



UNIVERSIDAD
DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

**Configuración de la relevancia jurídico-penal en los delitos
de peculado y cohecho**

Tesis para optar el Título de
Abogado

Keiko Carolina Delgado Hiyane

**Asesor(es):
Dr. Ronald Henry Vílchez Chinchayán**

Piura, setiembre de 2023

Aprobación

La tesis titulada “Configuración de la relevancia jurídico-penal en los delitos de peculado y cohecho”, presentada por la bachiller Keiko Carolina Delgado Hiyane en cumplimiento con los requisitos para obtener el Título de Abogado, fue aprobada por el Director de Tesis Dr. Ronald Henry Vélchez Chinchayán.



Director de Tesis





Declaración Jurada de Originalidad del Trabajo Final

Yo, Keiko Carolina Delgado Hiyane, egresado del Programa Académico de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, identificado(a) con DNI N° 73204621.

Declaro bajo juramento que:

1. Soy autor del trabajo final titulado:
“Configuración de la relevancia jurídico-penal en los delitos de peculado y cohecho”
El mismo que presento bajo la modalidad de Tesis¹ para optar el Título profesional² de Abogado.
2. Que el trabajo se realizó en coautoría con los siguientes alumnos de la Universidad de Piura.
 - Haga clic o pulse aquí para escribir texto, identificado con DNI N° Escribir número
3. La asesoría del trabajo estuvo a cargo de:
 - Dr. Ronald Henry Vílchez Chinchayán, identificado con DNI N° 44287102
4. El texto de mi trabajo final respeta y no vulnera los derechos de terceros o de ser el caso derechos de los coautores, incluidos los derechos de propiedad intelectual, datos personales, entre otros. En tal sentido, el texto de mi trabajo final no ha sido plagiado total ni parcialmente, para la cual he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas.
5. El texto del trabajo final que presento no ha sido publicado ni presentado antes en cualquier medio electrónico o físico.
6. La investigación, los resultados, datos, conclusiones y demás información presentada que atribuyo a mi autoría son veraces.
7. Declaro que mi trabajo final cumple con todas las normas de la Universidad de Piura.

El incumplimiento de lo declarado da lugar a responsabilidad del declarante, en consecuencia; a través del presente documento asumo frente a terceros, la Universidad de Piura y/o la Administración Pública toda responsabilidad que pueda derivarse por el trabajo final presentado. Lo señalado incluye responsabilidad pecuniaria incluido el pago de multas u otros por los daños y perjuicios que se ocasionen.

Fecha: 18/08/2023.

.....
Firma del autor optante³

¹ Indicar si es tesis, trabajo de investigación, trabajo académico o trabajo de suficiencia profesional.

² Grado de Bachiller, Título profesional, Grado de Maestro o Grado de Doctor.

³ Idéntica al DNI; no se admite digital, salvo certificado.

Dedicatoria

A Dios, por estar siempre presente en cada uno de mis días, dándome salud, trabajo y permitiendo superar cada uno de los obstáculos que en la vida se presentan.

A papá, mamá y hermana, por siempre encontrar en ellos, el apoyo incondicional para cada una de las decisiones que haya tomado y tome en la vida. Así también por lograr hacer de mí una persona con valores y principios inquebrantables.

A mi asesor de tesis, Dr. Ronald Henry Vélchez Chinchayán, por su paciencia, por instruirme y por compartir sus conocimientos a fin de realizar un adecuado trabajo de tesis.



Resumen

La jurisprudencia en nuestro país da a conocer una diferenciación entre la configuración jurídico-penal del delito de peculado frente al delito de cohecho, incluso cuando el elemento corruptor de este último es menor a lo apropiado o a la valorización del bien usado por el funcionario público en el delito de peculado. La Corte Suprema en las resoluciones emitidas no nos identifica el porqué del trato diferenciado, problema que trae como consecuencia que no exista seguridad jurídica en la emisión de las mismas.

La presente investigación evalúa una serie de criterios para determinar la adecuada intervención del Derecho penal, ya que su actuación sólo deberá ejecutarse cuando exista una grave afectación al bien jurídico protegido y ello traiga reales consecuencias a los administrados. En la actualidad, existe una jurisprudencia diferenciada entre el delito de peculado y cohecho, con la sola citación de principios, pero no se explica de manera detallada las razones de la configuración de uno u otro. A partir de la investigación y la fijación de criterios, los justiciables obtendrán resoluciones predictibles con base a razones confiables, veraces, que justifiquen la decisión emitida. Asimismo, se realizará una propuesta de *lege ferenda* respecto al tenor del tipo penal de peculado.

La Corte Suprema ha realizado un trato diferenciado entre la configuración jurídico-penal del delito de peculado y el delito de cohecho en sus jurisprudencias, creando inseguridad jurídica para los justiciables. Dicho trato diferenciado se basa en la aplicación de principios para la no imposición de una sanción penal en la actuación de un funcionario o servidor público cuya apropiación o valor del bien utilizado es mínima (peculado), situación que no sucede en el delito de cohecho, toda vez que así la dádiva sea menor respecto al primer ilícito, el operador jurídico ha considerado condenarlo bajo una sanción de índole penal, dejando las sanciones administrativas u otras de igual idoneidad para cuando la conducta encaja en el tenor del delito de peculado y la lesividad es considerada insignificante. Los tres criterios escogidos para el análisis son: el criterio del bien jurídico protegido, de la ubicación sistemática y de los principios, determinándose que de manera independiente son insuficientes, por ello será necesario que, para brindar una explicación debidamente motivada del porqué de la configuración de un delito u otro, deberán ser analizados en su conjunto, a fin de poder entender que sí existe una diferencia entre ambos tipos penales. Así también, con estos tres criterios (analizados de manera conjunta), se podrá determinar cuándo el Derecho penal puede aplicar sus sanciones punitivas, indicándose que las mismas sólo se podrán imponer cuando la actuación del funcionario o servidor público, con la infracción del bien jurídico protegido, trasgreda el servicio prestacional de la función que tiene preestablecida al momento de la

comisión del ilícito, siendo que se deberá verificar que dicha lesión dañe gravemente a la Institución desde el momento en el que decidió desvincularse de las funciones del cual se encuentra dotado o de las atribuciones que se encuentra ejerciendo.



Tabla de contenido

Introducción.....	9
Capítulo 1 Estado de la cuestión: El principio de insignificancia en los delitos de peculado y cohecho	12
1.1 El delito de peculado y su insignificancia penal en la jurisprudencia peruana.....	13
1.1.1 La utilización de hojas de papel bond membretado para fines particulares.....	13
1.1.2 Elaboración de catres (tarimas) con dinero de un ente público a fin de ser utilizados por los nuevos funcionarios públicos contratados.....	15
1.1.3 Servidor público utiliza motocicleta, la hurtan y la repone	17
1.1.4 Utilización de teléfonos pertenecientes a la Administración pública para fines personales	18
1.2 Sobre el delito de cohecho y su relevancia jurídico penal en la jurisprudencia peruana.....	19
1.2.1 Suboficial solicita monto de S/. 500.00 nuevos soles para alterar hechos de investigación policial	19
1.2.2 Auxiliar jurisdiccional solicita S/. 50.00 nuevos soles para “agilizar” trámite de expediente	20
1.2.3 Profesor universitario solicita S/. 120.00 nuevos soles para “aprobar” a alumno en su curso.....	21
1.3 Cuestiones pendientes de resolución	22
Capítulo 2 Análisis jurisprudencial y doctrina de la problemática.....	27
2.1 Necesidad de intervención del Derecho penal o del Derecho administrativo	27
2.1.1 Diferencia entre una infracción administrativa y el injusto penal	27
2.1.2 ¿Cuál es la tesis utilizada en el delito de peculado y en el delito de cohecho, según la jurisprudencia?	29
2.1.3 Bien jurídico protegido en el delito de peculado y en el delito de cohecho.	30
2.1.4 ¿Es determinante la gravedad de la conducta para establecer la magnitud de la infracción del bien jurídico protegido en los delitos de peculado o cohecho y posterior configuración jurídico-penal?.....	32
2.2 Incoherencias de las respuestas doctrinales jurisprudenciales.....	34
2.2.1 ¿Porqué, para el peculado, sí importa el monto de la conducta?	34
2.2.2 ¿Por qué, para el cohecho, no importa el monto de la conducta?.....	34
2.2.3 ¿Por qué se debe sancionar de igual manera al delito de peculado como al delito de cohecho?.....	35

