibiría el principio de fragmentariedad radica en una sanción penal de una conducta que, si bien es lesiva, no es lo suficiente como para ser sancionada por vía penal. Respecto de las preguntas adicionales sobre la integración de la realidad peruana y la reprochabilidad moral de la conducta ha señalado:

Este tipo penal no ha sufrido hasta la actualidad ninguna modificación, los delitos de mayor incidencia se suelen modificar porque las formas de cometer delito avanzan y evolucionan, caso de las diversas modalidades de cohechos y las modificatorias al delito de Colusión; eso demuestra que el tipo penal no forma parte del quehacer delincuencia peruano en cuanto a delitos de corrupción de funcionarios.

Respecto de la reprochabilidad moral, debemos considerar que son pocos los casos de retardo injustificado de pago, lo que hace que la ciudadanía en general desconozca bastante este tipo penal, no podemos hablar de reprochabilidad moral alta cuando la conducta es casi desconocida para la sociedad, en ese sentido, considero que no, no es reprochable moralmente al punto de legitimar la intervención penal, como sí lo son los delitos de Cohecho u otros de prevalimiento del cargo.

Esta postura se encuentra en la misma sintonía de las brindadas por las entrevistadas anteriores, sosteniendo que la vulneración al principio de fragmentariedad se daría a nivel legislativo, debido a que la conducta no nació de un análisis de la realidad criminal peruana, asimismo, a nivel de reprochabilidad moral, señala que en la actualidad el tipo penal no forma parte de la esfera de conocimiento social peruana, haciendo que su reprochabilidad moral sea casi inocua.

Así también, el **Entrevistado E**, señaló: *“Si, lógicamente como sub principios de subsidiariedad, considero que sí.”* Respecto de las preguntas



adicionales sobre la integración de la realidad peruana y la reprochabilidad moral ha señalado:

Como lo mencionaba, en mi opinión considero que ha sido por una cuestión que obedece al Derecho Penal simbólico. ¿Qué quiere decir esto? Que en su momento obedece a cuestiones que solo han tratado de justificar o satisfacer la incomodidad o inquietud de cierto sector de la población, que en su momento considero que la administración pública no ha podido darle solución a ese problema, y creen que la solución está en el Derecho Penal, lo cual no es así, y considero que la solución tal vez si muchas veces decimos lo pasamos a la vía administrativa, en la administración pública existen muchos actos de corrupción lo solucionan fácilmente, pero eso no justifica para que podamos poner cualquier tipo de conductas. Si bien es cierto, existe en la administración pública la posibilidad de que puedan darle solución, y al margen de la corrupción que propiamente saben arreglar la administración pública, pero eso tendrá que superarse ajeno, y no tener que afectar o no tener que buscar al derecho Penal para que dé solución a ese problema que lo involucra la corrupción.

Como lo he venido señalando no, no es tan reprochable dicha conducta, incluso podría considerar que si lo lleváramos a un análisis de equiparación de gravedad podría desde mi óptica ser considerado como una falta, pero de ahí a que sea falta o falta como infracción penal, o falta como infracción administrativa, eso ha de determinarse. Pero al menos, como conducta que amerite una tutela por parte del Derecho penal, considero que no.

La postura brindada por el entrevistado resulta distinta a la desarrollada por los entrevistado anteriores, ya que sostiene que la conducta si se desprendería de la realidad peruana, sin embargo, esta no obedecería los lineamientos que inspiran el Derecho Penal, ya que incurriría en instrumentalizar el mismo para intimar al funcionario o servidor público para realizar el pago, Circunstancias que se alejada de un Derecho penal de corte garantista y se acerca al Derecho Penal de

corte simbólico. De igual forma, respecto de la reprochabilidad moral, señala tajantemente que no considera que el delito amerite su sanción a través de un delito, sino que existirían medios más idóneos para su sanción como una falta o una infracción administrativa.

La **Entrevistada F**, respecto de la pregunta ha señalado:

Si se vulnera al principio de fragmentariedad ya que se sanciona una conducta que no genera un perjuicio o una lesión, sino que es de mera actividad, y dentro de su peligrosidad no reviste ni alta incidencia ni tal gravedad que ameriten ser sancionado por el Derecho Penal.

Esta respuesta guarda relación con la información recopilada en las entrevistas anteriores al afirmar la existencia de una vulneración, y argumenta que la misma se daría a razón del adelantamiento innecesario de barreras punitivas.

Respecto a las preguntas adicionales ha señalado:

Sobre la integración de la realidad peruana, debemos considerar que en la educación universitaria nos enseñaron que los tipos penales del ordenamiento jurídico peruano son importados en su mayoría, y evidenciando que este delito no tiene gran incidencia en este despacho Fiscal, ni en los despachos Fiscales de Cerro de Pasco donde también he trabajado, puedo señalar que no se integró de la realidad criminal peruana, sino por importación legislativa. Respecto de la reprochabilidad, considero que no debemos valorar la moralidad de la conducta, sino su lesividad como elemento necesario para su sanción. En ese sentido, este delito no tiene una lesión al bien jurídico, sino que es adelantamiento de barreras, y por política criminal no se encuentra fundamentada adecuadamente su integración al ordenamiento jurídico.

La entrevistada señala el mismo tópico de los entrevistados anteriores sobre la falta de integración de la realidad criminal peruana, señalando que esta se dio a causa de una importación jurídica de normas, y que prueba de ello es la poca incidencia en los despachos fiscales de investigaciones sobre este delito. Sobre la reprochabilidad, si bien señala que la moralidad no debe ser tomada como punto

de partida para el Derecho Penal, señala que este delito no resulta lesivo ni fundamenta política criminal de peligrosidad, y por lo tanto no ameritaría su sanción por vía penal.

Sobre el **Entrevistado G**, señaló respecto a la primera pregunta:

Si existe una vulneración en cada caso concreto porque, aunque la conducta es típica, esta no es tan grave que merezca una pena privativa de libertad, aunque casi nunca se ve un proceso que llegue a etapa intermedia y menos a juicio oral.

Esta respuesta mantiene el tópico de la vulneración al principio de fragmentariedad fundamentado en esta ocasión por parte de la falta de incidencia del delito y sobre todo su falta de incidencia en etapas de juzgamiento o controles de acusación por este tipo penal. Respecto a las preguntas adicionales señaló:

No creo que el legislador haya tomado en consideración la realidad sociológica, es muy difícil encontrar una norma que tenga un estudio sociológico de por medio, y ya ni que decir de uno con un estudio criminológico, generalmente resuelven todo declarando la conducta delictiva o aumentando la pena si ya está regulado.

Respecto de la reprochabilidad, este delito es de mera actividad, y sin un estudio criminológico que fundamente su peligrosidad social, estamos hablando de una conducta sancionada sin causar lesiones y que probablemente nos sea peligrosa realmente, así que no creo que legitime la intervención penal.

El punto de vista del entrevistado nos brinda un motivo más para la determinación de la naturaleza de la vulneración, ya que nos señala que esta conducta habría sido incorporada sin un estudio social de la realidad peruana, y al ser un delito de mera actividad, requeriría estrictamente de un fundamento que por política criminal acredite este adelantamiento de las barreras punitivas. Al carecer de este, no resulta legitimador de una intervención penal.

Asimismo, la **Entrevistada H**, señaló:

Si existe una vulneración a la fragmentariedad, porque hace del Derecho Penal garantista, un instrumento de intereses ajeno a la mantención de la paz social, ya que sanciona conductas por

capricho y no por necesidad, como el caso del retardo injustificado de pago.

Esta respuesta mantiene el tenor de todas las respuestas anteriores, afirmando la existencia de una vulneración al principio de fragmentariedad por la tipificación de la conducta del artículo 390° del Código Penal, argumentando que esta desnaturaliza al Derecho Penal instrumentalizándolo para fines ajenos para los que fue creado bajo el corte garantista.

Respecto a las preguntas adicionales ha señalado:

Sobre la existencia de elementos objetivos y subjetivos, estos no se encuentran en la realidad peruana, la incidencia del delito es mínima. Respecto de la reprochabilidad de la conducta, esta no resulta de gravedad para ser sancionada por el Derecho Penal.

La respuesta guarda el tenor, así como los argumentos antes esbozados por los entrevistados anteriores sobre la vulneración al principio de fragmentariedad.

Bajo las respuestas brindadas anteriormente, se puede afirmar que si existe una vulneración al Principio de Fragmentariedad del Derecho Penal a razón de la sanción de la conducta tipificada en el artículo 390° del Código Penal. Esta vulneración consistiría principalmente en una desnaturalización del Derecho Penal como instrumento de Ultima Ratio, ya que conforme han señalado los entrevistados expertos, este delito forma parte de un grupo de tipos penales que ostenta una gran lesividad, incluso llegando carecer de la misma.

En ese sentido, este delito bajo su tipificación actual resulta en un delito de mera actividad o peligro abstracto, lo que hace necesaria su fundamentación criminológica para poder fundamentar el adelantamiento de barreras punitivas sin lesión o peligro concreto. Lo que en el caso de la conducta tipificada en el artículo 390° no se da, ya que la poca incidencia de este delito en investigaciones como en etapas avanzadas del proceso penal demuestran su falta de incidencia en la realidad criminal peruana.

Es así que, la tipificación de este delito no solo vulnera al principio de fragmentariedad del Derecho Penal al desnaturalizar su esencia sin un fundamento sólido, sino que de forma práctica genera una carga procesal innecesaria en las Fiscalías Especializadas en Corrupción de Funcionarios.

#### ***4.1.2. Análisis de los Resultados***

Conforme se ha desarrollado en el apartado precedente, las opiniones expertas recogidas a los funcionarios de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín nos permiten determinar que:

Bajo el concepto esbozado por el autor (Reategui, 2017), en su obra *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal* el bien jurídico protegido por el delito de retardo Injustificado de Pago contenido en el artículo 390° del Código Penal sería la correcta Administración Pública, específicamente la legalidad en el cumplimiento de las obligaciones de los funcionarios. Es así, que resultó pertinente determinar si la conducta tipificada en el artículo materia de cuestionamiento efectivamente vulnera al bien jurídico protegido por este delito. (p.660)

Frente a ello, conforme han señalado los entrevistados A, B, C, D, F, G y H no existiría una vulneración al correcto y normal desarrollo de la Administración Pública como bien jurídico protegido genérico por parte de la conducta tipificada en el artículo 390° del Código Penal, denominado como Retardo Injustificado de Pago, ya que debido a la naturaleza típica del delito el caudal del Estado no se ve afectado al no salir el mismo de las arcas de la Administración Pública, esta falta de lesividad destierra a este delito a los denominados delitos de peligro abstracto o mera actividad. Si bien estos delitos no vulneran un bien jurídico, su peligrosidad amerita su sanción penal. Respecto a ello, los entrevistados consideran también que la punición de esta conducta, retardo injustificado de pago) se torna en un exceso punitivo del Estado al adelantar barreras punitivas sin existir fundamentos que ameriten dicho actuar contra el garantismo penal.

Sobre la vulneración al bien jurídico protegido específico, conforme se ha desarrollado en las bases teóricas y bajo toma de postura del autor (García, 2022) se ha llegado a determinar que el bien jurídico específico protegido por este delito sería la Oportunidad, Fluidez y Eficacia de la Función patrimonial de la Administración Pública. En este contexto, se determinó que no existe una vulneración a este bien jurídico protegido a razón de la conducta tipificada en el

artículo 390° del Código Penal, ya que el dinero no se aparta de la esfera patrimonial del Estado. Esta consideración permite denominar de forma concreta al delito de retardo injustificado como una modalidad omisiva del Delito de Malversación de Fondos. En ese sentido, su sanción mediante la vía penal no se ve legitimada debido a la falta de lesividad de la conducta tipificada. Ello conforme señala todos los entrevistados. Asimismo, respecto al entrevistado E, si bien su postura se respalda bajo la posición del autor (Salinas, 2019), al sostener que el bien jurídico protegido específico sería la Imagen Institucional de la Administración Pública, tanto el jurista como el entrevistado en referencia señalan que este bien jurídico no sería meritorio de tutela penal.

Asimismo, a la postura que sostiene a la Imagen Institucional como bien jurídico específico tutelado por el Delito de Retardo Injustificado de Pago, debemos señalar que, si bien esta postura no es compartida por el investigador, la misma tampoco resulta contraria al Supuesto de la vulneración del Principio de Ultima Ratio, ya que conforme lo señaló el entrevistado E en la pregunta pertinente. La imagen institucional de la Administración Pública no sería un bien jurídico de tal magnitud que debería ser tutelado por el Derecho Penal.

De igual manera, se puede afirmar que no existiría un perjuicio al Estado a razón de la conducta tipificada como Delito de Retardo Injustificado de Pago, ya que conforme la configuración típica, el caudal objeto material del tipo penal, no se desprende de la administración pública, y que el único perjuicio posible de ser generado a razón del mismo es el retraso en el pago al Administrativo. Este conflicto hipotético no puede ser solucionado por vía penal, sino que corresponde a una vía procedimental ajena, como sería la vía Administrativa o la vía Civil. Esta postura es concordante a lo afirmado por el autor James Reategui Sanchez en su obra *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal* (p.658), ya que este afirma que, en razón de la modalidad típica del delito, no existiría perjuicio a la Administración Pública.

Bajo esta consideración, los entrevistados sostienen en su totalidad que el posible perjuicio generado a razón de esta conducta típica, no podría ser meritoria de una sanción por vía penal, ya que implicaría una desnaturalización del Derecho Penal garantista, al tornar el mismo en un Derecho Penal instrumentalizado

mediante el adelantamiento exagerado de barreras punitivas para satisfacción de intereses ajenos a la Administración Pública.

Asimismo, respecto del subprincipio de subsidiariedad, bajo el concepto desarrollado por el autor Percy García Cavero, en su obra Derecho Penal Parte General, debe entenderse al Principio de Subsidiariedad como aquella directriz que restringe al Derecho Penal a sancionar solo aquellas conductas que ninguna otra rama del Derecho pueda controlar, bajo esta perspectiva, se puede afirmar que existe una vulneración al subprincipio de subsidiariedad causado por la sanción penal de una conducta que no cumple con los requisitos de este principio para la superación del mismo. Ya que, conforme han señalado los entrevistados en su totalidad, este delito podría ser sancionado por la rama administrativa, la rama civil o incluso el propio Derecho Penal, pero en modalidad de falta.

De igual forma, el autor García Cavero, en la obra citada, refiere que el Subprincipio de Subsidiariedad se encuentra conformado por un criterio cualitativo, que implica que la conducta a sancionarse imposibilite la convivencia social pacífica, legitimando así la intervención del Derecho Penal. Y un criterio cuantitativo, que importa la alta incidencia de la conducta lesiva en la realidad peruana, lo cual también ameritaría la sanción por vía Penal. Frente a ello se puede afirmar que la conducta tipificada en el artículo 390° del Código Penal no imposibilita la convivencia social pacífica, ya que la Administración Pública prosigue su andar pese al desarrollo de esta conducta, de igual forma, conforme a la configuración típica, el delito exige que el beneficiario el pago vea satisfecho su interés con posterioridad. Ello hace que el administrado también pueda continuar normalmente con la convivencia social pacífica. Por esas razones, la conducta tipificada como delito de retardo injustificado de pago sancionaría por vía penal una conducta que no cumple con los requisitos del subprincipio de subsidiariedad, relativizando así los límites del Derecho Penal respecto a mínima Intervención. Esta inferencia se encuentra fundamentada por las afirmaciones realizadas por los entrevistados en su totalidad. Ya que todos aseveraron la vulneración de este principio. Ducha postura también es compartida por el autor Felipe Villavicencio Terreros en su obra Derecho Penal Parte General.

En el mismo tenor, el subprincipio de subsidiariedad es entendida como la directriz que legitima la intervención penal solo en aquellos casos que las demás ramas del Derecho vean insatisfechas las pretensiones de control social. En ese sentido, podemos afirmar que se vulneraría este subprincipio al sancionar una conducta que puede ver mejor satisfecho su conflicto mediante la vía Administrativa y la vía Civil.