2.2.4	¿Cuál es el factor determinante en la actuación del funcionario o servidor público para permitir la intervención del Derecho penal y posterior sanción punitiva?.....	36
Capítulo3 Criterios planteados, ¿son o no suficientes para determinar la adecuada calificación jurídico-penal en el delito de cohecho y peculado?		39
3.1	La conformación del bien jurídico protegido, ¿es criterio suficiente para determinar una diferencia entre el delito de peculado y cohecho con base en la valoración del quantum apropiado?.....	39
3.2	Ubicación sistemática, ¿es un criterio determinante para establecer que existe diferencia entre el delito de peculado y el delito de cohecho lo que traería como consecuencia un tratamiento jurisprudencial diferenciado?	43
3.3	Poder punitivo y afectación al bien jurídico: Principios de insignificancia, de mínima intervención, y lesividad.....	44
3.3.1	Insignificancia.....	44
3.3.2	Mínima intervención.....	45
3.3.3	Lesividad.....	46
3.4	Propuesta de lege ferenda para la adecuada intervención del Derecho penal	47
Conclusiones		49
Recomendaciones		50
Referencias.....		51
Documentos legales y jurisprudencia		53

Introducción

La corrupción es considerada como un abuso del poder encargado para satisfacer intereses particulares en desmedro del correcto funcionamiento de la Administración pública¹. Frente a ello han existido a lo largo de la historia mecanismos que han tenido como fin el freno de la corrupción², siendo que actualmente se cuenta con instrumentos internacionales, como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción o la Convención Interamericana contra la Corrupción, las cuales nos indican la necesidad de establecer mecanismos al interior de los estados para prevenir, investigar y sancionar delitos de corrupción, debido al gran impacto económico y social que genera.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos abordó el fenómeno de la corrupción en la Resolución 1/18 del 2 de marzo de 2018. En dicho documento se reconoce que la corrupción afecta directamente a los derechos humanos en su integridad, debilita la gobernabilidad, la democracia, promueve la impunidad, quebranta los principios que rigen nuestro Estado de Derecho, incrementa la desigualdad, motivos suficientes que permiten actuar a nuestro Derecho Penal sancionando todo tipo de acto de corrupción.

El Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, en sus distintos niveles, han tratado de brindar, en las sentencias emitidas sobre corrupción de funcionarios, desarrollos jurisprudenciales que sirvan para dar solución y lucha frente éste fenómeno. Sin embargo, se ha evidenciado que si bien es cierto se busca una misma finalidad respecto a los actos de corrupción, esto no se ha visto reflejado en las soluciones que nuestros operadores jurídicos brindan, toda vez que es disímil la configuración y sanción de los injustos; siendo que, por ejemplo, para la sanción del delito de cohecho, la política criminal adoptada por el Estado parece ser que la ha criminalizado con una dimensión negativa mayor frente a aquellas conductas que se subsumen dentro del delito de peculado, encontrándose soluciones

¹ CHANJAN, R., TORRES, D. (2019) “Aspectos político-criminales y comparados de la corrupción privada: A propósito de su incriminación en el Perú”. En: Derecho y Sociedad, Revista PUCP. p. 2 [en línea]. Perú, [consulta: 30 de junio de 2020] Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/21217>

² Incluso desde la época virreinal, siendo el claro ejemplo los tenientes de navío Antonio de Ulloa y Jorge Juan, quienes fueron designados por el Rey Felipe V a fin de realizar un informe sobre la administración del virreinato. En el informe se denunciaba la centralización de poder en una alta autoridad gubernamental quien se encargaba a su vez de colocar a familiares dentro de la administración pública, las mismas que le brindaban ventajas tanto políticas como económicas al Virrey. MONTOYA, Y. (2012) “A propósito del documentado libro del historiador Alfonso Quiroz. Memoria histórica sobre la corrupción en el Perú”. En: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Universidad Pontificia Católica del Perú. p. 12 [en línea]. Perú, [consulta: 30 de junio de 2020] Disponible en: <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/09/Memoria-Hist%C3%B3rica-sobre-la-corrupci%C3%B3n-en-el-Per%C3%BA.pdf>

jurisprudenciales en donde el quantum económico apropiado o recibido pudiera ser el mismo, pero la sanción penal resulta ser mayor en un delito que en otro.

Similar situación sucede cuando el bien público usado por el funcionario o servidor, excede los parámetros permitidos (en cuanto a funciones extrapenales estipuladas como por ejemplo en el MOF, ROF, etc.), siendo que el equivalente económico es incluso mayor al recibido por aquel que comete el delito de cohecho, determinándose por parte del operador jurídico sanciones penales de mayor gravedad a este último que al delito de peculado de uso.

Asimismo se encuentran resoluciones respecto al delito de peculado en donde si bien es cierto se determina que existió la infracción de deber por parte del funcionario o servidor público, pero se le absuelve bajo el amparo de los principios fundamentales del Derecho penal, tales como el de mínima intervención, insignificancia, subsidiariedad, fragmentariedad, lesividad, entre otros; no siguiéndose igual suerte respecto al delito de cohecho, pues así el monto sea menor, la connotación que se le da a éste seguirá siendo la misma, la de una mayor criminalidad respecto al primer delito.

Existen entonces incoherencias en las soluciones jurisprudenciales, lo que trae como consecuencia inseguridad jurídica en cuanto a la calificación y sanción de los actos de corrupción, al no brindarse parámetros o criterios que sustenten dichas decisiones; quedando evidenciado que para el delito de peculado parece ser que la intervención penal es menor o incluso nula frente a la intervención que sí se realiza y en mayor proporción frente al delito de cohecho.

Esta problemática de diferencias en cuanto a la intervención del Derecho penal en un delito y otro, es lo que conlleva a desarrollar el presente trabajo con el fin de analizar cuáles son dichos criterios a evaluar para determinar lo sancionado por la rama de Derecho en mención, buscando así la adopción de unos criterios que puedan ayudar en la conformación del sistema penal de lucha contra esta clase de conductas.

Con esa finalidad, el trabajo ha sido dividido en dos capítulos. El primero presentará el estado de la cuestión, el cual se basa en exponer la jurisprudencia peruana relevante, en donde se exhibirán claramente las diferencias que existen entre la configuración y sanción del delito de peculado y el delito de cohecho, dando a conocer la problemática señalada.

El segundo capítulo, desarrollará un estudio de doctrina y jurisprudencia con base en el principio de insignificancia, información que nos permitirá entender en qué se basan los operadores jurídicos para dictar sentencias condenatorias o absolutorias y así el porqué del tratamiento diferenciado entre un delito y otro. A partir de ello realizaré un análisis de la necesidad de intervención del Derecho penal o del Derecho administrativo, en donde se

precisará el bien jurídico protegido por ambos ilícitos, seguido de un desarrollo sobre la configuración de la relevancia jurídico penal de las actuaciones de los funcionarios públicos, llegando a establecer una propuesta de *lege ferenda* respecto al tenor de uno de los tipos penales y, finalmente, presentaré las conclusiones del trabajo analizado.



Capítulo 1

Estado de la cuestión: El principio de insignificancia en los delitos de peculado y cohecho

Se ha puesto de manifiesto en la introducción que existen diferencias en la jurisprudencia emitida por nuestros operadores jurídicos sobre los delitos contra la Administración pública, lo que ha generado incoherencias entre las soluciones expedidas; incoherencias específicamente basadas en un tratamiento desigual entre un delito y otro respecto al *quantum* corruptor, no brindándose una verdadera seguridad jurídica frente a la lucha contra el fenómeno social de la corrupción, trayendo como consecuencias: la valoración jurídica diversa de dichos actos, la emisión de fallos desiguales en cuanto a la sanción del injusto, la utilización o no de los principios fundamentales del derecho, la incertidumbre por parte de los justiciables o abogados de no saber qué tratamiento le darán a un caso en específico, entre otras consecuencias, por mencionar las más relevantes.

Tal es el caso de los delitos de cohecho y de peculado, delitos escogidos, ya que existe un mayor número de casos respecto a los mismos, siendo que en el Sistema Nacional de Delitos de Corrupción de Funcionarios sólo durante el periodo de 2014 al 2017, muestra una estadística sobre el primero de ellos de 33,5% (2 918) y el segundo de 30,9% (2 696), abarcando entre ambos más de la mitad de los delitos contra la Administración pública. Asimismo, según el Ministerio Público, en el periodo comprendido entre los años 2016 y 2018, se registró lo siguiente: para el delito de peculado se obtuvo un porcentaje 36,3% (6 652) y para el delito de cohecho 17,5% (3 219), superándose también el 50% con referencia a los demás delitos sobre corrupción de funcionarios a nivel de todo el Perú³; es por dichas estadísticas sumado a la problemática encontrada en las jurisprudencias emitidas que se hace necesario y conveniente hacer un estudio sobre los dos delitos en mención.

Tanto el cohecho como el peculado en su comisión infringen un mismo bien jurídico general, que es el correcto funcionamiento de la Administración pública⁴. La diferencia se expone al resolver casos sobre los mismos, obteniéndose sentencias condenatorias y absolutorias, las cuales desarrollaré a lo largo del capítulo lo que presenta un contraste específico que es la base fáctica de la problemática planteada, cuyo estudio permitirá determinar criterios con el fin de obtener soluciones jurisprudenciales más uniformes.

³ CHANJAN, R., SOLIS, E., PUCHURI, F. (2018) “*Sistema de justicia, delitos de corrupción y lavado de activos*”. En: Instituto de Democracia y Derechos Humanos, PUCP – Informes y documentos de trabajo. p. 17 [en línea]. Perú, [consulta: 30 de junio de 2020] Disponible en: <https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2019/03/01173032/sistema-de-justicia-delitos-web-2.pdf>

⁴ CHANJAN, R. (2019) “*La intervención penal en el ámbito de la Administración pública*”. En: Revista de Derecho Penal y Criminología, Vol. 28, N°. 104. p. 129

Por un lado, se tiene al delito de peculado y sus modalidades (arts. 387 y ss.), los que establecen que aquel funcionario público o servidor público que utiliza o incorpora a su patrimonio bienes de la Administración pública que le estén confiados, es pasible de una sanción penal; estableciéndose en nuestro ordenamiento una pena conminada de 4 a 8 años para dicha infracción, sólo en su tipo base.

A partir de la política criminal de Estado, el legislador ha creado una norma que carece de criterios para la configuración del delito, como el omitir detallar parámetros sobre la cuantía mínima para la calificación típica del peculado en su modalidad base (pues en su modalidad agravada, si ha determinado un estándar económico de 10 UIT), lo cual hace posible que toda apropiación o uso del patrimonio del Estado, sea cual fuere el referente, estime una posible sanción punitiva.

Respecto al delito de cohecho y sus modalidades (arts. 393 y ss.), se ha indicado en el Código Penal que aquel funcionario o servidor público que acepta, solicita o condiciona su función a cambio de dinero u otros beneficios por o para realizar actos en violación de sus obligaciones, con la finalidad de favorecer a terceros, será sancionado con una pena no menor a 4 años, no haciéndose tampoco referencia de ningún criterio con base en el quantum económico para la configuración del acto delictivo.

El contraste entre el delito de peculado con el delito de cohecho, en cuanto a las incoherencias jurisprudenciales que ya especificaba en la introducción servirán para ejemplificar que no existe parámetros o criterios uniformes para la aplicación del Derecho penal en cuanto a la punibilidad de las actuaciones de funcionarios o servidores públicos al momento de infringir el bien jurídico protegido. En ese sentido, en el presente capítulo mostraré claramente diferencias que la Corte Suprema le ha ido asignando a las actuaciones de nuestros funcionarios públicos, haciéndose un breve análisis de las sentencias más relevantes de nuestro país.

1.1 El delito de peculado y su insignificancia penal en la jurisprudencia peruana

1.1.1 *La utilización de hojas de papel bond membretado para fines particulares*

Mediante la sentencia conformada de fecha 28 de junio de 2011, la Sala Penal Superior de Huancavelica condenó a la persona de Ricardo Alejandro Vera Donaires como autor del delito contra la Administración pública, en la modalidad de peculado de uso, determinando como fundamento fáctico que el imputado había utilizado papel membretado perteneciente a la Universidad Nacional de Huancavelica con la finalidad de elaborar un escrito a favor de un patrocinado.

La sentencia fue revocada por la Corte Suprema, ante la interposición de un recurso de apelación, indicando como primer fundamento que si bien es cierto “el Derecho penal constituye uno de los medios de control social existentes en las sociedades actuales [este] no puede arrogarse [a] todo comportamiento socialmente indeseado, sino solo aquellos que revisten de suma gravedad y que no son posibles de revertir con medios de control sociales menos severos”⁵.

En la misma línea, el Tribunal hizo referencia al principio de intervención mínima estableciendo como argumento que el Derecho penal sólo debe regirse a lo “estrictamente necesario en términos de utilidad social general”⁶. También consideró el carácter subsidiario del Derecho penal, indicando que donde existan otros mecanismos, tales como el Derecho civil o Derecho administrativo, carecería de fundamento la intervención del primero, delimitando su campo de acción a aquello que sirva eficazmente a la prevención general positiva de la pena. Otro argumento para revocar la sentencia emitida, es el principio de lesividad indicándose que no todos los comportamientos que infrinjan un bien jurídico serán reprimidos con una pena, “sino solo aquellos comportamientos sumamente reprochables y no pasibles de estabilización mediante otro medio de control social menos estricto”⁷.

El último argumento considerado fue la teoría de la imputación objetiva, señalándose que son típicos sólo los comportamientos “que produzcan una perturbación social en sentido objetivo [...] de lo contrario la intervención del Derecho penal plasmada en la imputación jurídico-penal no reflejaría las expectativas normativas de la sociedad por una genuina protección penal”.

Esta sentencia resulta de gran relevancia para el estudio de la intervención del Derecho penal en las actuaciones de los funcionarios públicos, ya que en ella se explican razones o fundamentos por las cuales una conducta no se consideraría típica, por ende, no apacible de una sanción penal.

En un primer momento, se indica que la actuación del Derecho penal se dará frente a comportamientos que sean considerados graves y que no sean pasibles de represión por otros medios de control social.

Asimismo, hacen referencia al principio de intervención mínima, refiriendo que el Derecho penal intervendrá sólo en aquellos casos que sea considerado estrictamente necesario con base en la utilidad social general.