Finalmente, conforme se ha desarrollado en las bases teóricas, el sub principio de fragmentariedad debe ser entendido como aquel componente del Principio de Ultima Ratio que legitima la intervención del Ius Puniendi estatal solo en aquellas conductas que causan una vulneración gravísima en el bien jurídico protegido por el tipo penal. En ese sentido, conforme han afirmado la totalidad de los entrevistados; existe una vulneración al subprincipio de fragmentariedad debido a que la tipificación de la conducta contenida en el artículo 390° del Código Penal importa un adelantamiento inmotivado de las barreras punitivas a la sanción de una conducta que no trae lesión alguna y que no motiva su peligrosidad ni por incidencia, ni por reprochabilidad moral. El tipo penal no se ha visto modificado desde su incorporación al Código Penal en el año de 1991 desde el artículo 264° del Código Penal Argentino, situación que permite inferir que no es de mayor incidencia en la sociedad criminal peruana.

Entendido este delito como un delito de menor lesividad, y ubicado en el grupo de los delitos de mera actividad, al no tener una incidencia alta, ni una gravedad altísima moralmente no legitima la intervención del Derecho Penal, sino que termina generando una carga procesal innecesaria en los Despachos Fiscales.

## **4.2. Contrastación de los Supuestos**

### ***4.2.1. Contrastación del Supuesto General***

“El delito de retardo injustificado de pago vulnera al principio de ultima ratio del derecho penal al sancionar una conducta que no es meritoria de sanción penal en la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín el año 2023.”

El Supuesto General expuesta en el presente trabajo de investigación es compatible con la los resultados obtenidos a través del instrumento de evaluación, los cuales conforme se ha desarrollado en el apartado precedente, sostiene que el



Delito de Retardo Injustificado de Pago, contenido en el artículo 390° del Código Penal vulnera al Principio de última Ratio o Mínima Intervención del Derecho Penal ya que sanciona una conducta que conforme su configuración tipifica no sería causante de un perjuicio al Estado. Asimismo, carecería de una vulneración al bien jurídico protegido genérico por el delito, el correcto y normal funcionamiento de la Administración Pública, así como tampoco incurriría en una vulneración al bien jurídico protegido de Oportunidad, Fluidez y Eficacia de la Función Patrimonial de la Administración Pública; circunstancias que hacen extremadamente lesivo sancionar esta conducta por vía penal. Y degeneran las bases del Derecho Penal garantista, al sancionar una conducta que carece de lesividad y que no justifica el adelantamiento de las barreras punitivas.

De igual forma la Supuesto expuesta resulta compatible con la afirmación de la vulneración a los subprincipios que componen el Principio de última Ratio o Mínima Intervención, ya que la sanción de la conducta, sin superar los filtros de dichos subprincipios degeneran al Derecho Penal flexibilizando una de las garantías ontológicas del mismo.

#### ***4.2.2. Contratación de los Supuestos Específicos***

Supuesto específico 1: “La ausencia de un perjuicio a la Administración pública en el delito de retardo injustificado de pago vulnera al principio de subsidiariedad del Derecho Penal al sancionar una conducta que puede ser sancionada satisfactoriamente por el Derecho Administrativo sancionador en la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín el 2023.”

El Supuesto específico 1 resulta compatible con los resultados obtenidos de las entrevistas realizadas a los funcionarios expertos de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín, ya que conforme afirman estos resultados, el Principio de Subsidiariedad debe ser entendido como el límite y legitimador de la intervención penal, exiliando la misma solo a las conductas que no puedan ser sancionadas por otras vías de forma eficaz. Para ello usa dos criterios, uno de carácter cualitativo, que implica que la conducta a sancionarse resulte imposibilitadora de la convivencia social pacífica,

y otro de carácter cuantitativo, que implica una alta incidencia de la conducta que convierta en necesaria la intervención penal para su control.

Conforme señalan los resultados expuestos, la conducta tipificada por el artículo 390° del Código Penal, no cumple con los criterios cualitativo ni cuantitativo para la legitimación de la intervención penal en la óptica del principio de subsidiariedad. Asimismo, existen otras vías ajenas al Derecho Penal, aún más eficaces para la solución del conflicto desarrollado por esta conducta. En ese sentido, los resultados corroboran el Supuesto específica 1.

Supuesto Específico 2: “La no existencia de una lesión al bien jurídico tutelado en el delito de retardo injustificado de pago vulnera al principio de fragmentariedad del Derecho Penal al sancionar una conducta que no podría considerarse de extremo peligro para la convivencia social en la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín el 2023.”

El Supuesto específico 2 es confirmado por los resultados expuestos en el párrafo precedente. Estos entienden al subprincipio de fragmentariedad como un filtro legitimador del Derecho Penal que limita la actividad de este a aquellas conductas que no solo vulneren bienes jurídicos, sino que sean de extremada gravedad. En ese sentido, los resultados expuestos señalan que la conducta contenida en el artículo 390° del Código Penal no satisface el filtro del subprincipio de fragmentariedad, ya que carece de una vulneración al bien jurídico que tutela, y su sanción como delito de mera actividad a razón de la política criminal se encuentra inmotivada debido a su poca peligrosidad y a su falta de incidencia.

Bajo esta consideración se puede afirmar que el Supuesto específica 2 es confirmada por lo resultados, siendo la vulneración al principio de Fragmentariedad la desnaturalización del Derecho Penal a causa de la sanción de una conducta que no legitima su intervención por falta de lesividad que implique un impedimento a la convivencia social y por falta de incidencia. Tornándose así en un lastre innecesario para la carga procesal fiscal.

### 4.3. Discusión de Resultados

Respecto a la discusión de resultados debemos considerar los antecedentes de la presente investigación, entre ellos se advierte:

Sobre la tesis desarrollada por (Galarza, 2017) en su trabajo de investigación titulado: “El Principio de Mínima Intervención en el Derecho Penal moderno con la vigencia del Código Orgánico Integral Penal en el Ecuador”, se advierte que los resultados obtenidos por la presente tesis son consistentes a las conclusiones de la tesis citada, toda vez que los resultados obtenidos refuerzan la tesis del investigador sobre la naturaleza jurídica del Principio de Ultima Ratio. Este a consideración de la tesis y conforme se arribó en los resultados del presente trabajo de investigación es un límite para la intervención del Derecho Penal como herramienta de control social, teniendo un doble carácter de legitimador. Es decir, el Principio de Mínima Intervención o Ultima Ratio deberá ser la frontera y directriz para diferenciar entre aquellas conductas que merecen ser sancionadas por vía penal y aquellas que no.

Bajo esa perspectiva, se advierte que el Principio de Mínima Intervención implica la utilización del Derecho Penal solo en aquellas conductas que el resto de ramas del Derecho no puedan solucionar y aquellas que transgredan gravemente el orden social. Corroborando así las conclusiones desarrolladas por el autor Galarza con los resultados de la presente investigación.

Sobre la tesis desarrollada por (Ortiz, 2020) titulada: “El Principio de Mínima Intervención Penal: Origen y Evolución”, debe precisarse que esta mantiene el mismo tenor de los resultados obtenidos en el presente trabajo. Implicando al Principio de última Ratio como el límite legitimador de la Intervención Penal en la solución de conflictos. Sin embargo, la misma resalto la existencia de dos posturas contrarias frente a la denominada “sociedad de riesgos”, paradigma que implica el avance tecnológico y directamente proporcional, el avance e incremento de la criminalidad en la sociedad. En ese sentido, a razón de los resultados obtenidos por esta tesis, se opta por la postura de reducir los injustos penales que meriten la intervención del Derecho Penal, ya que conforme fue esbozado por diversos de los entrevistados, la sanción de conductas que no revistan alta lesividad o peligrosidad, como es el caso del delito de retardo

injustificado de pago, genera sobrecarga procesal innecesaria, que termina en el despilfarro de recursos y tiempo en los despachos fiscales especializados en delitos de corrupción de Funcionarios.

Respecto a los antecedentes nacionales, el primero de estos fue desarrollado por (Lozano Rodriguez , 2019) titulado: “*Fundamentos Jurídicos para sustentar la Incorporación de la Pena De Multa como Sanción Principal en los Delitos contra la Administración Pública, contenidos en los artículos 379, 380, 385, 390 Y 391 del Código Penal Peruano*” correspondiente a la Universidad Nacional de Cajamarca, para optar el grado académico de Abogado, del cual advertimos que la conducta tipificada en el artículo 390° del Código Penal podría resultar desproporcionada de ser sancionada con una pena privativa de libertad. Ante esta conclusión, y en relación a los resultados obtenidos por esta investigación, se puede afirmar que la sanción con pena privativa de libertad de la conducta desarrollada por el artículo 390° del Código Penal no solo resulta desproporcional, sino que carece de legitimidad a la perspectiva del principio de última ratio o Mínima Intervención del Derecho Penal.

Finalmente, la tesis desarrollada por (Huaynarupay & Landeo, 2020) titulada “La aplicación del Principio de Mínima Intervención en el Delito de Peculado de Uso de ínfima cuantía en los juzgados y Fiscalías Penales de Huancayo, 2015-2016; perteneciente a la Universidad Peruana Los Andes para optar el título profesional de abogado fue tomado como referencia para poder formular una herramienta de carácter metodológico para la determinación de la relevancia penal de una conducta frente al Principio de Ultima Ratio del Derecho Penal. Respecto a ello, es de apreciarse que el enfoque de investigación del antecedente es de carácter cualitativo, recurriendo a una encuesta como instrumento de recolección de datos. Esta postura no resulta ajena a los resultados obtenidos por la presente investigación, ya que permite diferencia la utilidad de los enfoques. A fin de determinar de forma descriptiva la vulneración al principio de ultima ratio, los investigadores citados utilizaron un enfoque cualitativo. Por el contrario, esta tesis procuró un enfoque cualitativo, el cual permitió recoger mediante la entrevista estructurada información de profesionales expertos en la materia de investigación, ya que solo de esa forma de puede determinar de forma

científica la naturaleza de la vulneración a un principio del Derecho Penal. Ambos instrumentos resultan válidos y deberán ser aplicados en los momentos correspondientes dependiendo de los fines de la investigación.

#### **4.4. Propuesta de mejora**

La presente investigación tuvo como objetivo determinar la naturaleza de la vulneración por parte de la tipificación de la conducta contenida en el artículo 390° del Código Penal al Principio de Mínima Intervención o Última Ratio del Derecho Penal en la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín, arribando como conclusión que la vulneración a este principio se da a razón de la desnaturalización del Derecho Penal de corte garantista al flexibilizar una de sus garantías legitimadores de intervención como es el Principio de Mínima Intervención al sancionar una conducta que podría denominarse inocua. En ese sentido, se considera como propuesta de mejora inmediata la despenalización del artículo 390° del Código Penal.

Dicha medida se encuentra sustentada a razón de la grave vulneración que causa la sanción de una conducta inocua a la naturaleza teleológica del Derecho Penal. Con posterioridad a ello, se recomienda la recalificación de este injusto. Conforme se desprende de los resultados obtenidos, la conducta tipificada en este artículo si resultaría típica, antijurídica y culpable; sin embargo, su falta de lesividad y de motivación para adelantamiento de barreras por peligrosidad hace que sea necesario determinar una sanción para dicha conducta por una vía menos lesiva. Frente a ello, conforme han propuesto los sujetos de la presente investigación, así como diversos autores, podría recurrirse al Derecho Administrativo, al Derecho Civil, o de forma bastante drástica, al Derecho Penal, pero en modalidad de falta.

Asimismo, se considera necesaria la aplicación de una interpretación retroactiva del artículo 390° posterior a su despenalización, para así liberar un poco la carga procesal de los despachos fiscales especializados en Delitos de Corrupción de Funcionarios a nivel nacional.

Se recomienda también, para una mejor integración del ordenamiento jurídico penal peruano, la evaluación bajo los criterios cualitativo y cuantitativo,

estructurados por esta tesis, de los delitos considerados como cuestionables por si falta de lesividad o de mínima lesividad, entre los cuales se citó a la malversación de Fondos, o al peculado en una modalidad culposa. Ello a fin de brindar un instrumento de mayor pureza a los operadores jurídicos en materia penal, un código penal más integrado a la realidad peruana.

Finalmente se considera como propuesta de mejora la exigencia de un estudio criminológico o sociológico que fundamente a futuro la integración de tipos penales al ordenamiento penal peruano. Siendo un requisito indispensable en los delitos de mera actividad o peligro abstracto. Ya que de no fundamentarse bajo criterios de política criminal la penalización de conductas que no traen una lesión o un peligro concreto, se estaría desnaturalizando al Derecho Penal instrumentalizándolo bajo intereses ajenos a los propuestos por esta rama en su naturaleza ontológica.

## CONCLUSIONES

1. Las opiniones recogidas por el investigador, procesadas en el capítulo anterior, contrastadas a las bases teóricas que componen el presente trabajo y contrapuestas a los antecedentes de la presente investigación confirman el supuesto general propuesto por el investigador, permitiendo de esa forma concluir que el delito de Retardo injustificado de pago contenido en el artículo 390° del Código Penal Peruano vulnera al principio de Mínima Intervención o Última Ratio del Derecho Penal en la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín el año 2023 al desnaturalizar el Derecho Penal criminalizando una conducta que no vulnera el normal y correcto desarrollo de la Administración, así como tampoco la Oportunidad, Eficacia y Fluidez de la función patrimonial de la Administración Pública de manera que legitime la Intervención del Ius Puniendi estatal. Ello conforme fue señalado por los entrevistados A, B, C, D, F, G y H; quienes aseveraron no existir una vulneración al bien jurídico genérico de los Delitos contra la Administración Pública, ni contra el bien jurídico específico determinado por el artículo 390° del Código Penal. Asimismo, se estaría desnaturalizando los fundamentos de mínima intervención del Derecho Penal al flexibilizar una garantía procesal limitativa de la intervención del Derecho Penal como es el principio de Mínima Intervención o Última Ratio del Derecho Penal, al sancionar una conducta que no genera un perjuicio al estado y que tampoco amerita su sanción por vía Penal, conforme han señalado los entrevistados en su totalidad.
2. La presente investigación, posterior a su ejecución, recolección y procesamiento de datos, permite confirmar el primer supuesto específico y concluir que el delito de Retardo injustificado de pago, tipificado en el artículo 390° del Código Penal sustantivo vulnera al principio de Subsidiariedad del Derecho Penal en la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios

de Junín el año 2023 al flexibilizar una garantía procesal como es la subsidiariedad del Derecho Penal, sancionando una conducta que podría ser sancionada por otras ramas del Derecho con mayor eficacia, como el Derecho Administrativo o el Derecho de las Obligaciones. Ello a razón del concepto estructurado del subprincipio de subsidiariedad en las bases teóricas, las cuales definen a este principio como aquella directriz que ubica la utilización del Ius Puniendi solo en aquellos casos que no puedan ser resueltos por otras ramas del Derecho, perspectiva que es compartida por los entrevistados en su totalidad. De igual forma, se advierte que la tipificación de la conducta expuesta en el artículo 390° del Código Penal vulnera al principio de Subsidiariedad del Derecho Penal en la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín el año 2023 al relativizar una garantía procesal como la subsidiariedad del Derecho Penal, criminalizando una conducta que no cumple con los criterios cualitativo como cuantitativo para la legitimación subsidiaria de la intervención penal en conflictos de intereses. Estos deberán ser entendidos, conforme desarrollaron las bases teóricas como los criterios de impedimento de la convivencia social pacífica y de extrema incidencia. Postura consistente a lo señalado por los entrevistados, quienes refirieron que esta conducta no cumple con ninguno de los dos criterios para fundamentar su sanción penal.