⁵ R.N. N° 3763-2011-Huancavelica, fundamento 5.

⁶ *Ídem*, fundamento 6.

⁷ *Ídem*, fundamento 7.

Ante ello, cabe resaltar que la Corte Suprema reduce el ámbito de aplicación del Derecho penal a lo que ésta ha llamado “estrictamente necesario” basado en la “utilidad social general”, mas no hace mayor análisis de lo indicado; esto es, de cómo considerar qué casos se encuentran bajo dicha calificación para la aplicación de una posible sanción administrativa o civil, antes de la aplicación de una sanción penal (carácter subsidiario).

En esa misma línea, se hace referencia al principio de lesividad⁸, limitando la actuación a los comportamientos que sean considerados sumamente reprochables, siendo que se le da total discrecionalidad al magistrado, para que sea éste quien evalúe el nivel de reproche que tiene una conducta u otra, verificándose incluso que en muchas ocasiones, como lo hemos visto en las jurisprudencias expuestas, sólo indican el principio a utilizar sin motivación alguna, lo cual si bien es cierto no se considera erróneo, pero sí considero importante hasta incluso imprescindible argumentar el porqué de su aplicación en el caso en concreto, para así poder tener precedentes vinculantes que sirvan como directrices para futuras resoluciones emitidas y de esa manera exista mayor predictibilidad en las decisiones que se emitan por parte de dichos operadores jurídicos.

Finalmente, la Corte Suprema, señala a la imputación objetiva como filtro de valoración, limitándose a referirlo como medio para la determinación del carácter delictual de un comportamiento, mas no para indicar los principios que lo componen o un desarrollo de su aplicación en el caso en concreto.

1.1.2 *Elaboración de catres (tarimas) con dinero de un ente público a fin de ser utilizados por los nuevos funcionarios públicos contratados*

La Sala Mixta Descentralizada de la Corte Superior de Justicia de Apurímac emitió sentencia condenatoria el 23 de julio de 2012, imputando a la persona de Arturo Juan Sánchez Vicente la comisión del delito de peculado de uso, en perjuicio de la Dirección Regional de Educación de Apurímac, indicando que Sánchez Vicente como Director Regional de Educación de Apurímac dispuso la confección de cinco catres (tarimas) por la suma de seiscientos treinta y dos nuevos soles con la finalidad de que sean utilizados por el nuevo personal contratado en la entidad pública hasta que ellos puedan adquirir los propios, los mismos que finalmente fueron devueltos por dicho personal.

⁸ *Ibidem.*

La Corte Suprema identificó que los hechos materia de imputación carecían de connotación jurídico penal, indicando que la legitimación de dicha rama del Derecho está basada en los caracteres de subsidiariedad⁹ y fragmentariedad¹⁰.

Como vemos, el principio de subsidiariedad también ha sido utilizado por la Corte Suprema como argumento en la primera sentencia analizada para absolver al imputado refiriendo que el Derecho penal es de última ratio y afirmando que existen otros medios de control social para sancionar conductas que no sean consideradas peligrosas.

Si bien es cierto en la primera sentencia, la Corte Suprema hizo referencia a que existen otros medios de control social limitándose a citarlos, siendo que por el contrario en el presente recurso de nulidad sí se hizo una diferencia entre los fines del Derecho administrativo sancionador frente a los fines del Derecho penal, indicándose que “las sanciones disciplinarias tienen, en general, la finalidad de garantizar el respeto de las reglas de conducta establecidas para el buen orden y desempeño de las diversas instituciones establecidas para el bien orden y desempeño de las diversas instituciones colectivas [...] el Derecho administrativo sancionador no se rige por el principio de lesividad sino por criterios de afectación general”¹¹.

En consecuencia, concuerdan ambos recursos de nulidad, sobre el delito de peculado, que el Derecho penal sólo tendría un ámbito de aplicación cuando el resultado de la actuación del funcionario o servidor público sea lesivo para el bien jurídico protegido por la norma o como se indicó en la primera jurisprudencia, al referirse a dicho principio, que la actuación lesiva debía ser sumamente reprochable ante la sociedad.

Como vemos, nuevamente la sala, no nos indica cuáles son los parámetros para determinar la peligrosidad de una conducta u otra, siendo que en la primera sentencia se hace referencia a “conducta peligrosa” y en la segunda se refiere a “modalidades más peligrosas”, “especialmente peligrosas”, generándose así incertidumbre de cómo se determinó que la conducta, en el caso en concreto, se consideró no peligrosa, fundamento que fue utilizado por la Corte para absolver al imputado.

⁹ En cuanto al principio de subsidiariedad, hace una breve definición del mismo, refiriendo que “el Derecho penal como manifestación del ius puniendi no debe actuar ni como el primer instrumento ni como el único recurso en el control del fenómeno criminal, por lo cual se le debe adjudicar el papel de *última ratio*, así antes de quebrantar las normas penales, el autor del ilícito ha de pasar por encima a otras formas de control social”. R.N. N° 2934-2012-Apurímac, apartado segundo de las consideraciones.

¹⁰ Respecto a este principio se indica [¿dónde?] que “el Derecho penal, ha de limitarse a sancionar sólo aquellas modalidades más peligrosas [...] es decir, no todos los ataques a los bienes jurídicos deben constituir delitos sino únicamente los considerados especialmente peligrosos, y que ocasionen una disfunción grave en la sociedad”. *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*.

Finalmente, la sala, por los fundamentos expuestos, declara la nulidad de la sentencia emitida contra Arturo Sánchez Vicente por el delito de peculado de uso, y declara a su vez de oficio la excepción de naturaleza de acción y lo absuelve de todo cargo.

1.1.3 Servidor público utiliza motocicleta, la hurtan y la repone

En marzo de 2013, la Corte Suprema absolvió a Victor Raúl Carmen Núñez encausado por el delito de peculado de uso en agravio de la Dirección Regional de Agricultura.

A Carmen Núñez, se le imputaba el haber utilizado una motocicleta de propiedad de la entidad agraviada con la finalidad de dirigirse al Hospital “El Carmen”, configurándose un fin distinto al establecido dentro de sus funciones.

Asimismo, la motocicleta fue hurtada el 13 de septiembre de 2004, siendo repuesta por el servidor, el 16 de julio de 2008, habiendo transcurrido cuatro años desde su sustracción.

En el presente caso, la Corte Suprema ha referido que el imputado “no pretendió abusar delictivamente del bien público entregado. El hecho no es relevante y, por su insignificancia, carece de contenido típico”¹², sustentándose la devolución del bien (motocicleta).

Como principal fundamento para la absolución del imputado se hizo referencia al principio de mínima intervención con sus postulados básicos, esto es la subsidiariedad y la fragmentariedad (fundamento que está presente en las dos sentencias anteriores), limitándose solo a mencionarlos y señalando que “el Derecho administrativo sancionador es el indicado y proporcionalmente idóneo para dar cuenta de la conducta desplegada por el acusado”¹³, pero no haciendo análisis sobre la idoneidad de dicha rama del Derecho para la sanción de los hechos materia de imputación, ni tampoco de criterios adoptados para la aplicación de éste y no del Derecho penal.

La Sala entonces considera a partir del principio de mínima intervención que debe existir sanción para la actuación del servidor público, pero que la sanción debe ser meramente administrativa, más no penal, siendo que las últimas sanciones se impondrían siempre y cuando el Derecho administrativo sancionador no tenga una sanción idónea respecto a la conducta del servidor o funcionario público.

¹² R.N. N° 1883-2012-Junin, apartado cuarto de las consideraciones.

¹³ *Ibidem.*

1.1.4 *Utilización de teléfonos pertenecientes a la Administración pública para fines personales*

A la persona de Alejandro Douglas Mori Chávez, alcalde de la Municipalidad de Yonán – Tembladera se le imputó haber trasladado la línea telefónica de la entidad edil realizando llamadas personales hacia los países de Argentina e Italia¹⁴.

En lo indicado en el primer argumento, la Corte Suprema simplemente se circunscribió a mencionar que el Derecho penal se limita a las “violaciones más intolerables a los bienes jurídicos”¹⁵. La sala omite señalar a qué infracciones se refiere, dejando a discrecionalidad del operador jurídico, la decisión de imponer una sanción penal, absolverlo o que el caso sea resuelto mediante otra vía de control social.

Un argumento relevante fue que la Corte Suprema indicó que no es aceptable que se haga uso indebido de la línea telefónica de la institución, sin embargo, para que la conducta sea sancionada por el Derecho penal, los hechos deben producir una real “perturbación social”¹⁶.

Una vez más, la Sala sólo se limita a hacer mención, en este caso, a una calificación de consecuencias de actuaciones: “*perturbación social*”, omitiendo establecer criterios que nos permitan determinar las conductas que generen dichas consecuencias o cómo poder diferenciar una conducta que genere la perturbación de otra que no, recurriendo nuevamente a la discrecionalidad del magistrado para dicha determinación.

¹⁴ Caso similar sucedió en Colombia, en la Sala de Casación Penal mediante la aprobación de Acta N° 236 de fecha 24 de julio de 2013, que absuelve a la persona de Geovo Mosquera Rosa, por el delito de peculado por uso (art. 398° del Código Colombiano), toda vez que al haberse devuelto el monto total de las llamadas, sumado a que las mismas fueron efectuadas a familiares de la fiscal, encontrándose ésta en una región apartada del territorio nacional, se determinó que dichas actuaciones se encontraban dentro de un uso razonable y que no se consideraban “indebidas”, indicando que la connotación “indebidas” como elemento normativo, requiere de una especial valoración cultural de connotación extrajurídica.

¹⁵ La Corte Suprema mencionó, lo sostenido por el Tribunal Constitucional: “en la sentencia número doce guion dos mil seis guion PI oblicua TC, el Derecho penal debe representar el medio o recurso más gravoso para limitar o restringir el derecho a la libertad de las personas y, por tanto, debe reservarse para las violaciones más intolerables, en este sentido, se tiene que cuando el Derecho penal se erige como la última ratio supone que la sanción penal no debe actuar cuando exista la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos de control social menos severos”. R.N. N° 3004-2012-Cajamarca, apartado tercero de las consideraciones.

¹⁶ “[...] en el contexto social que se desarrolló, lo hace pasible de sanciones administrativas, pero no penales porque el hecho en sí mismo no produce una perturbación social que dote de relevancia penal a la conducta de manera que justifique una intervención drástica del Derecho penal mediante la pena”. *Ídem*, fundamento 8.

1.2 Sobre el delito de cohecho y su relevancia jurídico penal en la jurisprudencia peruana

Para tratar el presente delito y hacer un contraste con las jurisprudencias sobre el delito de peculado, he escogido algunas sentencias de nuestro sistema penal, siendo una de ellas sobre un miembro de la Policía Nacional del Perú quien solicitó una dádiva o lo que también se conoce en el lenguaje coloquial como “coima” a un civil a fin de trasgredir sus funciones.

Asimismo, he considerado la sentencia correspondiente a un auxiliar jurisdiccional, el mismo que solicitó un monto de dinero para “agilizar” la documentación en un expediente, el cual también es mínimo.

Finalmente escogí el Recurso de Nulidad interpuesto por un catedrático de la Universidad de la Amazonía Peruana a quien finalmente el Tribunal Supremo determinó no haber nulidad e incluso reformó la inhabilitación imponiéndole mayor cantidad de meses, toda vez que se había probado el cobro de un monto de dinero a un alumno con la finalidad de aprobarlo en un curso.

1.2.1 Suboficial solicita monto de S/. 500.00 nuevos soles para alterar hechos de investigación policial

El 25 de enero de 2007, el Juzgado Colegiado del Distrito Judicial del Callao emite sentencia condenatoria contra la persona de iniciales A.J.F.S.C., suboficial de la Policía Nacional del Perú, tomando como fundamentos fácticos el haber solicitado a Z.A.R.L.R, la suma de S/. 500.00 nuevos soles con la finalidad de favorecer al esposo de ésta, ofreciéndole que durante la investigación policial el intervenido aparecería como consumidor de drogas y no como micro comercializador, siendo que durante el operativo se intervino al suboficial encontrándosele en su escritorio un sobre con billetes, cuya numeración coincidía con las fotocopias previamente realizadas a los mismos.¹⁷

Como argumento, la Sala hizo referencia que “el delito de cohecho es un delito de participación necesaria y de mera actividad, [siendo que en el primero de los casos] el funcionario público[...] a fin de cumplir, omitir o retardar un acto a su cargo solicita una dádiva generándose una relación de finalidad entre la aceptación del dinero [...] y el acto que se espera sea ejecutado [...]; en el segundo caso, la omisión o retardo en las obligaciones propias del funcionario público, al encontrarse como funciones preestablecidas en normas

¹⁷ R.N. N° 1406-2007-Callao, apartado tercero de las consideraciones.

extrapenales, configuran ya el injusto, no haciéndose requisito indispensable el cumplimiento de la dádiva solicitada”¹⁸.

De dicho argumento, se puede advertir que no es requisito *sine qua non* la entrega del beneficio económico solicitado para la consumación del ilícito, sino que el mismo se configura con el solo acuerdo de hacerse efectivo en un tiempo determinado.

Por otro lado, nuestros operadores jurídicos criminalizan más un delito de cohecho que un delito de peculado, pese a que en ambas el *quantum* haya sido el mismo o incluso sin que la entrega, en el primero, se hubiere efectivizado, siendo que ello claramente se muestra en el caso de las hojas de papel membretado, en lo que respecta al principio de lesividad, pues la utilización de cuatro de ellas no fue considerado como un comportamiento sumamente reprochable, el mismo que podía ser pasible de estabilización mediante otro medio de control social menos estricto como por ejemplo el Derecho administrativo sancionador; verificándose la diferenciación existente entre la configuración de un ilícito y otro, haciéndose necesario entonces un análisis de los fundamentos por los cuales en un delito parece ser que no importa el monto y en otro, el mínimo *quantum*, sí es determinante para la no configuración del ilícito penal.

1.2.2 *Auxiliar jurisdiccional solicita S/. 50.00 nuevos soles para “agilizar” trámite de expediente*

El 07 de marzo de 2016, el Séptimo Juzgado Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque emitió sentencia en el Exp. N° 06300-72-2015-1706-JR-PE-02 contra la persona de Ricardo Jorge Paico Ramírez por el delito corrupción de auxiliares jurisdiccionales, imponiéndole cinco años de pena privativa de la libertad y el pago de una reparación civil, sentencia que, en el mes de julio del mismo año, fue confirmada por la Sala Penal de Apelaciones.

Los hechos materia de Juzgamiento versaron en la reiterativa solicitud de dinero realizada por Paico Ramírez a la persona de Segunda Clara Valdivia Torres, toda vez que el primero tramitaba el Expediente Judicial N° 4039-2007 por reivindicación, donde Valdivia Torres era la demandante y a fin de “agilizar el proceso” y que el proceso salga a su favor le solicitó el pago de S/. 50.00 nuevos soles, solicitud que le hizo en su secretaría, siendo que ante dichos hechos, Valdivia Torres interpone la denuncia ante el Órgano de Control de la Magistratura, realizándose el operativo conjuntamente con la Fiscalía Especializada en los

¹⁸ *Ídem*, apartado quinto de las consideraciones.

delitos de corrupción de funcionarios en donde se encontró el billete de S/. 50.00 nuevos soles y el Expediente Judicial en la mesa del servidor público¹⁹.