3. Finalmente, el estudio exhaustivo de las bases teóricas, la recolección de información mediante la entrevista estructura y la confrontación de esta a los antecedentes de la investigación, han permitido confirmar el segundo supuesto específico y así, concluir que la sanción de la conducta tipificada como delito de Retardo injustificado de pago, contenido en el artículo N°390 del Código Penal vulnera al principio de Fragmentariedad del Derecho Penal en la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín el año 2023, al flexibilizar una garantía como la fragmentariedad del Ius puniendi estatal, criminalizando una conducta



que no fue recogida de la realidad criminal peruana, sino exportada del artículo 264° del Código Penal Argentino. Afirmación que nace a razón de las bases teóricas, las cuales determinaron como legislación de origen al ordenamiento penal argentino. Dicha afirmación fue sostenida por los entrevistados A, B, C, D, F, G y H. De igual forma, se puede concluir que la sanción penal de la conducta contenida en el artículo 390° del Código Penal vulnera al principio de

Fragmentariedad del Derecho Penal en la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín el año 2023, al relativizar una garantía como la fragmentariedad del Ius puniendi estatal, sancionando una conducta que no reviste una reprochabilidad moral grave que fundamente la necesidad de una sanción penal. Dicha afirmación resulta correcta a razón de la determinación de la naturaleza jurídica del sub principio de fragmentariedad realizado en las bases teóricas de la investigación, cuya definición fue corroborada por la totalidad de entrevistados, quienes a su vez, afirmaron la vulneración de este principio debido a la falta de corroboración de elementos objetivos y subjetivos inherentes al tipo penal desprendidos de la realidad criminal peruana, así como, la falta de gravedad moral respecto de la reprochabilidad de la conducta tipificada en el artículo en cuestionamiento.

## RECOMENDACIONES

1. La presente tesis recomienda la derogación del artículo 390° del Código Penal, el cual tipifica la conducta denominada como retardo injustificado de pago, sancionando al funcionario o servidor público que teniendo fondos expeditos retarda de forma arbitraria un pago ordinario o decretado por la autoridad competente con pena privativa de libertad. Ya que dicha conducta no debería ser sancionada por vía penal al vulnerar el principio de Mínima Intervención o Última Ratio del Derecho penal, desnaturalizando el Derecho Penal garantista, e instrumentalizando el mismo en un Derecho Penal simbólico, conforme se ha expuesto en las conclusiones precedentes.
2. Asimismo, se recomienda la sanción de la conducta tipificada en la actualidad por el artículo 390° del Código sustantivo, retardo injustificado de pago, mediante el Derecho Administrativo. Toda vez que, actualmente, esta conducta carente de lesividad extrema como para meritar la intervención del Ius Puniendi estatal, se encuentra siendo sancionada por vía penal. Y al ser una conducta antijurídica de la correcta administración pública, esta debería ser sancionada por una rama menos lesiva del Derecho, que vendría a ser el Derecho Administrativo Sancionador, mediante las denominadas faltas administrativas.
3. Finalmente, el presente trabajo de investigación, a razón de las conclusiones antes expuestas recomienda el archivo inmediato de los procesos en giro tipificados bajo el delito contenido en el artículo 390° del Código Penal, ya que estos vulneran al principio de fragmentariedad del Derecho Penal, investigando una conducta que, por su falta de gravedad en la lesión o puesta en peligro al bien jurídico, no legitima la intervención del Derecho Penal. Dicho archivo deberá darse a causa de la existencia de una causa de exoneración de la punibilidad como es la mínima lesividad de la conducta.

## BIBLIOGRAFÍA

- Caceres, E. (2015). Epistemología Jurídica Aplicada. En J. L. Fabra Zamora, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* (págs. 2195-2296). Ciudad de Mexico: Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho.
- Cavero, P. G. (2012). *Derecho Penal Parte General* . Lima : Jurista Editores.
- Comanducci , P. (2016). *Estudios sobre Constitución y Derechos Fundamentales*. Ciudad de México : Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Queretaro.
- Cuñat , R. (2010). Aplicación de la Teoría Fundamentada al estudio del proceso de creación de empresas. *Decisiones Globales*, 1-13.
- Española, R. A. (21 de Junio de 2021). *Dirección de la RAE*. Obtenido de <https://dle.rae.es/principio>
- Ferrajoli, L. (2006). *Garantismo Penal*. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México.
- Galarza, J. (2017). El Principio de Mínimma Intervención en el Derecho Penal Moderno con la vigencia del Código Orgánico Integral Penal en el Ecuador. Ambato , Ecuador.
- Garcia , E. (2022). *Derecho Penal Parte Especial* . Lima: Editorial Iustitia.
- Hernandez, R. (2014). *METODOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN*. CIUDAD DE MEXICO: McGraw Hill / Interamericana Editores S.A.
- Huaynarupay, A., & Landeo, L. (2020). La Aplicación del Principio de Mínima Intervención en el Delito de Peculado de Uso de ínfima Cuantía en los Juzgados y Fiscalía Penales de Huancayo, 2015-2016. Huancayo, Perú.
- Lozano Rodriguez , D. A. (2019). FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA SUSTENTAR LA INCOPORACIÓN DE LA PENA DE MULTA COMO SANCIÓN PRINCIPAL EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, CONTENIDOS EN LOS ARTÍCULO 379, 380, 358, 390 Y 391 DEL CÓDIGO PENAL PERUANO. CAJAMARCA - PERÚ, CAJAMARCA, PERÚ.
- Mayer, M. (2007). *Derecho Penal Parte General* . Buenos Aires : Editorial B y F

- Ortiz, M. (2020). *El Principio de Mínima Intervención Penal: Origen y Evolución* . Santiago de Chile, Chile.
- Peña , R. (1999). *Tratado de Derecho Penal* . Lima: Grijley.
- Pérez, J. (2021). *Derecho Penal Parte General* . Lima : Pacífico Editores S.A.C. .
- Reategui, J. (2017). *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*.  
Lima: Jurista Editores.
- Salinas, R. (2019). *Delitos contra la Administración Público*. Lima: Editorial Iustitia.
- Vargas, F. (2021). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Velasquez, F. (1988). Normas rectoras del proyecto del Código Penal peruano de 1986. *Anuario de Derecho Penal*, 3.
- Villavicencio, F. (2009). *Derecho Penal Parte General* . Lima : Grijley.

# ANEXOS

**ANEXO 1:**  
**Matriz de consistencia**

<u><b>PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN</b></u>	<u><b>OBJETIVOS DE INVESTIGACIÓN</b></u>	<u><b>SUPUESTO DE INVESTIGACIÓN</b></u>	<u><b>CATEGORÍAS Y SUB CATEGORÍAS</b></u>	<u><b>METODO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN</b></u>
<p style="text-align: center;"><b>Problema</b></p> <p><b>General:</b></p> <p>¿De qué manera el delito de retardo injustificado de pago vulnera al principio de ultima ratio del derecho penal en la Fiscalía Provincial Penal Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín el año 2023?</p>	<p style="text-align: center;"><b>Objetivo</b></p> <p><b>General:</b></p> <p>Determinar de qué manera el delito de retardo injustificado de pago vulnera al principio de ultima ratio del derecho penal en la Fiscalía Provincial Penal Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín el año 2023.</p>	<p style="text-align: center;"><b>Supuesto</b></p> <p><b>General:</b></p> <p>El delito de retardo injustificado de pago vulnera al principio de ultima ratio del derecho penal al sancionar una conducta que no es meritoria de sanción penal en la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín el año 2023.</p>	<p style="text-align: center;"><b>CATEGORÍA 1:</b></p> <p>Delito de Retardo Injustificado de Pago</p> <p style="text-align: center;"><b>SUBCATEGORÍAS:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Ausencia de un perjuicio a la Administración Pública</li> <li>• Ausencia de una lesión grave al bien jurídico tutelado específico.</li> </ul>	<p style="text-align: center;"><b>Enfoque</b></p> <p><b>Metodológico:</b></p> <p>El presente trabajo ostenta un enfoque cualitativo.</p> <p style="text-align: center;"><b>Postura</b></p> <p><b>Epistemológica:</b></p> <p>La postura Epistemológica es una postura Iusnaturalista</p> <p style="text-align: center;"><b>Metodología paradigmática:</b></p> <p>El presente trabajo hará uso de la Teoría Fundamentada</p>

<p>Problemas Específicos:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• ¿De qué manera la ausencia de un perjuicio a la Administración Pública en el delito de retardo injustificado de pago vulnera al principio de subsidiariedad del Derecho Penal en la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín el 2023?</li> </ul>	<p>Objetivos Específicos:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Determinar de qué manera la ausencia de un perjuicio a la Administración Pública en el delito de retardo injustificado de pago vulnera al principio de subsidiariedad del Derecho Penal en la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de</li> </ul>	<p>Supuesto Específicas:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• La ausencia de un perjuicio a la Administración pública en el delito de retardo injustificado de pago vulnera al principio de subsidiariedad del Derecho Penal al sancionar una conducta que puede ser sancionada satisfactoriamente por el Derecho Administrativo sancionador en la Fiscalía Provincial Corporativa</li> </ul>	<p>CATEGORÍA 2: Principio de Mínima Intervención o Última Ratio del Derecho Penal</p> <p>SUBCATEGORÍAS:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Principio de subsidiariedad del Derecho Penal</li> <li>• Principio de fragmentariedad del Derecho Penal</li> </ul>	<p>como metodología paradigmática.</p> <p><b>Trayectoria del estudio:</b></p> <p>Presentación y aprobación del proyecto, ejecución del proyecto, sustentación del proyecto y finalmente la propuesta de la derogación del artículo 390° del Código Penal peruano.</p> <p><b>Escenario de estudio:</b></p> <p>Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín.</p> <p><b>Caracterización de sujetos o fenómenos:</b></p>
--	---	---	---	---

<ul style="list-style-type: none"> <li>• ¿De qué manera la ausencia de una lesión grave al bien jurídico tutelado específico en el delito de retardo injustificado de pago vulnera al principio de fragmentariedad del Derecho Penal en la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín el 2023?</li> </ul>	<p>Funcionarios de Junín el 2023?</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Determinar de qué manera la ausencia de una lesión grave al bien jurídico tutelado específico en el delito de retardo injustificado de pago vulnera al principio de fragmentariedad del Derecho Penal en la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de</li> </ul>	<p>Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín el 2023.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• La ausencia de un bien jurídico tutelado en el delito de retardo injustificado de pago vulnera al principio de fragmentariedad del Derecho Penal al sancionar una conducta que no podría considerarse demasiado lesiva del bien jurídico ya que carece de este en Fiscalía</li> </ul>		<p>Fiscales y Asistentes en función fiscal de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín.</p> <p><b>Técnicas e instrumentos de recolección de datos:</b></p> <p>Entrevista estructurada.</p> <p><b>Tratamiento de la información:</b></p> <p>Recolección y procesamiento en Word, y discusión final.</p> <p><b>Rigor científico</b></p> <p>Falsabilidad como sustento.</p> <p><b>Consideraciones éticas</b></p>
--	---	--	--	---



	Funcionarios de Junín el 2023.	Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín el 2023.		Honestidad y veracidad
--	--------------------------------	---	--	------------------------

## ANEXO 2:

## Matriz de Operacionalización de Categorías

CATEGORIAS	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DEFINICIÓN OPERACIONAL	SUBCATEGORIAS
<p>DELITO DE RETARDO INJUSTIFICADO DE PAGO</p>	<p>“Estamos ante una específica figura penal omisa de abuso de autoridad que no goza de unanimidad en el contexto del Derecho Comparado, dado que importantes cuerpos jurídicos penales no lo contemplan y los que lo hacen la castigan con penas mínimas y menores (multas).</p> <p>Si bien los tratadistas argentinos que interpretan estas figuras coinciden en que se trata de una variedad de malversación, a la que le otorgan un carácter genérico y subsidiario, considero que ello no concuerda necesariamente con la noción de malversación implícita en nuestra legislación penal sino más bien con una figura autónoma de abuso de autoridad de naturaleza omisiva.” (Rojas, 2021, p. 839-849)</p>	<p>El delito de retardo injustificado de pago no cuenta con un bien jurídico tutelado.</p> <p>El objeto material del delito de retardo injustificado de pago jamás es separado de la esfera de disposición de la administración pública por lo tanto no genera perjuicio a esta.</p> <p>El delito de retardo injustificado de pago es una figura omisiva de abuso de autoridad.</p>	<p>A: La ausencia de una lesión grave al bien jurídico tutelado específico.</p> <p>B: La ausencia de un perjuicio al Estado.</p>

<p>VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE ULTIMA RATIO</p>	<p>“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 solo debe intervenir en los casos estrictamente necesarios, es decir, cuando el problema o conflicto social no pueda resolverse con los otros sistemas de control extrapenales. El Derecho penal no es un instrumento de control más, sino que, a causa de las consecuencias de su aplicación, deviene en un mecanismo especialmente problemático para los ciudadanos y la sociedad. Esta secundariedad del derecho penal se expresa completamente en los principios de subsidiariedad y fragmentariedad que orientan la labor de incriminación que lleva a cabo el legislador penal: SOLO LAS LESIONES MAS INTOLERABLES A LOS BIENES JURÍDICOS MÁS IMPORTANTES DEBEN SANCIONARSE PENALMENTE.” (García, 2012, p. 136)</p>	<p>El derecho penal solo debe aplicarse en aquellos conflictos donde otras ramas del derecho resultan insuficientes.</p> <p>El derecho Penal solo debe aplicarse en aquellas lesiones que resulten de altísima gravedad.</p>	<p>1. Principio de subsidiariedad</p> <hr/> <p>2. Principio de fragmentariedad</p>
---	--	--	--

## ANEXO 4:

### Instrumento de recolección de datos

#### ENTREVISTA A PROFUNDIDAD:

**OBJETIVO:** La presente entrevista a profundidad tiene como finalidad recopilar información relevante acerca de la vulneración que genera el Delito de Retardo Injustificado de Pago al Principio de Última Ratio del Derecho Penal en la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín.

#### PREGUNTAS INFORMATIVAS:

N°	PREGUNTAS
1A	¿Cuál es su nombre completo?
2A	¿Cuál es el cargo en el que se desempeña?
2A	¿Qué grado académico ostenta?
3A	¿Cuántos años lleva trabajando en el Sub Sistema Anticorrupción?
5A	¿Qué tiempo lleva en la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín?

#### PREGUNTAS DE CONTENIDO:

CATEGORIA	N°	PREGUNTAS
<b><u>DELITO DE RETARDO INJUSTIFICADO DE PAGO</u></b>	1A	<p>¿Considera usted que el tipo penal de Retardo Injustificado de pago contenido en el Artículo 390° del Código Penal vulnera el correcto desarrollo de la Administración Pública?</p> <p>Adicionales:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• ¿Considera usted que la conducta tipificada en el artículo 390° del Código Penal, Retardo Injustificado de Pago, ¿vulnera de forma grave la Oportunidad de la fusión patrimonial de la Administración Pública?</li> </ul>

		<ul style="list-style-type: none"> <li>• ¿Considera usted que la conducta tipificada en el artículo 390° del Código Penal, Retardo Injustificado de Pago, ¿vulnera de forma grave la Fluidez de la fusión patrimonial de la Administración Pública?</li> <li>• ¿Considera usted que la conducta tipificada en el artículo 390° del Código Penal, Retardo Injustificado de Pago, ¿vulnera de forma grave la Eficacia de la fusión patrimonial de la Administración Pública?</li> </ul>
	1B	<p>¿Cconsidera usted que la conducta tipificada en el artículo 390° del Código Penal, Retardo Injustificado de Pago genera un perjuicio al Estado?</p> <p>Adicionales:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• ¿Qué tipo de perjuicio considera usted que genera la conducta tipificada en el artículo 390° del Código Penal, Retardo Injustificado de Pago al correcto funcionamiento de la Administración Pública?</li> <li>• ¿Considera usted que el perjuicio causado por la conducta tipificada en el artículo 390° del Código penal, retardo Injustificado de Pago, amerita ser sancionado por el Derecho Penal? ¿Por qué?</li> </ul>
<p align="center"><b><u>PRINCIPIO DE ÚLTIMA RATIO DEL DERECHO PENAL</u></b></p>	2A	<p>¿Considera usted que el Delito de Retardo Injustificado de Pago vulnera al Principio de Subsidiariedad del Derecho Penal?</p> <p>Adicional:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• ¿Considera usted que la conducta tipificada en el Artículo 390° del Código</li> </ul>

		<p>Penal, el delito de retardo injustificado de Pago imposibilita la convivencia pacífica dentro del grupo social?</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• ¿Considera usted que la conducta tipificada en el Artículo 390° del Código Penal, el delito de Retardo Injustificado de Pago es tan constante que amerita su sanción a través del Ius Puniendi Estatal?</li> </ul>
	2B	<p>¿Considera usted que el Delito de Retardo Injustificado de Pago vulnera al Principio de Fragmentariedad del Derecho Penal?</p> <p>Adicional:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• ¿Considera usted que el Delito de Retardo Injustificado de Pago contenido en el artículo 390° del Código Penal fue incluido por el legislador en el ordenamiento penal verificando la existencia de elementos objetivos y subjetivos desprendidos de la sociedad peruana?</li> <li>• ¿Considera usted que la lesión generada por el Delito de Retardo Injustificado de Pago es una afrenta grave al correcto desarrollo de la Administración Pública?</li> <li>• ¿Considera usted que la conducta penal sancionada por el Delito de Retardo Injustificado es de las conductas más reprochables moralmente, al punto de legitimar la intervención del Derecho Penal?</li> </ul>

**ANEXO 5:**  
**Ficha de Validación de Expertos:**  
**JUICIO DE EXPERTOS**

**I.- DATOS**

- 1.1 APELLIDOS Y NOMBRES: \_\_\_\_\_
- 1.2 DNI: \_\_\_\_\_ TELÉFONO: \_\_\_\_\_
- 1.3 NÚMERO DE COLEGIATURA: \_\_\_\_\_
- 1.4 GRADO ACADÉMICO: \_\_\_\_\_
- 1.5 TÍTULO DE INVESTIGACIÓN: “Delito de Retardo Injustificado de Pago y Principio de Última Ratio del Derecho Penal en Junín el 2023”
- 1.6 AUTOR DEL INSTRUMENTO: Bach. Francis Paolo Castro Ramos
- 1.7 FACULTAD: Derecho y CC.PP.
- 1.8 NOMBRE DEL INSTRUMENTO: Entrevista a profundidad.

- II.- ASPECTOS A EVALUAR:**
- a. De 01-09 (No válido, reformular)
  - b. De 10-12 (No válido, modificar)
  - c. De 12-15 (Válido, mejorar)
  - d. De 15-18 (Válido, precisar)
  - e. De 18-20 (Válido, aplicar)

Indicadores de Evaluación del Instrumento	CRITERIOS CUALITATIVOS CUANTITATIVOS	VALORACIÓN
1. Claridad	Está formulado con lenguaje apropiado	
2. Objetividad	Está expresado en conductas observables	
3. Actualidad	Adecuado al avance de la ciencia y tecnología	
4. Organización	Existe una organización lógica	
5. Suficiencia	Comprende los aspectos en cantidad y calidad	
6. Intencionalidad	Adecuado para valorar los aspectos de estudio	
7. Consistencia	Está basado en aspectos teóricos, científicos y temas de estudio	
8. Coherencia	Hay coherencia entre las dimensiones, indicadores, preguntas e índices	
9. Metodología	La estrategia responde al propósito del estudio	
10. Conveniencia	Es útil para la investigación y genera nuevas pautas para la investigación y construcción de teorías	
SUB TOTAL/10		
TOTAL		

Opinión de aplicabilidad: \_\_\_\_\_

Huancayo, 19 de mayo del 2023

FIRMA: \_\_\_\_\_

**Anexo 5: Ficha de Validación de Expertos:****JUICIO DE EXPERTOS****I- DATOS**

- 1.1 APELLIDOS Y NOMBRES: Pedro Saul Cuyas Enriquez  
 1.2 DNI: 19859996 TELÉFONO: 964738341  
 1.3 NÚMERO DE COLEGIATURA: 1592  
 1.4 GRADO ACADÉMICO: Mg con mención en Ciencias Penales  
 1.5 TÍTULO DE INVESTIGACIÓN: "Delito de Retardo Injustificado de Pago y Principio de Última Ratio del Derecho Penal en Junín el 2023"  
 1.6 AUTOR DEL INSTRUMENTO: Bach. Francis Paolo Castro Ramos  
 1.7 FACULTAD: Derecho y CC.PP.  
 1.8 NOMBRE DEL INSTRUMENTO: Entrevista a profundidad.

- II- ASPECTOS A EVALUAR:**
- a. De 01-09 (No válido, reformular)
  - b. De 10-12 (No válido, modificar)
  - c. De 12-15 (Válido, mejorar)
  - d. De 15-18 (Válido, precisar)
  - e. De 18-20 (Válido, aplicar)

Indicadores de Evaluación del Instrumento	CRITERIOS CUALITATIVOS CUANTITATIVOS	VALORACIÓN
1. Claridad	Está formulado con lenguaje apropiado	20
2. Objetividad	Está expresado en conductas observables	19
3. Actualidad	Adecuado al avance de la ciencia y tecnología	20
4. Organización	Existe una organización lógica	18
5. Suficiencia	Comprende los aspectos en cantidad y calidad	19
6. Intencionalidad	Adecuado para valorar los aspectos de estudio	20
7. Consistencia	Está basado en aspectos teóricos, científicos y temas de estudio	20
8. Coherencia	Hay coherencia entre las dimensiones, indicadores, preguntas e índices	19
9. Metodología	La estrategia responde al propósito del estudio	18
10. Conveniencia	Es útil para la investigación y genera nuevas pautas para la investigación y construcción de teorías	20
SUB TOTAL/10		193
TOTAL		19.3

Opinión de aplicabilidad: \_\_\_\_\_

Huancayo, 19 de mayo del 2023

FIRMA: Pedro Cuyas





**Anexo 5: Ficha de Validación de Expertos:****JUICIO DE EXPERTOS****I.- DATOS**

- 1.1 APELLIDOS Y NOMBRES: Maldonado Gomez Hilner Emilio  
 1.2 DNI: 28267073 TELÉFONO: 944678515  
 1.3 NÚMERO DE COLEGIATURA: 2852  
 1.4 GRADO ACADÉMICO: Magister  
 1.5 TÍTULO DE INVESTIGACIÓN: "Delito de Retardo Injustificado de Pago y Principio de Última Ratio del Derecho Penal en Junín el 2023"  
 1.6 AUTOR DEL INSTRUMENTO: Bach. Francis Paolo Castro Ramos  
 1.7 FACULTAD: Derecho y CC.PP.  
 1.8 NOMBRE DEL INSTRUMENTO: Entrevista a profundidad.

- II.- ASPECTOS A EVALUAR:**
- a. De 01-09 (No válido, reformular)
  - b. De 10-12 (No válido, modificar)
  - c. De 12-15 (Válido, mejorar)
  - d. De 15-18 (Válido, precisar)
  - e. De 18-20 (Válido, aplicar)

Indicadores de Evaluación del Instrumento	CRITERIOS CUALITATIVOS CUANTITATIVOS	VALORACIÓN
1. Claridad	Está formulado con lenguaje apropiado	19
2. Objetividad	Está expresado en conductas observables	19
3. Actualidad	Adecuado al avance de la ciencia y tecnología	20
4. Organización	Existe una organización lógica	20
5. Suficiencia	Comprende los aspectos en cantidad y calidad	19
6. Intencionalidad	Adecuado para valorar los aspectos de estudio	19
7. Consistencia	Está basado en aspectos teóricos, científicos y temas de estudio	20
8. Coherencia	Hay coherencia entre las dimensiones, indicadores, preguntas e índices	18
9. Metodología	La estrategia responde al propósito del estudio	19
10. Conveniencia	Es útil para la investigación y genera nuevas pautas para la investigación y construcción de teorías	20
SUB TOTAL/10		193
TOTAL		19.3

Opinión de aplicabilidad: \_\_\_\_\_

Huancayo, 22 de mayo del 2023

FIRMA: \_\_\_\_\_

 Wilmer E. Maldonado Gómez  
 ABOGADO  
 CAJ. 2552

**Anexo 5: Ficha de Validación de Expertos:****JUICIO DE EXPERTOS****I.- DATOS**

- 1.1 APELLIDOS Y NOMBRES: ANAYA ROSAS, LILIANA  
 1.2 DNI: 20066376 TELÉFONO: 964004050  
 1.3 NÚMERO DE COLEGIATURA: CA54907  
 1.4 GRADO ACADÉMICO: MAGISTER  
 1.5 TÍTULO DE INVESTIGACIÓN: "Delito de Retardo Injustificado de Pago y Principio de Última Ratio del Derecho Penal en Junín el 2023"  
 1.6 AUTOR DEL INSTRUMENTO: Bach. Francis Paolo Castro Ramos  
 1.7 FACULTAD: Derecho y CC.PP.  
 1.8 NOMBRE DEL INSTRUMENTO: Entrevista a profundidad.

- II.- ASPECTOS A EVALUAR:**
- a. De 01-09 (No válido, reformular)
  - b. De 10-12 (No válido, modificar)
  - c. De 12-15 (Válido, mejorar)
  - d. De 15-18 (Válido, precisar)
  - e. De 18-20 (Válido, aplicar)

Indicadores de Evaluación del Instrumento	CRITERIOS CUALITATIVOS CUANTITATIVOS	VALORACIÓN
1. Claridad	Está formulado con lenguaje apropiado	20
2. Objetividad	Está expresado en conductas observables	20
3. Actualidad	Adecuado al avance de la ciencia y tecnología	20
4. Organización	Existe una organización lógica	18
5. Suficiencia	Comprende los aspectos en cantidad y calidad	19
6. Intencionalidad	Adecuado para valorar los aspectos de estudio	20
7. Consistencia	Está basado en aspectos teóricos, científicos y temas de estudio	19
8. Coherencia	Hay coherencia entre las dimensiones, indicadores, preguntas e índices	18
9. Metodología	La estrategia responde al propósito del estudio	20
10. Conveniencia	Es útil para la investigación y genera nuevas pautas para la investigación y construcción de teorías	20
SUB TOTAL/10		194
TOTAL		19.4

Opinión de aplicabilidad: \_\_\_\_\_

Huancayo, 22 de mayo del 2023

  
**Liliana Anaya Rojas**  
 ABOGADA  
 C.A.J. 4907

FIRMA: \_\_\_\_\_

**ANEXO 8:**  
**CONSENTIMIENTO INFORMADO**

Acepto brindar voluntariamente información correspondiente a expedientes (casos) en esta investigación, conducida por el investigador Francis Paolo Castro Ramos, perteneciente a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes.

Asimismo, he sido informado (a) de que la meta de este estudio es *“Determinar de qué manera el delito de retardo injustificado de pago vulnera al principio de ultima ratio del derecho penal en la Fiscalía Provincial Penal Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín el año 2022.”*

Reconozco que la información que yo provea en el curso de esta investigación es estrictamente confidencial y no será usada para ningún otro propósito fuera de los de este estudio sin mi consentimiento. He sido informado de que puedo hacer preguntas sobre el proyecto en cualquier momento y que puedo retirar la información que crea conveniente del mismo cuando así lo decida, sin que esto acarree perjuicio alguno para mi persona.

Entiendo que una copia de esta ficha de consentimiento me será entregada, y que puedo pedir información sobre los resultados de este estudio cuando éste haya concluido.

Para esto, puedo contactar a Francis Paolo Castro Ramos, investigador antes mencionado, al teléfono número 948780949.

Nombre del participante: \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_  
Firma del Participante

\_\_\_\_\_  
Fecha

**CONSENTIMIENTO INFORMADO**

Acepto brindar voluntariamente información correspondiente a expedientes (casos) en esta investigación, conducida por el investigador Francis Paolo Castro Ramos Ramos, perteneciente a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes.

Asimismo, he sido informado (a) de que la meta de este estudio es *“Determinar de qué manera el delito de retardo injustificado de pago vulnera al principio de ultima ratio del derecho penal en la Fiscalía Provincial Penal Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín el año 2022.”*

Reconozco que la información que yo provea en el curso de esta investigación es estrictamente confidencial y no será usada para ningún otro propósito fuera de los de este estudio sin mi consentimiento. He sido informado de que puedo hacer preguntas sobre el proyecto en cualquier momento y que puedo retirar la información que crea conveniente del mismo cuando así lo decida, sin que esto acarree perjuicio alguno para mi persona.

Entiendo que una copia de esta ficha de consentimiento me será entregada, y que puedo pedir información sobre los resultados de este estudio cuando éste haya concluido.

Para esto, puedo contactar a Francis Paolo Castro Ramos, investigador antes mencionado, al teléfono número 948780949.

Nombre del participante: Bonnie Brandy Bautista Ghunta



Firma del Participante

29.05.2023

Fecha



**CONSENTIMIENTO INFORMADO**

Acepto brindar voluntariamente información correspondiente a expedientes (casos) en esta investigación, conducida por el investigador Francis Paolo Castro Ramos, perteneciente a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes.

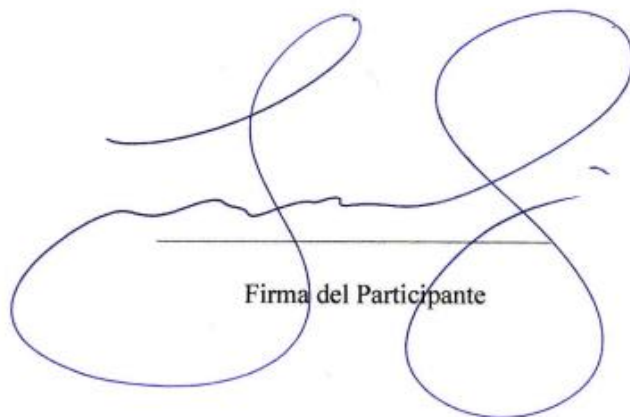
Asimismo, he sido informado (a) de que la meta de este estudio es *“Determinar de qué manera el delito de retardo injustificado de pago vulnera al principio de ultima ratio del derecho penal en la Fiscalía Provincial Penal Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín el año 2022.”*

Reconozco que la información que yo provea en el curso de esta investigación es estrictamente confidencial y no será usada para ningún otro propósito fuera de los de este estudio sin mi consentimiento. He sido informado de que puedo hacer preguntas sobre el proyecto en cualquier momento y que puedo retirar la información que crea conveniente del mismo cuando así lo decida, sin que esto acarree perjuicio alguno para mi persona.

Entiendo que una copia de esta ficha de consentimiento me será entregada, y que puedo pedir información sobre los resultados de este estudio cuando éste haya concluido.

Para esto, puedo contactar a Francis Paolo Castro Ramos, investigador antes mencionado, al teléfono número 948780949.

Nombre del participante: Toshelyn Angelica Yurivilca Ramos



Firma del Participante

06 de Junio de 2023

Fecha

### CONSENTIMIENTO INFORMADO

Acepto brindar voluntariamente información correspondiente a expedientes (casos) en esta investigación, conducida por el investigador Francis Paolo Castro Ramos, perteneciente a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes.

Asimismo, he sido informado (a) de que la meta de este estudio es *“Determinar de qué manera el delito de retardo injustificado de pago vulnera al principio de ultima ratio del derecho penal en la Fiscalía Provincial Penal Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín el año 2022.”*

Reconozco que la información que yo provea en el curso de esta investigación es estrictamente confidencial y no será usada para ningún otro propósito fuera de los de este estudio sin mi consentimiento. He sido informado de que puedo hacer preguntas sobre el proyecto en cualquier momento y que puedo retirar la información que crea conveniente del mismo cuando así lo decida, sin que esto acarree perjuicio alguno para mi persona.

Entiendo que una copia de esta ficha de consentimiento me será entregada, y que puedo pedir información sobre los resultados de este estudio cuando éste haya concluido.