Como puede advertirse, el secretario judicial en mención, con la solicitud de dádiva, infringió su deber y afectó así al recto y correcto funcionamiento de la Administración pública, siendo que si regresamos a los párrafos anteriores, respecto al peculado de uso por ejemplo, los funcionarios también infringieron sus deberes, verificándose incluso que en la elaboración de tarimas para su posterior uso, el quantum fue mayor al del presente caso, obteniéndose finalmente una sentencia absolutoria tal y como se muestra en dicho Recurso de Nulidad²⁰.

Entonces, vemos nuevamente la diferencia entre la configuración y sanción de un delito y otro, estableciéndose una mayor criminalización hacia el delito de cohecho que al delito de peculado, en donde se omite un verdadero análisis de los límites o parámetros en cuanto a la aplicación del Derecho penal, lo cual dificulta determinar de manera clara cuándo nos encontramos frente a un acto delictivo y cuándo frente a actos susceptibles de ser sancionados por un Derecho administrativo sancionador o un mecanismo de control social menos gravoso.

1.2.3 Profesor universitario solicita S/. 120.00 nuevos soles para “aprobar” a alumno en su curso

La Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Loreto, condenó a Juan Pompeyo Ramirez Moreno, catedrático de la Universidad de la Amazonía Peruana, a tres años de pena privativa de la libertad suspendida, toda vez que quedó probada la solicitud y entrega de dinero (S/. 120.00 nuevos soles) al imputado, siendo que los billetes fueron encontrados en los cajones de este producto de la propuesta que le hizo al alumno Frank Pérez Flores a fin de aprobarlo en el curso de Auditoría Financiera I.

Se interpuso recurso de nulidad ante la sentencia emitida, indicando el Tribunal Supremo no haber nulidad en el extremo de la pena impuesta, toda vez que se habían probado los hechos materia de imputación, es decir, se configuraba el injusto y la reformó en el extremo de la inhabilitación imponiéndole mayor cantidad de meses²¹.

En el presente caso, el catedrático infringe su deber al no ser imparcial en su actuación pues la calificación del alumno debió hacerse con base en sus conocimientos, mas no en un monto de dinero entregado. Claramente se puede apreciar que efectivamente se ha cometido

¹⁹ En el presente trabajo no se cuestionará el tema de la probanza de los hechos cometidos por el auxiliar jurisdiccional, sino en la condena impuesta, la misma que fue confirmada por el *Ad quem*.

²⁰ Ver R.N. N° 2934-2012-Apurímac

²¹ Ver R.N. N° 1955-2018-Loreto

el delito de cohecho debido a que existe el pago de S/. 120.00 nuevos soles. La cuestión en el presente caso, es que nuevamente se puede advertir que el monto para la configuración del delito en mención no es determinante, toda vez que dicho quantum es mínimo comparado con el uso de un bien público en donde no solamente se utiliza el bien, sino que, a ello, en caso se utilice un vehículo, se le suma el gasto de gasolina, personal de manejo, etc. siendo dicho monto mayor al recibido por el catedrático para la aprobación del curso.

1.3 Cuestiones pendientes de resolución

Es importante, desde ya, tener claro que, tanto en la comisión del delito de peculado como en el delito de cohecho, se infringe un mismo bien jurídico general que es la correcta administración de justicia, pero si se verifica en las jurisprudencias expuestas podemos detectar que pese a ello existen incongruencias en la configuración de un delito y otro y su posterior sanción.

Como hemos visto los argumentos para la configuración del delito de peculado, en su mayoría (por no decir todos), concuerdan, por ejemplo, en que el Derecho penal sólo tendría un ámbito de aplicación cuando el resultado de la actuación del funcionario o servidor público sea lesivo para el bien jurídico protegido por la norma o, como se indicó en el R.N. N° 3763-2011-Huancavelica, al referirse a dicho principio, que la actuación lesiva debía ser sumamente reprochable ante la sociedad.

Otro de los argumentos utilizado por la Corte Suprema es la peligrosidad de la conducta para determinar esa aplicación del Derecho penal, pero no deja claro cuáles son los parámetros utilizados, pues tan sólo se hacen referencia a calificaciones subjetivas tales como: “conducta peligrosa”²², “modalidades más peligrosas”²³, “especialmente peligrosas”²⁴, las mismas que son utilizadas para absolver al imputado pues la actuación de los funcionarios públicos no fue considerada como peligrosa, lo que trae como consecuencia que exista jurisprudencia no uniforme que va de la mano con la inseguridad jurídica para los justiciables.

Siguiendo la misma línea, solo para el delito de peculado, se indica como fundamento, que el Derecho administrativo sancionador es el mecanismo idóneo para sancionar las conductas de funcionarios o servidores públicos que hayan infringido mínimamente (basado en el *quantum*) el bien jurídico, absolviéndolos con base en, principalmente, la aplicación de los principios de *ultima ratio*, fragmentariedad, subsidiariedad, fundamento no utilizado para

²² R.N. N° 3763-2011-Huancavelica

²³ R.N. N° 2934-2012-Apurímac

²⁴ *Ibidem*

la configuración y futura sanción del delito de cohecho tal como se puede ejemplificar en la condena impuesta al suboficial por solicitud y cobro de dádiva (S/. 500.00 nuevos soles)²⁵.

Asimismo, sucede si se realiza un contraste entre el R.N. N° 1955-2018-Loreto y el Recurso de Nulidad N° 1883-2012-Junín, toda vez que en el primero se condena al catedrático por haber solicitado y finalmente recibido S/. 120.00; y en el segundo se absuelve al servidor público Carmen Núñez por el delito de peculado pese a que utilizó una motocicleta de propiedad de la Dirección Regional de Agricultura a fin de dirigirse al Hospital El Carmen, sumado a que dicho vehículo fue hurtado en el 2004 y repuesto por el procesado en el 2008. En esta última jurisprudencia, la Corte Suprema refirió que el imputado no pretendió abusar delictivamente del bien público entregado, sumado a que el hecho no era relevante y que, debido a su insignificancia, carecía de contenido típico para configurar el injusto.

¿Por qué entonces en el Recurso de Nulidad N° 1883-2012-Junín, la Corte Suprema determina que es el Derecho administrativo sancionador el indicado y proporcionalmente idóneo para sancionar al encausado y en el Recurso de Nulidad N° 1955-2018-Loreto considera que lo es el Derecho penal, ¿si el monto recibido en este último es menor al perjuicio ocasionado en el primero?

Realizo dicha interrogante, a partir de las decisiones emitidas por la Corte Suprema, no por no estar de acuerdo con las mismas, sino por la motivación que se le da a cada una de ellas, pues como vemos, en el presente trabajo, no se realiza un análisis de la decisión en sí, sino que lo que se busca es entender el porqué de las mismas y ello se encuentra en los fundamentos que los tribunales deberían brindar para la emisión de sus propios fallos.