Para esto, puedo contactar a Francis Paolo Castro Ramos, investigador antes mencionado, al teléfono número 948780949.

Nombre del participante: Vanesa Olivera Ayre



Firma del Participante

07/06/2023.

Fecha

**CONSENTIMIENTO INFORMADO**

Acepto brindar voluntariamente información correspondiente a expedientes (casos) en esta investigación, conducida por el investigador Francis Paolo Castro Ramos, perteneciente a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes.

Asimismo, he sido informado (a) de que la meta de este estudio es *"Determinar de qué manera el delito de retardo injustificado de pago vulnera al principio de ultima ratio del derecho penal en la Fiscalía Provincial Penal Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín el año 2022."*

Reconozco que la información que yo provea en el curso de esta investigación es estrictamente confidencial y no será usada para ningún otro propósito fuera de los de este estudio sin mi consentimiento. He sido informado de que puedo hacer preguntas sobre el proyecto en cualquier momento y que puedo retirar la información que crea conveniente del mismo cuando así lo decida, sin que esto acarree perjuicio alguno para mi persona.

Entiendo que una copia de esta ficha de consentimiento me será entregada, y que puedo pedir información sobre los resultados de este estudio cuando éste haya concluido.

Para esto, puedo contactar a Francis Paolo Castro Ramos, investigador antes mencionado, al teléfono número 948780949.

Nombre del participante: Yelvis Roberto Salas

  
Firma del Participante

6/06/23  
Fecha

### CONSENTIMIENTO INFORMADO

Acepto brindar voluntariamente información correspondiente a expedientes (casos) en esta investigación, conducida por el investigador Francis Paolo Castro Ramos, perteneciente a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes.

Asimismo, he sido informado (a) de que la meta de este estudio es *"Determinar de qué manera el delito de retardo injustificado de pago vulnera al principio de ultima ratio del derecho penal en la Fiscalía Provincial Penal Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín el año 2022."*

Reconozco que la información que yo provea en el curso de esta investigación es estrictamente confidencial y no será usada para ningún otro propósito fuera de los de este estudio sin mi consentimiento. He sido informado de que puedo hacer preguntas sobre el proyecto en cualquier momento y que puedo retirar la información que crea conveniente del mismo cuando así lo decida, sin que esto acarree perjuicio alguno para mi persona.

Entiendo que una copia de esta ficha de consentimiento me será entregada, y que puedo pedir información sobre los resultados de este estudio cuando éste haya concluido.

Para esto, puedo contactar a Francis Paolo Castro Ramos, investigador antes mencionado, al teléfono número 948780949.

Nombre del participante: Alejo Valerio Huaman Damas



Firma del Participante

06-05-23

Fecha



### CONSENTIMIENTO INFORMADO

Acepto brindar voluntariamente información correspondiente a expedientes (casos) en esta investigación, conducida por el investigador Francis Paolo Castro Ramos, perteneciente a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes.

Asimismo, he sido informado (a) de que la meta de este estudio es *“Determinar de qué manera el delito de retardo injustificado de pago vulnera al principio de ultima ratio del derecho penal en la Fiscalía Provincial Penal Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín el año 2022.”*

Reconozco que la información que yo provea en el curso de esta investigación es estrictamente confidencial y no será usada para ningún otro propósito fuera de los de este estudio sin mi consentimiento. He sido informado de que puedo hacer preguntas sobre el proyecto en cualquier momento y que puedo retirar la información que crea conveniente del mismo cuando así lo decida, sin que esto acarree perjuicio alguno para mi persona.

Entiendo que una copia de esta ficha de consentimiento me será entregada, y que puedo pedir información sobre los resultados de este estudio cuando éste haya concluido.

Para esto, puedo contactar a Francis Paolo Castro Ramos, investigador antes mencionado, al teléfono número 948780949.

Nombre del participante: Diona Yazmin Barzola Tarzo



Firma del Participante

07 de junio del 2023.

Fecha

**CONSENTIMIENTO INFORMADO**

Acepto brindar voluntariamente información correspondiente a expedientes (casos) en esta investigación, conducida por el investigador Francis Paolo Castro Ramos, perteneciente a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes.

Asimismo, he sido informado (a) de que la meta de este estudio es *“Determinar de qué manera el delito de retardo injustificado de pago vulnera al principio de ultima ratio del derecho penal en la Fiscalía Provincial Penal Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín el año 2022.”*

Reconozco que la información que yo provea en el curso de esta investigación es estrictamente confidencial y no será usada para ningún otro propósito fuera de los de este estudio sin mi consentimiento. He sido informado de que puedo hacer preguntas sobre el proyecto en cualquier momento y que puedo retirar la información que crea conveniente del mismo cuando así lo decida, sin que esto acarree perjuicio alguno para mi persona.

Entiendo que una copia de esta ficha de consentimiento me será entregada, y que puedo pedir información sobre los resultados de este estudio cuando éste haya concluido.

Para esto, puedo contactar a Francis Paolo Castro Ramos, investigador antes mencionado, al teléfono número 948780949.

Nombre del participante: Piero Junior Roma Cobas



Firma del Participante

05-06-2023

Fecha

**CONSENTIMIENTO INFORMADO**

Acepto brindar voluntariamente información correspondiente a expedientes (casos) en esta investigación, conducida por el investigador Francis Paolo Castro Ramos, perteneciente a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes.

Asimismo, he sido informado (a) de que la meta de este estudio es *“Determinar de qué manera el delito de retardo injustificado de pago vulnera al principio de ultima ratio del derecho penal en la Fiscalía Provincial Penal Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín el año 2022.”*

Reconozco que la información que yo provea en el curso de esta investigación es estrictamente confidencial y no será usada para ningún otro propósito fuera de los de este estudio sin mi consentimiento. He sido informado de que puedo hacer preguntas sobre el proyecto en cualquier momento y que puedo retirar la información que crea conveniente del mismo cuando así lo decida, sin que esto acarree perjuicio alguno para mi persona.

Entiendo que una copia de esta ficha de consentimiento me será entregada, y que puedo pedir información sobre los resultados de este estudio cuando éste haya concluido.

Para esto, puedo contactar a Francis Paolo Castro Ramos, investigador antes mencionado, al teléfono número 948780949.

Nombre del participante: Mikal Saby Vilchez Kahu



Firma del Participante

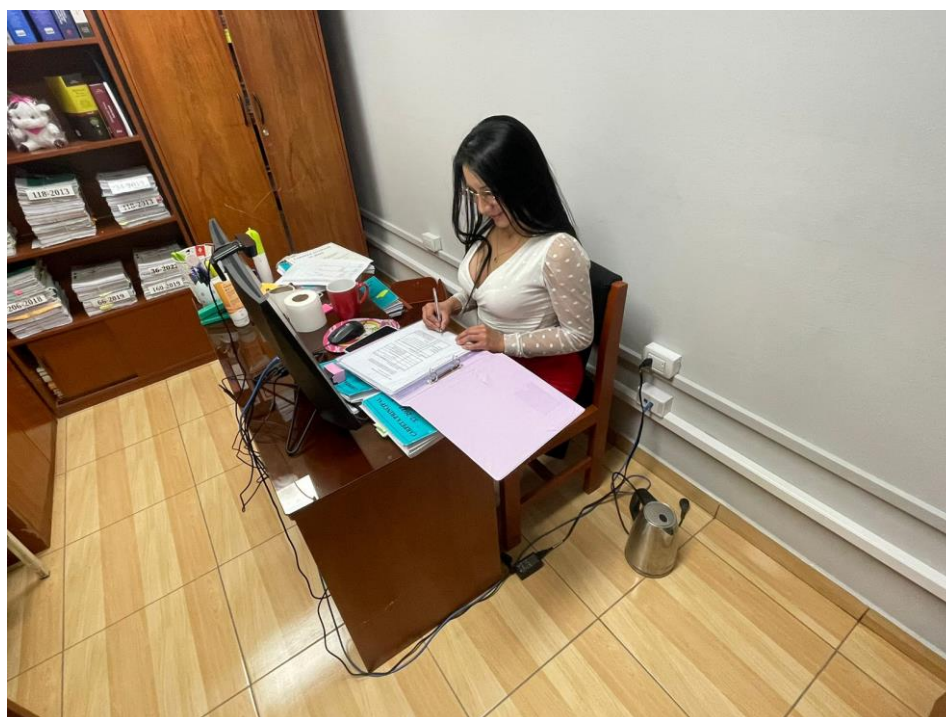
07 de junio 2023

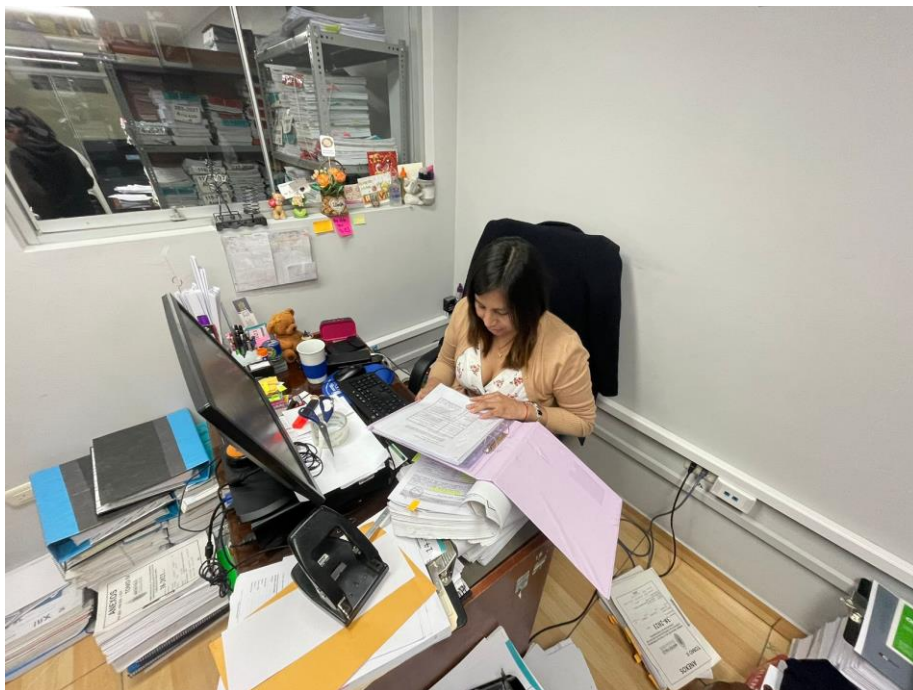
Fecha

**ANEXO 10:  
Evidencias Fotográficas**



















**ANEXO 11:****Declaración de Autoría**

Yo, Francis Paolo Castro Ramos, identificado con DNI N° 71276854. Domiciliado en Jr. Jantu N°148 Las Colinas de San Antonio Huancayo, bachiller de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes, DECLARO BAJO JURAMENTO ser el autor del presente trabajo; por tanto, asumo las consecuencias administrativas y/o penales que hubiera lugar si en la elaboración de mi investigación titulada:

“Delito de retardo injustificado de pago y principio de última ratio del derecho penal en Junín el 2023”

haya incurrido en plagio o consignados datos falsos.

Huancayo, 09 de Junio 2023.

Castro Ramos Francis Paolo

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Francis Paolo Castro Ramos', written in a cursive style.

DNI N°71276854

**ANEXO 12:**  
**Evidencias de la investigación:**

**TRANSCRIPCIÓN ENTREVISTA – DRA. BONNIE BRANDY  
BAUTISTA CATUNTA**

*Entrevistador: Bach. Francis Paolo Castro Ramos      Fecha: 29/05/23*

**ENTREVISTADOR (en adelante P1):** ¿Cuál es su nombre completo?

**ENTREVISTADO (En adelante E2):** Bonnie Brandy Bautista Catunta

**P1:** ¿Cuál es el cargo en el que se desempeña?

**E2:** Fiscal adjunto superior de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Junín.

**P1:** ¿Qué grado académico ostenta?

**E2:** Soy abogada con estudios de maestría concluidos en Derecho constitucional.

**P1:** ¿Cuántos años lleva trabajando en el sub sistema anticorrupción?

**E2:** Ocho años

**P1:** ¿Qué tiempo lleva en la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios?

**E2:** En la Fiscalía Provincial he estado poco más de siete años.

**P1:** A partir de la pregunta que continua doctora, la siguientes son respecto al tema de entrevista, el tema de entrevista radica principalmente en la tesis desarrollada por mi persona sobre el delito de retardo injustificado de pago y su presunta vulneración al principio de ultima ratio del Derecho penal de manera específica en la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Junín en el año 2023.

La primera pregunta es la siguiente: ¿De qué forma, considera usted, que el tipo penal de retardo injustificado de pago contenido en el artículo 390° del Código penal vulnera el correcto desarrollo de la administración pública?

**E2:** Propiamente debemos enfocarnos en lo que es el ámbito de protección de los bienes jurídicos que protegen los delitos contra la Administración Pública y por ahí estaríamos en el tema del correcto y normal desenvolvimiento de la Administración Pública en tanto se presume que los funcionarios y servidores

públicos están obligados a realizar sus actividades dentro del ámbito de las funciones que están reguladas en su respectivo reglamento y manual de organización y funciones.

**P1: ¿Considera usted que el delito de retardo injustificado de pago contenido en el artículo 390° del Código penal vulnera de forma grave la oportunidad de la función patrimonial de la administración pública?**

**E2:** No, a ver, a diferencia de un delito de peculado o una colusión agravada propiamente, en el delito de retardo injustificado de pago estamos hablando de conductas donde hay básicamente negativa o rehusamiento que se presume doloso por parte del funcionario público en efectuar un pago que ha sido determinado por la autoridad competente o un pago ordinario; entonces en ese extremo podríamos señalar que, a diferencia de los dos delitos que te he mencionado, en este caso, el dinero no sale de la esfera de la administración pública, sigue dentro de la misma sujeto a la determinación del funcionario o servidor público responsable de efectuar el pago y siempre sobre la base de que existan fondos expeditos para tal fin.

**P1: ¿Considera usted, que el delito de retardo injustificado de pago vulnera de forma grave la fluidez de la función patrimonial de la administración pública?**

**E2:** Tampoco, no, tendríamos que remitirnos a lo que te he señalado precedentemente, no habría ese tema de afectación propiamente de la fluidez, básicamente está relacionado a la función que realiza el servidor o funcionario público responsable de realizar el pago, no estriba estrictamente en el patrimonio propiamente que pueda verse perjudicado, mellado directamente como lo es un delito de lesión propiamente como el peculado o la colusión agravada.

**P1: ¿Considera usted, que el delito de retardo injustificado de pago vulnera de forma grave la eficacia de la función patrimonial de la administración pública?**

**E2:** Bajo el mismo razonamiento que te he dicho para las dos anteriores preguntas, no.

**P1: ¿Considera usted que el tipo penal de retardo injustificado de pago contenido en el artículo 390° genera un perjuicio al Estado?**

**E2:** Un perjuicio al Estado, a ver, tendrías que remitirte a dos aspectos totalmente diferentes. Uno el que se desencadena propiamente de la configuración típica, los presupuestos para la configuración del delito de retardo injustificado de pago, que básicamente esta en no hacer o en retardar propio del funcionario; pero si nos vamos ya a otra arista, que ya está relacionada con actos administrativos que son propios del funcionario o servidor público, esta negativa que puede obedecer a muchas causales podría dar lugar ya a un tema patrimonial, pero que se dilucida en una vía distinta, que básicamente es un tema de una vía civil, probablemente, bajo una obligación de dar suma de dinero que pueda instar la parte que ha requerido que se efectúe este pago a su favor.

**P1:** En ese sentido ¿Considera usted que el perjuicio causado por el delito de retardo injustificado de pago amerita ser sancionado por el Derecho Penal?

**E2:** Es un tema discutible, pero para responder a esta pregunta tendríamos que partir de un tema de casuística. Yo llevo más de ocho años en la Fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios y hasta la fecha no he conocido ni en control de acusación, ni mucho menos a nivel de juzgamiento casos que hayan sido sentenciados por el delito de retardo injustificado de pago y tampoco por asomo me parece a nivel de casaciones que haya emitido la Corte Suprema, donde haya discutido este tema del delito de retardo injustificado de pago. Esto se asemeja a lo que es el delito de Malversación de Fondos, donde una vez más hacemos un comparativo, el dinero sigue dentro de la Administración Pública, pero no sale; entonces, el tema de determinar esta afectación patrimonial va por esa línea. En ambos casos no habría propiamente un perjuicio económico que la entidad o la Administración Pública pueda reclamar como una consecuencia directa de la conducta del funcionario o servidor público que está implicado en estos hechos.

**P1:** ¿Considera usted que el delito de Retardo injustificado de pago vulnera el principio de subsidiariedad del Derecho Penal?

**E2:** No, no lo considero. A ver, cuando hablamos de Derecho fragmentario, Ultima Ratio o subsidiario siempre buscamos o debemos señalar de que, para que una conducta se criminalice en los estándares que lo hace, si

hablamos de delitos de corrupción, los que están tipificados del 382° hasta el 401°, básicamente el componente por el cual se reprimen este tipo de conductas está basado: 1. En este respeto que debería existir por parte de los funcionarios y servidores públicos a garantizar el correcto y normal desenvolvimiento de la Administración Pública y de forma específica ya de bienes jurídicos según cada delito que están comprendidos en este catálogo en específico. Pero, hay otras conductas que deben tratarse en una vía distinta a lo que es la vía penal, y como podemos llegar a esto en el entendido que una conducta pueda encontrar en una vía distinta a la penal la satisfacción que, en este caso, el denunciante o el demandante pretende de la administración pública, que es propiamente, en el delito de retardo injustificado de pago, que me paguen lo que ya se me ha reconocido; no estoy discutiendo si me correspondía o no, sino de que es un acto ya decretado, ya reconocido. Que, eventualmente, como te decía, puede generar una obligación de dar suma de dinero en la vía civil, que podría recurrirse en la vía civil, porque también el demandante o denunciante para el caso del delito, ya ha requerido previamente a la Administración Pública. Puede estar dentro del procedimiento, ese agotamiento, esa vía igualmente satisfactoria que le permitiría inclusive mayor inmediatez para que pueda obtener el pago que ha sido decretado. Esto implicaría algún tipo de lesividad para el patrimonio de la Administración Pública, tampoco; porque ya es un pago reconocido. Entonces si vemos que existe una vía igualmente satisfactoria para que esta persona pueda tener lo que está pretendiendo, ¿Por qué razones vamos a sacrificar a través de un tipo penal este tipo de conductas?, que desde mi perspectiva para que se configure debería pues tener un elemento componente doloso debidamente acreditado y que casi nunca se va a ver en los casos que tenemos en la fiscalía.

**P1: En ese sentido ¿Considera usted que el delito de retardo injustificado de pago imposibilita la convivencia pacífica dentro de un grupo social?**

**E2:** No, no, son actos propios de la Administración pública, ya vemos ahí que estamos hablando de actos administrativos, la emisión de resoluciones que reconocen un pago, son eso no, no habría.

En ese sentido ¿Considera usted de que el delito tipificado en el artículo 390° del código penal, retardo injustificado de pago es tan constante que amerita su sanción a través del Ius Puniendi estatal?

No es constante, no hay, la casuística es muy reducida.

**P1: ¿Considera usted que el delito de retardo injustificado de pago vulnera el principio de fragmentariedad del derecho penal?**

**E2:** Si, si lo vulneraría.

**P1: ¿Considera usted que el delito de retardo injustificado de pago contenido en el artículo 390° del código penal fue incluido por el legislador en el ordenamiento penal verificando la existencia de elementos objetivos y subjetivos desprendidos de la sociedad peruana?**

**E2:** Considero que no, porque, como sabemos y también nos han enseñado en las aulas universitarias y también aprendemos con el tiempo, es que, nuestro código penal básicamente es una adopción de otras legislaciones extranjeras. Y en el caso peruano, este delito de retardo injustificado de pago al igual que la malversación de fondos, al igual que el peculado culposo, y al igual que el peculado doloso por un tema de monto ínfimo de la apropiación de caudales, no salen del sistema de represión, del ámbito de Ius Puniendi del estado como me manifiestas, por un tema de política criminal y porque en la sociedad peruana el tema de la corrupción es altamente sensible y considero que una fórmula de solución sería la remisión a las dos convenciones de la lucha contra la corrupción de las cuales es parte el estado peruano. Que pueda darte unos márgenes por los cuales aún siguen vigentes o están adoptados por la legislación peruana y no hay una decisión propia del legislativo de poder modificar, cambiar, o derogar o dejar sin efecto este tipo de conductas ilícitas; que más que todo obedecen a ese tema, no responden a una realidad social, porque si respondieran a una realidad social tendríamos que tener una casuística bastante elevada como te digo en estos años que llevo en el sistema anticorrupción, ninguno de los casos que he conocido a nivel de este delito han llegado a un juicio oral. Entonces, eso ya demuestra que la casuística o la realidad no se condice con lo que el legislador ha hecho en su momento cuando se tipificó este delito.



**P1: Finalmente, doctora, ¿Considera usted que la conducta penal sancionada por el delito de retardo injustificado de pago es de las conductas más reprochables moralmente al punto de legitimar la intervención del Derecho Penal?**

**E2:** No, lógicamente que nunca podría equipararse a delitos graves que podemos ver que se traducen propiamente en el abuso del cargo, en el abuso de la función, en la obtención de una ventaja indebida o este abuso del cargo que se revela propiamente en actividades mucho más grandes que tiene el estado como son los concursos o procesos de selección, la ejecución de obras de sumas millonarias, y si hablamos del propio delito de cohecho en sus diversas variantes también implican un abuso porque se presume que los funcionarios y servidores públicos tienen un cargo, tienen un sueldo que satisface plenamente y garantiza que van a cumplir adecuadamente sus funciones dentro de la Administración Pública para poder materializar los fines de esta, no para hacerse de ganancias ilícitas, de ventajas indebidas que podrían obtener estando en la administración pública, instrumentalizando la administración pública. El retardo injustificado de pago dista mucho de esa clase de delitos que están sancionados también por el código penal y que no se comparan, no se equiparan. Lo que yo te decía, el retardo injustificado de pago, al igual que la malversación de fondos no tiene esa dosis adicional de lesividad extrema donde se necesita que el Estado intervenga para sancionar y criminalizar, e inclusive dar penas mucho más elevadas, incorporar nuevas variantes como se ha hecho por ejemplo con el cohecho pasivo propio en el ejercicio de la función policial, se ha necesitado esa incorporación porque la casuística, por la realidad social donde se ve a diario que los policías utilizan, abusan del cargo para requerir sumas de dinero a ciudadanos; cuando tienen la obligación de brindar un servicio de hacer o no hacer algo en el cumplimiento de sus funciones, es totalmente distinto.

**P1: Okey doctora, muchas gracias.**

**TRANSCRIPCIÓN ENTREVISTA – DRA. JOSHELYN ANGELICA  
YURIVILCA RAMOS**

*Entrevistador: Bach. Francis Paolo Castro Ramos      Fecha: 06/06/23*

**ENTREVISTADOR (en adelante P1): ¿Cuál es su nombre completo?**

**ENTREVISTADO (En adelante E2):** Joshelyn Angelica Yurivilca Ramos.

**P1: ¿Cuál es el cargo en el que se desempeña actualmente?**

**E2:** Fiscal Adjunta Provincial de la Fiscalía Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Junín.

**P1: ¿Qué grado académico ostenta?**

**E2:** Bachiller en Derecho, titulada como abogada y tengo estudios de maestría culminados en Derecho Penal y Procesal Penal por la Universidad Continental.

**P1: ¿Cuántos años lleva trabajando en el sub sistema anticorrupción?**

**E2:** Cinco años y medio.

**P1: ¿Qué tiempo lleva en la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios?**

**E2:** Tres años y medio.

**P1: Bien doctora, a partir de esta pregunta comenzamos con las preguntas respecto al tema de investigación:**

**¿Considera usted, que el tipo penal de retardo injustificado de pago contenido en el artículo 390° del Código penal vulnera el correcto desarrollo de la administración pública?**

**E2:** Si considero que vulnera el correcto desarrollo de la Administración Pública, toda vez que de que sanciona la demora por parte de la Administración Pública al momento de poner abonar algún pago al que se ha comprometido.

**P1: ¿Considera usted que la conducta contenida en el artículo 390° del Código penal vulnera de forma grave la oportunidad de la función patrimonial de la administración pública?**

**E2:** No considero que se afecte, toda vez de que la demora en algunos casos para que se pueda efectuar el pago se debe a un tema burocrático por parte

de las diferentes entidades; y desde mi perspectiva, esto no puede ser sancionado por el Derecho Penal, sino de que existe el Derecho Administrativo o alguna otra vía alternativa para que se pueda ver ese tipo de caso y establecer la medida correspondiente.

**P1: ¿Considera usted, que el delito de retardo injustificado de pago contenido en el artículo 390° del código penal vulnera de forma grave la fluidez de la función patrimonial de la administración pública?**

**E2:** Si considero que se vulnera la fluidez de la administración pública toda vez, de que la demora para que pueda realizar el pago expedito por parte de la entidad genera de que se puedan realizar actos innecesarios por parte de esta y aparte, de que se puedan destinar recursos que no corresponderían.

**P1: ¿Considera usted que el delito de retardo injustificado de pago contenido en el artículo 390° del código penal, vulnera de forma grave la eficacia de la función patrimonial de la Administración Pública?**

**E2:** No se vulnera la eficacia a razón de que si bien es cierto el pago puede demorar en realizarse, sin embargo, la entidad al final va a terminar otorgando el pago correspondiente.

**P1: ¿Considera usted que el tipo penal de retardo injustificado de pago, contenido en el artículo 390° del Código Penal genera un perjuicio al Estado?**

**E2:** Considero que no se genera un perjuicio económico al Estado puesto de que no hay algún perjuicio a los caudales. Porque, el delito de retardo injustificado de pago lo que sanciona es la demora por parte de funcionarios públicos para que puedan realizar el pago correspondiente; y esta demora no puede considerada como una afectación al patrimonio de la entidad.

**P1: ¿Considera usted que el perjuicio causado por el delito de retardo injustificado de pago amerita ser sancionado por el Derecho Penal?**

**E2:** El Derecho penal debe ser considerado como una Ultima ratio, existen vías procedimentales previas que deben ser tomadas en consideración por parte de las personas a fin de que hagan efectivar sus derechos y no necesariamente la vía penal; puede ser tomada en consideración a través de una conciliación por parte de

la persona afectada con la entidad o a través de la vía administrativa. Utilizando el Derecho Penal en un caso extremo.

**P1: ¿Considera usted que el delito de retardo injustificado de pago vulnera el principio de subsidiariedad del Derecho Penal?**

**E2:** Sí, el retardo injustificado de pago, como ya lo he mencionado anteriormente, debería ser tramitado a través de otra vía, a través de una conciliación entre la persona que se pueda ver afectada con la entidad; o a través de una vía administrativa. El Derecho penal esta para poder resolver conflictos entre partes pero considero que el delito de retardo injustificado de pago no genera de por sí un agravio hacía alguna de las partes, y por esa razón considero que si se estaría vulnerando el principio de subsidiariedad.

**P1: ¿Considera usted que la conducta tipificada en el artículo 390° del código penal, delito de retardo injustificado de pago, imposibilita la convivencia pacífica dentro de un grupo social?**

**E2:** Definitivamente sí, porque el hecho de que se pueda llevar un problema a una vía penal, repercute no solamente en una dotación de recursos adicionales que podrían ser efectivizados a otro tipo de destino. Como ya lo he señalado el delito de retardo injustificado de pago debería ser tratado en otras vías y a consideración personal ese delito no debería estar expuesto en los delitos que sancionan a funcionarios públicos, toda vez de que no vemos una agravante neta al patrimonio del estado.

**P1: ¿Considera usted que la conducta tipificada en el artículo 390° del Código Penal, delito de retardo injustificado de pago, es tan constante que amerita su sanción a través del Ius Puniendi Estatal?**

**E2:** Durante toda mi experiencia como fiscal, más o menos ya un año y medio, no he logrado evidenciar algún caso de retardo injustificado de pago que haya llegado a una etapa de formalización de investigación preparatoria. Normalmente dentro de la carga que tenemos, al momento yo cuento con dos carpetas donde se investiga el delito de retardo injustificado de pago, y probablemente los demás fiscales tengan la misma incidencia del delito dentro de sus cargas fiscales; por lo que yo considero que este delito debería ser tramitado

en otra vía, ya que su incidencia no repercute de manera autónoma en la carga procesal que cada fiscal pueda tener.

**P1: ¿Considera usted que el delito de retardo injustificado de pago vulnera el principio de fragmentariedad del derecho penal?**

**E2:** Definitivamente, existen delitos que pueden ser sancionados a través de otras vías y no ser sancionados a través del Derecho penal. Generan de una u otra manera una carga procesal adicional, una generación de recursos innecesarios por temas que pueden ser solucionados a través de vías procedimentales distintas y con menor dotación de recursos.

**P1: ¿Considera usted que el delito de retardo injustificado de pago contenido en el artículo 390° del código penal fue incluido por el legislador en el ordenamiento penal verificando la existencia de elementos objetivos y subjetivos desprendidos de la sociedad peruana?**

**E2:** Yo considero que el delito de retardo injustificado de pago al momento de que se incluyó dentro de los delitos de corrupción de funcionarios, no refleja en sí la situación actual que venimos atravesando. Toda vez que, como ya lo he venido señalando, la incidencia de este delito en investigaciones generadas es mínima, así que debería ser sancionada a través de otras vías procedimentales.

**P1: ¿Considera usted que la lesión generada por el delito de retardo injustificado de pago es una afrenta grave al correcto desarrollo de la Administración Pública?**

**E2:** Si, definitivamente, no se puede sancionar a un funcionario público por demorarse uno o dos días en efectuar un pago a favor de una persona, eso genera un agravio al estado. Cuando existen delitos con mayor incidencia y mayor gravamen a los caudales del estado como puede ser un delito de colusión o de peculado. Y si hablamos del tiempo, el tiempo destinado a estas pequeñas carpetas que por lo general terminan en archivos preliminares, pudieran ser utilizados para dotar de mayor eficiencia a casos de mayor envergadura y que si generan defraudación económica al caudal del estado.

**P1: Finalmente doctora, ¿Considera usted que la conducta penal tipificada en el artículo 390° del Código Penal denominada delito de retardo**

**injustificado de pago es de las conductas más reprochables moralmente al punto de legitimar la intervención del Derecho Penal?**

**E2:** Existen delitos como colusión, peculado, negociación incompatible; que logran evidenciar claramente el perjuicio que se puede generar a los caudales del estado. Delitos con gran incidencia dentro de nuestra connotación política y social. Son delitos que son investigados, sin embargo, el delito de retardo injustificado de pago no amerita la presencia del derecho penal a fin de que se puedan realizar actos de investigación; toda vez de que, la demora por parte del pago de funcionarios públicos no puede ser sancionado, ni mucho menos a través de una pena privativa de la libertad. Por lo que considero de que, se debería extraer este artículo del Código Penal y proveer vías procedimentales de menor lesividad para que puedan ser tratados.

**P1: Muchas gracias doctora.**

**TRANSCRIPCIÓN ENTREVISTA – DRA. YELIV KRISTHEVA**  
**LADERA SOLIS**

*Entrevistador: Bach. Francis Paolo Castro Ramos      Fecha: 06/06/23*

**ENTREVISTADOR (en adelante P1):** ¿Cuál es su nombre completo?

**ENTREVISTADO (En adelante E2):** Yeliv Kristheva Ladera Solis

**P1:** ¿Cuál es el cargo en el que se desempeña actualmente?

**E2:** Actualmente me desempeño como Fiscal adjunto Provincial en primer despacho de la de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Junín.