Frente a ello, cabe recalcar que desde ya el legislador, establece una diferencia entre un bien jurídico y otro debido a la ubicación que le da en el Código Penal, ya que el delito de peculado se encuentra dentro de la sección III del capítulo II de los delitos cometidos por funcionarios públicos, mientras que el delito de cohecho se encuentra ubicado en la sección IV, denominado: “corrupción de funcionarios”, determinándose desde su ubicación sistemática, una diferencia con base en la política criminal que adopta el Estado peruano para el tratamiento de ambos delitos, criterio que, a mi parecer debería cuestionarse de si es o no suficiente para dejar de lado la diferencia en cuanto a la tipificación con base en el monto de un ilícito y otro, toda vez que dicha ubicación ya le muestra al magistrado “indirectamente” que el impacto social de un delito frente al otro, es mayor pero sin nuevamente explicar el por qué, encontrándose un vacío legal en cuanto a fundamentos, pues parece ser que existe dicha

²⁵ R.N. N° 1406-2007-Callao.

política criminal que nos expone un contexto a favor de imponer sanción punitiva a todo aquello que nos suene peligroso, sin importar mayor sustento. Ello nos deja entrever que, en el ámbito parlamentario, en cuanto a elaboración de leyes, se presenta ciertas dificultades de carácter técnico y político para diseñar tipos penales adecuadamente determinados, razón por la que las normas que nos rigen comportan muchas veces un alcance casi omnicompreensivo, el cual puede sancionar de igual manera hechos cuya afectación al bien jurídico es extremadamente grave hasta aquellas conductas que son pura bagatela.

Ante ello, el magistrado a fin de emitir sus fallos, hace uso de la discrecionalidad y utiliza principios tales como el de insignificancia, última ratio, fragmentariedad, subsidiaridad, lesividad, entre otros. La problemática surge cuando para el análisis de un delito sí los toman en cuenta (peculado), pero para otros parece ser que no los consideran aplicables (cohecho), consecuencia de ello es que encontramos incoherencias jurisprudenciales como cuando se indica que carecería de sentido la intervención del Derecho penal cuando existen otros mecanismos de sanción, los cuales permitirían la solución del conflicto tan satisfactoriamente o tal vez mejor que el Derecho penal, fundamento que es utilizado para supuestos de hecho que se subsumen en el delito de peculado, mas no en el delito de cohecho, por citar sólo un ejemplo.

Así también dentro de las problemáticas jurisprudenciales he podido detectar que efectivamente existen conductas que son consideradas insignificantes, siendo que el principio que las regula indica (según Welzel, en su teoría de la adecuación social respecto al principio de insignificancia) que las acciones que se mueven dentro del marco de los órdenes sociales nunca estarán comprendidas dentro de los tipos de delito, pese a que algunas pudieran subsumirse bajo el tenor de las mismas²⁶, considerándose conductas atípicas y por ende no sancionables²⁷. Roxin, añade a ello, que una interpretación restrictiva sobre el bien jurídico,

²⁶ Cfr. WELZEL, H. (2019) *Derecho penal, Parte General*. 3^{era} ed. Lima: Ideas Solución Editorial, p. 150.

²⁷ El principio de insignificancia no solamente se aplica a los delitos contra la administración pública, también es aplicable a delitos comunes tal como el de secuestro, por citar uno de ellos.

¿El chofer que sin derecho priva a otro de su libertad personal por breves minutos reteniéndolo en un bus, comete delito de secuestro? Este es uno de los ejemplos básicos de la doctrina para explicar el principio de insignificancia, toda vez que la exclusión de la tipicidad penal, en base a casos similares, se da por la irrelevancia penal de la lesividad del hecho en sí, ya que dicha actuación sería considerada como “socialmente admitida o insignificante”. MIR, S. (2003) “Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal”. En: Artículos, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. p. 16 [en línea]. Barcelona, [consulta: 24 de abril de 2020] Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05-05.pdf>. Asimismo, para dicha exclusión, se tomaría en cuenta que la connotación del supuesto “no obedece a un afán ilegal de privar de la libertad [...] y el fin que guió su conducta sería [...] circunstancial. No existe, pues, un plan criminal para su perpetración”. Casación N° 1438-2018-La Libertad.

En la Casación mencionada se establecen ciertos criterios, para determinar si se realizó la comisión del delito de secuestro o no, los cuales pueden resumirse en: determinación del bien jurídico; verificación de causas de justificación (siendo que de hallarse una de ellas, el hecho se consideraría atípico); no existe

permitiría determinar las conductas insignificantes y el por qué, pese a subsumirse bajo el tenor de una norma son calificadas como conductas no punibles por no generar daño de determinada magnitud²⁸. Del mismo modo Zaffaroni, en su Tratado de Derecho penal ha señalado, respecto a la insignificancia, que una conducta pese a tener una descripción legal típica, la afectación exigida siempre requiere de una cierta entidad (esto es, gravedad)²⁹, no configurándose la misma con cualquier tipo de conducta.

Actualmente se hace un desarrollo doctrinal, que no dista nada, de lo indicado por los citados autores³⁰, pues se llega a un punto de encuentro también estableciendo que no existe relevancia jurídico penal con base en una conducta insignificante, pues ello en primer lugar violentaría la proporcionalidad (entre conducta y sanción); en segundo lugar, deberá probarse que la conducta no era permitida, ni suficiente, *ex ante* para lesionar el recto y regular funcionamiento de la administración pública, para luego ingresar a un juicio cuantitativo en donde se aplicará nuevamente el principio de insignificancia a fin de determinar la magnitud de la gravedad del actuar del funcionario o servidor, siendo que en el supuesto que no exista grave afectación al bien jurídico protegido (si se sigue dicho principio), en consecuencia, no se daría paso a una conducta susceptible de valoración jurídico penal. Todo ello, como argumento, sólo es utilizado para la solución de casos sobre el delito de peculado; es ahí donde sí se toman en cuenta principios (tal y como lo hemos podido ver en las jurisprudencias analizadas), entre ellos: el de insignificancia; siendo que en el caso de los delitos de cohecho, argumentos como el determinar primero si la conducta era permitida *ex ante* de la actuación del funcionario público o el realizar una posterior cuantificación del daño, no son tomados en cuenta, pues para la calificación jurídico-penal, la sola infracción, sin análisis previo o posterior, ya configuraría un ilícito merecedor de sanción punitiva.

límites cuantitativos en cuanto al tiempo y la justificación de privación de libertad mediante un fin no criminal.

El primer criterio adoptado es la determinación del bien jurídico, ello para hacer referencia al grado de afectación a fin de determinar la insignificancia. El segundo criterio habla de las causales de justificación, circunstancias que demuestran que un hecho puede ser típico, pero finalmente no punible, ello debido a que el hecho se encuentra descriminalizado de manera expresa en la norma. El tercero es respecto al tiempo, pero ello es un criterio circunstancial del caso en concreto. Como cuarto criterio se indica que si bien es cierto se ha infringido el bien jurídico protegido por la norma, esto es la libertad personal, deberá probarse si ello se realizó mediando propósito específico y que no se cuenta con la legitimación debida para la privación de la libertad, siendo que ello afirmaría que para la intervención del Derecho penal, es indispensable determinar un afán o propósito criminal de aquel que ha cometido los actos materia de imputación; en otras palabras, probar la culpabilidad, específicamente el dolo con el que se actuó.

²⁸ *Ídem*, p. 297.

²⁹ Cfr. ZAFFARONI, E. (1981) *Tratado de Derecho penal Parte General*. Tomo III. Buenos Aires: Ediar, p. 230

³⁰ ZAFFARONI. *Op. cit.*, pp. 494-495.

Por todo lo expuesto, se debe hacer un estudio de doctrina y jurisprudencia (lo cual se hace necesario) a fin de encontrar criterios o parámetros que nos hagan entender en qué se basan los operadores jurídicos para dictar sentencias condenatorias o absolutorias y el porqué de la diferencia entre un delito y otro, pues es evidente que en cuanto a fundamentos que expresan el trato diferenciado jurisprudencial, existe aún incongruencias debido a la utilización de principios para uno de los ilícitos y para otro, no; e incluso se puede decir que existen vacíos para fundamentar jurídicamente el porqué del empleo de determinados principios en el delito de peculado, sin que exista mayor motivación en las resoluciones que se emiten.