**P1:** ¿Qué grado académico ostenta?

**E2:** Actualmente tengo título de abogado emitido por la Universidad Peruana Los Andes.

**P1:** ¿Cuántos años lleva trabajando en el sub sistema anticorrupción?

**E2:** Aproximadamente cuatro años.

**P1:** ¿Qué tiempo lleva en la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios?

**E2:** El mismo tiempo.

**P1:** Respecto a las preguntas del contenido

**¿Considera usted, que el tipo penal de retardo injustificado de pago contenido en el artículo 390° del Código penal vulnera el correcto desarrollo de la administración pública?**

**E2:** *No considero que exista una vulneración a la Administración Pública, si bien es una conducta antijurídica, esta no radica en un delito de lesión, sino de mera actividad, considero que es un tipo penal que adelanta barreras punitivas de manera excesiva al sancionar una conducta que no genera un perjuicio.*

**P1:** ¿Considera usted que la conducta contenida en el artículo 390° del Código penal vulnera de forma grave la oportunidad de la función patrimonial de la administración pública? ¿Considera usted, la conducta contenida en el artículo 390° del código penal vulnera de forma grave la fluidez de la función patrimonial de la administración pública?

**E2:** Como expuse en mi respuesta anterior, este delito no causa un perjuicio, ya que es de mera actividad, por lo tanto, no puede haber una lesión a la función patrimonial del Estado, el dinero nunca sale de la administración pública.

**P1:** **¿Considera usted que la conducta tipificada en el artículo 390° del código penal, delito de retardo injustificado de pago genera un perjuicio al Estado?**

**E2:** No existe un perjuicio al Estado, si al dueño del pago, pero no a la Administración Pública, ya que el monto a pagarse no recibe un destino ajeno al destino por la Administración en sí.

**P1:** **¿Considera usted que la conducta tipificada en el artículo 390° del Código Penal, delito de retardo injustificado de pago amerita ser sancionado por el Derecho Penal?**

**E2:** No creo que merezca ser sancionada en vía penal, bien podría exigirse el pago mediante un requerimiento administrativo o una obligación de dar suma de dinero de carácter civil, el Derecho Penal no debe distraerse con cualquier conducta antijurídica, sino solo con las más graves.

**P1:** **En ese sentido ¿Considera usted que la conducta contenida en el artículo 390° del Código Penal, denominado delito de Retardo injustificado de pago vulnera el principio de subsidiariedad del Derecho Penal?**

**E2:** Claro que se vulnera el principio de subsidiariedad, al sancionar una conducta mediante una pena privativa de libertad, cuando bien podría sancionarse la misma con una sanción administrativa que sería más eficaz para la Administración, o una demanda civil que sería más eficaz para el beneficiario del pago que se retardo.

**P1:** **¿Considera usted que la conducta tipificada en el artículo 390° del código penal, delito de retardo injustificado de pago, imposibilita la convivencia pacífica dentro de un grupo social? ¿Considera usted que la conducta tipificada en el artículo 390° del Código Penal, delito de retardo injustificado de pago, es tan constante que amerita su sanción a través del Ius Puniendi Estatal?**

**E2:** Durante mis años como asistente en función fiscal de los distintos despachos de esta fiscalía anticorrupción, así como mi tiempo como fiscal



adjunta, el 2% de los casos evaluados tenían la calificación de retardo injustificado de pago, de los cuales, ninguno llegó a etapa de investigación preparatoria formalizada, y respecto a la imposibilidad, no se llega a dar, debido a que el administrado acciona otros mecanismos que logran el pago por otro funcionario igual de competente. **P1: ¿Considera usted que la conducta tipificada en el artículo 390° del Código Penal, delito de retardo injustificado de pago, vulnera el principio de fragmentariedad del derecho penal?**

**E2:** Si se vulnera el principio de fragmentariedad debido a que esta conducta si bien si causa una lesión al bien jurídico específico protegida, dicha lesión no es de tal magnitud que amerite ser sancionado por vía penal, es parte de estos delitos entendidos como de ínfimo monto.

**P1: ¿Considera usted que el delito de retardo injustificado de pago contenido en el artículo 390° del código penal fue incluido por el legislador en el ordenamiento penal verificando la existencia de elementos objetivos y subjetivos desprendidos de la sociedad peruana? ¿Considera usted que la conducta penal tipificada en el artículo 390° del Código Penal denominada delito de retardo injustificado de pago es de las conductas más reprochables moralmente al punto de legitimar la intervención del Derecho Penal?**

**E2:** Este tipo penal no ha sufrido hasta la actualidad ninguna modificación, los delitos de mayor incidencia se suelen modificar porque las formas de cometer delito avanzan y evolucionan, caso de las diversas modalidades de cohechos y las modificatorias al delito de Colusión; eso demuestra que el tipo penal no forma parte del quehacer delincencial peruano en cuanto a delitos de corrupción de funcionarios.

Respecto de la reprochabilidad moral, debemos considerar que son pocos los casos de retardo injustificado de pago, lo que hace que la ciudadanía en general desconozca bastante este tipo penal, no podemos hablar de reprochabilidad moral alta cuando la conducta es casi desconocida para la sociedad, en ese sentido, considero que no, no es reprochable moralmente al punto de legitimar la intervención penal, como sí lo son los delitos de Cohecho u otros de prevalimiento del cargo.

**P1: Okey doctora, muchas gracias.**

**TRANSCRIPCIÓN ENTREVISTA – DR. ALEJO VALERIO**  
**HUAMÁN DAMAS**

*Entrevistador: Bach. Francis Paolo Castro Ramos      Fecha: 06/06/23*

**ENTREVISTADOR (en adelante P1): ¿Cuál es su nombre completo?**

**ENTREVISTADO (En adelante E2):** Mi nombre completo es Alejo Valerio Huaman Damas

**P1: ¿Cuál es el cargo en el que se desempeña actualmente?**

**E2:** Actualmente me desempeño como Fiscal adjunto Provincial del Tercer despacho de la de la fiscalía anticorrupción especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Junín.

**P1: ¿Qué grado académico ostenta?**

**E2:** Actualmente tengo título de abogado emitido por la Universidad Peruana Los Andes y estudios concluidos de la maestría con mención en ciencias penales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

**P1: ¿Cuántos años lleva trabajando en el sub sistema anticorrupción?**

**E2:** Aproximadamente cinco años.

**P1: ¿Qué tiempo lleva en la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios?**

**E2:** Aproximadamente cinco años.

**P1: Respecto a las preguntas del contenido**

**¿Considera usted, que el tipo penal de retardo injustificado de pago contenido en el artículo 390° del Código penal vulnera el correcto desarrollo de la administración pública?**

**E2:** A ver, el tipo penal como tal no puede vulnerar en esencia la correcta administración pública, hay que tener en cuenta que la correcta administración pública es el bien jurídico tutelado genérico en todos los delitos contra la administración Pública, recordaras que todos los delitos contra la administración pública protegen un bien jurídico general y un específico en el caso en concreto que nos atañe sobre el retardo injustificado de pago, el bien jurídico tutelado específico es la imagen de la Administración Pública. La correcta Administración

pública es el bien jurídico tutelado dentro de toda la administración pública, todos los delitos contra la Administración Pública, ahora, el tipo penal no podría afectar un bien que como tal lo protege; desde mi óptica considero que no afecta el bien jurídico, un tipo que protege.

**P1: ¿Considera usted que la conducta contenida en el artículo 390° del Código penal vulnera de forma grave la oportunidad de la función patrimonial de la administración pública?**

**E2:** A ver, la función patrimonial de la Administración Pública, no tanto así, es que va a ir en función de lo que protege el delito de retardo injustificado de pago, ¿qué es lo que protege? Como le decía el bien jurídico específico para ceñirnos es la imagen institucional de la Administración Pública, por la conducta si yo funcionario o servidor público teniendo estos fondos expedidos para poder hacer un pago ya sea ordinario o un pago decretado por la autoridad y no lo quiero hacer; entonces, ¿qué es lo que afecta a la administración? La imagen de la Administración pública.

**P1: ¿Considera usted, la conducta contenida en el artículo 390° del código penal vulnera de forma grave la fluidez de la función patrimonial de la administración pública?**

**E2:** Como decía, a ver, el delito en estricto de retardo injustificado de pago no protege el contenido patrimonial de la administración pública. Es muy alejado. Lo que protege es la imagen institucional; y como tal no habría afectación en el tema patrimonial, está muy alejado.

**P1: ¿Considera usted que la conducta tipificada en el artículo 390° del código penal, delito de retardo injustificado de pago genera un perjuicio al Estado?**

**E2:** ¿Perjuicio? No tanto, desde mi experiencia como servidor público de anticorrupción en el tiempo que permanezco, para ser honesto, del 100% de casos de actos de corrupción, el 1% por fiscal promedio es de retardo injustificado de pago. ¿Qué significa esto? Si está tipificado como tal en estricto no genera ningún perjuicio al Estado, pero considero desde mi óptica que es un poco exagerado punir este tipo de conductas porque bien podría solucionarse en la vía administrativa tal vez. Su afectación de este delito como tal, la imagen

institucional no tendría por qué tener tanta trascendencia, más aún considerando que el tipo es un tipo penal de mera actividad.

**P1: ¿Considera usted que la conducta tipificada en el artículo 390° del Código Penal, delito de retardo injustificado de pago amerita ser sancionado por el Derecho Penal?**

**E2:** Desde mi óptica, como lo acabo de mencionar, considero que es un tanto exagerado por el Derecho Penal, existen otros medios de control social que tendrían que intervenir para hacerle o ejemplificar en el trayecto que llevó laborando, he advertido por ejemplo casos que, en su mayoría de los delitos de retardo injustificado, pretenden instrumentalizar al derecho penal ¿Qué significa esto? Un empresario que acaba de ejecutar una obra que le liquidaron la obra, ya fue aprobada, y no le devuelven la garantía de fiel cumplimiento, para empezar descartamos que ese es un pago ordinario porque no es periódico, pero un pago decretado por la autoridad, por ende, en algunas circunstancias que se tuvo, se tiene que en estos casos, generalmente, no es por decidía del funcionario o servidor público; en algunas circunstancias es ajena a su voluntad del funcionario, cambio de gestión, cierre del ejercicio presupuestal, y la obra termina el 31 o le liquidan al 31 de diciembre y tienen que pagarle, y justo acaba la gestión, u ocurre de que hay cierre presupuestal entonces tienen que hacer la rendición de cuentas, entonces no está dentro de la posibilidades , y eso tendría que entender tal vez el administrado, pero muchas veces utilizan el mecanismo penal para poder amedrentar a la administración pública y este a su vez, con ese temor del Derecho penal, ejecutar ese pago; esa es la única finalidad, o el único fin que generalmente tienen en su mayoría los casos de retardo injustificado que se ha tenido. De los 10 casos, 9 casos ocurren eso, instrumentalizar al Derecho penal; utilizan como medio de amedrentamiento para conseguir un pago, pero no un pago ordinario, ni un pago decretado. Pero en realidad considero que si bien existen otros mecanismos que podrían darle solución, pero afectación tampoco sería, porque la carga por el tipo penal no hay mucho, pero eso no significa que el derecho no deba aplicarse, que el derecho no deba estar regulado como debe. Las barreras del Derecho Penal no deben adelantarse tampoco a situaciones que no las merecen, que no lo ameriten.

**P1: En ese sentido ¿Considera usted que la conducta contenida en el artículo 390° del Código Penal, denominado delito de Retardo injustificado de pago vulnera el principio de subsidiariedad del Derecho Penal?**

**E2:** Considero que sí, de cierto modo hay una afectación a este principio de subsidiariedad. No sé, si es lógico que de todas maneras haya una afectación al principio de mínima intervención, subsidiariedad, fragmentariedad y el de ultima ratio. El Derecho Penal como tal tiene que obedecer a estos principios y al haberse punido este tipo de conductas hace que poco se haya aislado de estos principios, que no estén interviniendo en conductas como se tenía pensado en conductas primigeniamente que es lo que protege el Derecho penal, lo grave.

**P1: ¿Considera usted que la conducta tipificada en el artículo 390° del código penal, delito de retardo injustificado de pago, imposibilita la convivencia pacífica dentro de un grupo social?**

**E2:** Entiendo que no, considero particularmente que no; de que ter afecte una convivencia social por estado tipificado como tal tampoco creo sería un poquito exagerado. Mas bien, diría yo, que afecta el normal el regular ordenamiento o finalidad del Derecho Penal. Más que una convivencia afecta porque si bien es cierto yo puedo o el poder legislativo, o los agentes primarios de criminalización pueden determinar si una conducta es típica o no pero no significa que cualquier conducta alejándose de los parámetros del Derecho penal, de los principios del Derecho Penal, puedan punir cualquier cosa, tampoco; más allá de una convivencia social yo creo que afecta el criterio, la finalidad del Derecho penal, y se busca lógicamente que en su momento este delito tal vez haya sido motivado por una cuestión política que obedece un Derecho Penal simbólico, que quiere solo dar repuestas en su momento a la ciudadanía, y calmar, y ya se aleja del Derecho penal en si propiamente dicho.

**P1: En ese sentido ¿Considera usted que la conducta tipificada en el artículo 390° del Código Penal, delito de retardo injustificado de pago, es tan constante que amerita su sanción a través del Ius Puniendi Estatal?**

**E2:** Como lo indicaba, aquí en anticorrupción no es muy constante, generalmente se ha utilizado para instrumentalizar al Derecho Penal, por ende, los

casos son mínimos, considero una conducta no tan relevante y que en mi opinión debe ser resuelta en una vía administrativa.

**P1: ¿Considera usted que la conducta tipificada en el artículo 390° del Código Penal, delito de retardo injustificado de pago, vulnera el principio de fragmentariedad del derecho penal?**

**E2:** Si, lógicamente como sub principios de subsidiariedad, considero que sí.

**P1: ¿Considera usted que el delito de retardo injustificado de pago contenido en el artículo 390° del código penal fue incluido por el legislador en el ordenamiento penal verificando la existencia de elementos objetivos y subjetivos desprendidos de la sociedad peruana?**

**E2:** Como lo mencionaba, en mi opinión considero que ha sido por una cuestión que obedece al Derecho Penal simbólico. ¿Qué quiere decir esto? Que en su momento obedece a cuestiones que solo han tratado de justificar o satisfacer la incomodidad o inquietud de cierto sector de la población, que en su momento considero que la administración pública no ha podido darle solución a ese problema, y creen que la solución está en el Derecho Penal, lo cual no es así, y considero que la solución tal vez si muchas veces decimos lo pasamos a la vía administrativa, en la administración pública existen muchos actos de corrupción lo solucionan fácilmente, pero eso no justifica para que podamos poner cualquier tipo de conductas. Si bien es cierto, existe en la administración pública la posibilidad de que puedan darle solución, y al margen de la corrupción que propiamente saben arreglar la administración pública, pero eso tendrá que superarse ajeno, y no tener que afectar o no tener que buscar al derecho Penal para que dé solución a ese problema que lo involucra la corrupción.

**P1: ¿Considera usted que la lesión generada por el delito de retardo injustificado de pago es una afrenta grave a correcto desarrollo de la Administración Pública?**

**E2:** Como le dije al inicio, el tipo penal como tal no afecta lo que protege.

**P1: Finalmente, ¿Considera usted que la conducta penal tipificada en el artículo 390° del Código Penal denominada delito de retardo injustificado**

**de pago es de las conductas más reprochables moralmente al punto de legitimar la intervención del Derecho Penal?**

**E2:** Como lo he venido señalando no, no es tan reprochable dicha conducta, incluso podría considerar que si lo lleváramos a un análisis de equiparación de gravedad podría desde mi óptica ser considerado como una falta, pero de ahí a que sea falta o falta como infracción penal, o falta como infracción administrativa, eso ha de determinarse. Pero al menos, como conducta que amerite una tutela por parte del Derecho penal, considero que no.

**P1:** Okey doctor, muchas gracias.

**TRANSCRIPCIÓN ENTREVISTA – DRA. DIANA YAZMÍN**  
**BARZOLA TACZA**

*Entrevistador: Bach. Francis Paolo Castro Ramos      Fecha: 07/06/23*

**ENTREVISTADOR (en adelante P1):** ¿Cuál es su nombre completo?

**ENTREVISTADO (En adelante E2):** Yeliv Kristheva Ladera Solis

**P1:** ¿Cuál es el cargo en el que se desempeña actualmente?

**E2:** Actualmente me desempeño como Asistente en Función Fiscal del primer despacho de la de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Junín.

**P1:** ¿Qué grado académico ostenta?

**E2:** Actualmente tengo título de abogado emitido por la Universidad Peruana Los Andes.

**P1:** ¿Cuántos años lleva trabajando en el sub sistema anticorrupción?

**E2:** Aproximadamente cuatro años.

**P1:** ¿Qué tiempo lleva en la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios?

**E2:** Dos años.

**P1:** Respecto a las preguntas del contenido

¿Considera usted, que el tipo penal de retardo injustificado de pago contenido en el artículo 390° del Código penal vulnera el correcto desarrollo de la administración pública?

**E2:** *No habría como tal una vulneración a la Administración Pública, este delito no suele venir acompañado de un perjuicio al Estado, sino que suele ser usado por los agraviados para poder exigir un pago, sin embargo, eso no implica que se lesione a la Administración Pública.*

**P1:** ¿Considera usted que la conducta contenida en el artículo 390° del Código penal vulnera de forma grave la oportunidad de la función patrimonial de la administración pública? ¿Considera usted, la conducta contenida en el artículo 390° del código penal vulnera de forma grave la fluidez de la función patrimonial de la administración pública?



**E2:** En los casos que mi persona ha llevado nunca he verificado un informe pericial contable que señale la existencia de perjuicio patrimonial, en ese caso no podría hablarse de una vulneración a la función patrimonial del Estado.

**P1:** **¿Considera usted que la conducta tipificada en el artículo 390° del código penal, delito de retardo injustificado de pago genera un perjuicio al Estado?**

**E2:** No existe un perjuicio al Estado, el perjuicio es al Administrado al no recibir su pago en el momento oportuno, sin embargo, no he visto ninguna pericia contable que determine perjuicio económico al Estado por este delito.

**P1:** **¿Considera usted que la conducta tipificada en el artículo 390° del Código Penal, delito de retardo injustificado de pago amerita ser sancionado por el Derecho Penal?**

**E2:** El Derecho Penal se debe avocar a las conductas más graves. Las colusiones, los cohechos y peculados, entre otros causan perjuicios millonarios al Estado, el retardo de un pago, que se realizará tarde o temprano no es una conducta que revista una gravedad tal de merecer una sanción penal.

**P1:** **En ese sentido ¿Considera usted que la conducta contenida en el artículo 390° del Código Penal, denominado delito de Retardo injustificado de pago vulnera el principio de subsidiariedad del Derecho Penal?**

**E2:** Si existe una vulneración al principio de subsidiariedad, y esta se da por sancionar una conducta que reviste un carácter de ilícito administrativo.

**P1:** **¿Considera usted que la conducta tipificada en el artículo 390° del código penal, delito de retardo injustificado de pago, imposibilita la convivencia pacífica dentro de un grupo social? ¿Considera usted que la conducta tipificada en el artículo 390° del Código Penal, delito de retardo injustificado de pago, es tan constante que amerita su sanción a través del Ius Puniendi Estatal?**

**E2:** El delito tipificado actualmente exige que el funcionario haya pagado de forma retrasada, el incumplimiento del pago es otro delito, de forma que, la convivencia pacífica no se ve afectada al no detenerse la administración pública. Respecto a su incidencia, actualmente manejo una carga de 78 carpetas fiscales en giro, de las cuales solo tres son de retardo injustificado de pago.

**P1:** ¿Considera usted que la conducta tipificada en el artículo 390° del Código Penal, delito de retardo injustificado de pago, vulnera el principio de fragmentariedad del derecho penal?

**E2:** Si se vulnera al principio de fragmentariedad ya que se sanciona una conducta que no genera un perjuicio o una lesión, sino que es de mera actividad, y dentro de su peligrosidad no reviste ni alta incidencia ni tal gravedad que ameriten ser sancionado por el Derecho Penal.

**P1:** ¿Considera usted que el delito de retardo injustificado de pago contenido en el artículo 390° del código penal fue incluido por el legislador en el ordenamiento penal verificando la existencia de elementos objetivos y subjetivos desprendidos de la sociedad peruana? ¿Considera usted que la conducta penal tipificada en el artículo 390° del Código Penal denominada delito de retardo injustificado de pago es de las conductas más reprochables moralmente al punto de legitimar la intervención del Derecho Penal?

**E2:** Sobre la integración de la realidad peruana, debemos considerar que en la educación universitaria nos enseñaron que los tipos penales del ordenamiento jurídico peruano son importados en su mayoría, y evidenciando que este delito no tiene gran incidencia en este despacho Fiscal, ni en los despachos Fiscales de Cerro de Pasco donde también he trabajado, puedo señalar que no se integró de la realidad criminal peruana, sino por importación legislativa.

Respecto de la reprochabilidad, considero que no debemos valorar la moralidad de la conducta, sino su lesividad como elemento necesario para su sanción. En ese sentido, este delito no tiene una lesión al bien jurídico, sino que es adelantamiento de barreras, y por política criminal no se encuentra fundamentada adecuadamente su integración al ordenamiento jurídico.

**P1:** Okey doctora, muchas gracias.

**TRANSCRIPCIÓN ENTREVISTA – DRA. PIERO JUNIOR POMA**  
**CUBAS**

*Entrevistador: Bach. Francis Paolo Castro Ramos      Fecha: 05/06/23*

**ENTREVISTADOR (en adelante P1):** ¿Cuál es su nombre completo?

**ENTREVISTADO (En adelante E2):** Piero Junior Poma Cubas

**P1:** ¿Cuál es el cargo en el que se desempeña actualmente?

**E2:** Actualmente me desempeño como Asistente en Función Fiscal en la fiscalía superior especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Junín.

**P1:** ¿Qué grado académico ostenta?

**E2:** Actualmente tengo título de abogado emitido por la Universidad Peruana Los Andes.

**P1:** ¿Cuántos años lleva trabajando en el sub sistema anticorrupción?

**E2:** Aproximadamente dos años.

**P1:** ¿Qué tiempo lleva en la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios?

**E2:** Dos años.

**P1:** Respecto a las preguntas del contenido

**¿Considera usted, que el tipo penal de retardo injustificado de pago contenido en el artículo 390° del Código penal vulnera el correcto desarrollo de la administración pública?**

**E2:** *No existe una vulneración a la Administración Pública, ya que el perjuicio es causado al beneficiario del pago, el dinero no llega a las manos de este, pero tampoco sale o se destina de forma arbitraria a alguna actividad que pueda considerarse como perjuicio al Estado.*

**P1:** ¿Considera usted que la conducta tipificada en el artículo 390° del código penal, delito de retardo injustificado de pago genera un perjuicio al Estado?

**E2:** Por lo general no existiría un perjuicio al Estado, salvo en el caso de que este retraso genere una posterior demanda por daños y perjuicios, sin

embargo, dicha consecuencia no amerita que se sancione al funcionario que la causó a través de una sanción por el punitivo del estado.

**P1: ¿Considera usted que la conducta tipificada en el artículo 390° del Código Penal, delito de retardo injustificado de pago amerita ser sancionado por el Derecho Penal?**

**E2:** No merece ser sancionado por el Derecho Penal, con ser sancionado por una vía administrativa sería suficiente, ello en caso de comprobarse la concurrencia de todos los elementos objetivos y subjetivos de la conducta, por lo general no se logra consumir todos estos elementos y deviene la conducta en atípica.

**P1: En ese sentido ¿Considera usted que la conducta contenida en el artículo 390° del Código Penal, denominado delito de Retardo injustificado de pago vulnera el principio de subsidiariedad del Derecho Penal?**

**E2:** Si se vulnera el principio de subsidiariedad, ya que se adelanta las barreras punitivas a un espacio que no genera un perjuicio a ninguna parte dentro del conflicto.

**P1: ¿Considera usted que la conducta tipificada en el artículo 390° del código penal, delito de retardo injustificado de pago, imposibilita la convivencia pacífica dentro de un grupo social? ¿Considera usted que la conducta tipificada en el artículo 390° del Código Penal, delito de retardo injustificado de pago, es tan constante que amerita su sanción a través del Ius Puniendi Estatal?**

**E2:** Esta conducta no imposibilita la convivencia social de ninguna forma, el administrado ve satisfecho su pago con posterioridad, y la administración pública no percibe ningún costo extra debido a la conducta, así que la convivencia pacífica no se rompe en ningún momento. Sobre la incidencia, mi persona en la Fiscalía Provincial manejaba una carga procesal de 102 carpetas fiscales, de las cuales, 6 eran respecto de este delito. Encontrándose solo una en etapa de investigación preparatoria formalizada. Esta y todas las de investigación preliminar bien podrían ser sancionadas por vía administrativa, son solo mayor carga procesal en investigaciones penales.

**P1:** ¿Considera usted que la conducta tipificada en el artículo 390° del Código Penal, delito de retardo injustificado de pago, vulnera el principio de fragmentariedad del derecho penal?

**E2:** Si existe una vulneración en cada caso concreto porque, aunque la conducta es típica, esta no es tan grave que merezca una pena privativa de libertad, aunque casi nunca se ve un proceso que llegue a etapa intermedia y menos a juicio oral.

**P1:** ¿Considera usted que el delito de retardo injustificado de pago contenido en el artículo 390° del código penal fue incluido por el legislador en el ordenamiento penal verificando la existencia de elementos objetivos y subjetivos desprendidos de la sociedad peruana? ¿Considera usted que la conducta penal tipificada en el artículo 390° del Código Penal denominada delito de retardo injustificado de pago es de las conductas más reprochables moralmente al punto de legitimar la intervención del Derecho Penal?

**E2:** No creo que el legislador haya tomado en consideración la realidad sociológica, es muy difícil encontrar una norma que tenga un estudio sociológico de por medio, y ya ni que decir de uno con un estudio criminológico, generalmente resuelven todo declarando la conducta delictiva o aumentando la pena si ya está regulado.

Respecto de la reprochabilidad, este delito es de mera actividad, y sin un estudio criminológico que fundamente su peligrosidad social, estamos hablando de una conducta sancionada sin causar lesiones y que probablemente nos sea peligrosa realmente, así que no creo que legitime la intervención penal.

**P1:** Doctor, muchas gracias.

**TRANSCRIPCIÓN ENTREVISTA – DRA. MIKAL SABY**  
**VILCHEZ ÑAHUI**

*Entrevistador: Bach. Francis Paolo Castro Ramos      Fecha: 07/06/23*

**ENTREVISTADOR (en adelante P1):** ¿Cuál es su nombre completo?

**ENTREVISTADO (En adelante E2):** Mikal Saby Vilchez Ñahui

**P1:** ¿Cuál es el cargo en el que se desempeña actualmente?

**E2:** Actualmente me desempeño como Asistente en Función Fiscal en la fiscalía provincial especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Junín, en el primer despacho.

**P1:** ¿Qué grado académico ostenta?

**E2:** Actualmente tengo el grado académico de Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas, me encuentro tramitando mi diploma de abogada.

**P1:** ¿Cuántos años lleva trabajando en el sub sistema anticorrupción?

**E2:** Aproximadamente dos años.

**P1:** ¿Qué tiempo lleva en la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios?

**E2:** Dos años.

**P1:** Respecto a las preguntas del contenido

**¿Considera usted, que el tipo penal de retardo injustificado de pago contenido en el artículo 390° del Código penal vulnera el correcto desarrollo de la administración pública?**

**E2:** *Si existe una vulneración, ya que la Administración Pública no cumple con las expectativas del beneficiario del dinero, sin embargo, no considero que esta deba ser sancionada por la vía penal, con una pena privativa de libertad, es una conducta que no impide el desarrollo posterior de la Administración Pública, como si lo sería una colusión o un cohecho.*

**P1:** ¿Considera usted que la conducta contenida en el artículo 390° del Código penal vulnera de forma grave la oportunidad de la función patrimonial de la administración pública? ¿Considera usted, la conducta

**contenida en el artículo 390° del código penal vulnera de forma grave la fluidez de la función patrimonial de la administración pública?**

**E2:** No existiría una vulneración a la Fluidez ni a la Eficacia, ya que el flujo patrimonial no se ve afectado por un solo pago, y tarde o temprano se realizará el pago retardado, sin embargo, si habría una vulneración a la oportunidad, ya que el pago no se realiza en el momento correspondiente, sin embargo, dicha lesión no es de gravedad ya que tarde o temprano se realizará el pago.

**P1: ¿Considera usted que la conducta tipificada en el artículo 390° del código penal, delito de retardo injustificado de pago genera un perjuicio al Estado?**

**E2:** No existe un perjuicio al Estado, tampoco al administrado, porque solo se sanciona el retraso, en caso de no pagarse hablaríamos de otro tipo penal, para que se configure el delito de retardo el pago debe ser realizado con posterioridad a la fecha pactada, por lo tanto, no habría perjuicio a ninguno de los involucrados.

**P1: ¿Considera usted que la conducta tipificada en el artículo 390° del Código Penal, delito de retardo injustificado de pago amerita ser sancionado por el Derecho Penal?**

**E2:** El Derecho Penal es muy lesivo para sancionar una conducta que no genera un perjuicio a ningún sujeto, podrá ser antijurídica la conducta, pero no merece una pena privativa de libertad.

**P1: En ese sentido ¿Considera usted que la conducta contenida en el artículo 390° del Código Penal, denominado delito de Retardo injustificado de pago vulnera el principio de subsidiariedad del Derecho Penal?**

**E2:** Se vulnera el principio de subsidiariedad del Derecho Penal, ya que se utiliza una herramienta tan lesiva como es el Ius Puniendi para sancionar una conducta que podría ser resuelta en una vía civil o administrativa.

**P1: ¿Considera usted que la conducta tipificada en el artículo 390° del código penal, delito de retardo injustificado de pago, imposibilita la convivencia pacífica dentro de un grupo social? ¿Considera usted que la conducta tipificada en el artículo 390° del Código Penal, delito de retardo**

**injustificado de pago, es tan constante que amerita su sanción a través del Ius Puniendi Estatal?**

**E2:** Esta conducta no impide la convivencia social pacífica de ninguna forma, porque la administración pública continua su concurso de forma normal, reteniendo el pago correspondiente hasta el momento que se vuelva a requerir. Y sobre su incidencia, en la actualidad cuento con solo dos carpetas en giro sobre este delito, así que no amerita ser sancionado por el Derecho Penal, no es una conducta constante de los funcionarios el retardar pagos.

**P1: ¿Considera usted que la conducta tipificada en el artículo 390° del Código Penal, delito de retardo injustificado de pago, vulnera el principio de fragmentariedad del derecho penal?**

**E2:** Si existe una vulneración a la fragmentariedad, porque hace del Derecho Penal garantista, un instrumento de intereses ajeno a la mantención de la paz social, ya que sanciona conductas por capricho y no por necesidad, como el caso del retardo injustificado de pago.

**P1: ¿Considera usted que el delito de retardo injustificado de pago contenido en el artículo 390° del código penal fue incluido por el legislador en el ordenamiento penal verificando la existencia de elementos objetivos y subjetivos desprendidos de la sociedad peruana? ¿Considera usted que la conducta penal tipificada en el artículo 390° del Código Penal denominada delito de retardo injustificado de pago es de las conductas más reprochables moralmente al punto de legitimar la intervención del Derecho Penal?**

**E2:** Sobre la existencia de elementos objetivos y subjetivos, estos no se encuentran en la realidad peruana, la incidencia del delito es mínima. Respecto de la reprochabilidad de la conducta, esta no resulta de gravedad para ser sancionada por el Derecho Penal.

**P1: Doctora, muchas gracias.**