Capítulo 2

Análisis jurisprudencial y doctrina de la problemática

En el presente capítulo desarrollaré la necesidad de intervención del Derecho penal o del Derecho administrativo en el ámbito de la Administración pública, respecto a la aplicación de sanciones. Asimismo, analizaré la configuración de la relevancia jurídico penal de las acciones realizadas por funcionarios o servidores públicos.

2.1 Necesidad de intervención del Derecho penal o del Derecho administrativo

La aplicación del Derecho penal tiene ciertos límites debido a la gravedad de sus sanciones y ello se tenía en claro desde tiempo atrás, pues ya Ferri sostenía que era necesario recurrir a otras medidas que puedan sustituir a las penas como herramientas de control social, proponiendo los sustitutos penales³¹ basándose en la teoría de que no se podrá evitar los delitos por las penas, sino por aquellas medidas sustitutorias.

Hoy en día, tenemos recogido como principio del Derecho penal el principio de *última ratio*, el cual indica que éste sólo deberá intervenir en la tutela de bienes jurídicos, cuando se revelen como no suficientes para ese cometido, todos los demás medios de reacción con que cuenta el ordenamiento jurídico³². En ese sentido, la incriminación penal solamente procederá cuando las sanciones de carácter social, las figuras civiles o sanciones administrativas, entre otros instrumentos de la política criminal no logren alcanzar esa función de tutela, haciéndose necesario ya el empleo de una mayor severidad con mecanismos jurídicos penales.

Queda claro que una sanción penal es más severa que una sanción administrativa, estableciéndose la primera siempre y cuando se haya agotado la segunda; para ello se hace necesario entender el porqué de una calificación y otra dentro de nuestra jurisprudencia, haciéndose indispensable para el desarrollo del presente trabajo, establecer cuándo nos encontramos frente a una defraudación de la norma que configure así la imposición de una sanción punitiva y cuándo nos encontramos sólo frente a un ilícito administrativo.

2.1.1 Diferencia entre una infracción administrativa y el injusto penal

Desde tiempo atrás existían tesis clásicas que nos presentaban diferencias entre el ilícito penal y el administrativo, atribuyendo al primero “el carácter de lesión éticamente

³¹ FERRI, E. (s.f.) “*Sociología Criminal*”. En: Biblioteca Digital, Servicios Integrales Jurídicos Forenses. p. 8 [en línea]. México [consulta: 20 de abril de 2020] Disponible en: https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/sociolog%C3%ADa_criminal_-_tomo_i_-_ferri_enrico.pdf

³² Cfr. SAINZ, J. (1979) *Lecciones de Derecho penal. Parte General*. Tomo I. Barcelona: Bosch S.A, p. 37.

reprochable de un bien jurídico, mientras que el segundo sería un acto de desobediencia ético-valorativamente neutro”³³.

Luego, tenemos a la tesis moderna basada en una diferenciación meramente cuantitativa según la cual es la gravedad de la conducta la que determina si estamos frente a un acto delictivo o frente a una infracción administrativa. Esto supone dejar en manos del legislador, la precisión de la frontera entre ambas a fin de configurar una sanción correlativa y también dejarla en manos de los operadores jurídicos, ya que debido a la potestad que ostentan pueden determinar el alcance de un supuesto de hecho que se encuentra ya penalizado, al realizar interpretaciones que podrían contener “ciertos elementos de creación normativa”³⁴, ello debido a la utilización de principios tales como el de última ratio, fragmentariedad, subsidiaridad, lesividad, insignificancia, entre otros.

Frente a dicha tesis mayoritaria, está aquella basada en una diferenciación cualitativa³⁵, tesis necesaria para entender los fines que persiguen tanto el Derecho penal con sus penas como el Derecho administrativo con sus sanciones, siendo que el primero “persigue proteger bienes concretos en casos concretos y sigue criterios de lesividad o peligrosidad concreta”³⁶, mientras que el segundo persigue ordenar sectores de afectación general (no siendo necesario un análisis de la lesividad), imponiéndose sanciones leves, basando la persecución de los ilícitos en criterios de oportunidad y no de legalidad³⁷.

Tomando en cuenta la tesis mayoritaria, podemos entender que determinadas conductas ciertamente tan solo pueden ser subsumidas en sanciones administrativas, ya que (solo por poner un ejemplo) la utilización de un vehículo público para luego ser repuesto, sin mediar urgencia alguna en el caso en concreto, no genera afectación general respecto a bienes jurídicos que poseen los ciudadanos; *contrario sensum*, el cobro, por parte de un catedrático, para la aprobación de un curso, sí afecta directamente a todos los alumnos, pues se quebranta la imparcialidad, probidad, ética, que debe tener el profesor respecto de las calificaciones dejando en desventaja a los demás alumnos de clase.

Con lo dicho es claro que existen conductas que deberán ser sometidas tan solo al Derecho administrativo sancionador (por poner una de las vías de sanción), y otras, donde sí

³³ SILVA, J. (1998) *¿Política criminal “moderna”? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código penal español*. En: Actualidad penal: revista semanal técnico- jurídica de derecho penal. N°23, La ley, Madrid: 1998, p. 441.

³⁴ Sentencia N° 00008-2012-PI/TC, fundamento 59.

³⁵ A favor de la tesis cualitativa entre normas penales y administrativas, GARCÍA, P. (2019) *Derecho penal Económico. Parte especial*, 2ªed. Lima: Editorial Grijley, p. 65.

³⁶ SILVA, J. (2006) *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª edición. Montevideo – Buenos Aires: BdeF. pp. 137 y ss.

³⁷ Cfr. SILVA. *Op. cit.*, p.137 y ss.

se afectan bienes jurídicos en concreto, se tendrá que evaluar el grado de lesividad de los hechos efectuados por el funcionario o servidor público, para determinar así la reparación civil, pues la sanción penal de por sí, ya existe.

2.1.2 *¿Cuál es la tesis utilizada en el delito de peculado y en el delito de cohecho, según la jurisprudencia?*

Para el delito de peculado, en primer lugar, se hace referencia explícitamente a la diferencia cualitativa entre los fines del Derecho penal y otras ramas o mecanismos de control social a fin de sustentarla intervención del Derecho penal, indicándose calificaciones tales como: “la actuación lesiva debía ser sumamente reprochable ante la sociedad”, “modalidades más peligrosas”, “es que debe existir sanción para la actuación del servidor público, pero que la sanción debe ser meramente administrativa, más no penal, siendo que las últimas sanciones se impondrían siempre y cuando el Derecho administrativo sancionador no tenga una sanción idónea respecto a la conducta del servidor o funcionario público”, entre otros fundamentos cualitativos.

Pero, si hacemos un mayor análisis sólo hacen referencia a dichos fundamentos, es decir sólo los nombran, ya que para determinar la aplicación del Derecho penal, desarrollan, en segundo lugar, la tesis cuantitativa, la misma que indica que el Derecho penal solo deberá intervenir en los casos donde la lesión y sanción a imponer sea mayor³⁸, versando sus fundamentos en el monto apropiado, bien público usado, etc., declarando finalmente fundados los Recursos de Nulidad, eximiendo de condena a los imputados.

Se convierte entonces, la tesis cuantitativa, en aquella que determina la aplicación o no de una sanción punitiva cuando la actuación del funcionario o servidor público sea considerada insignificante en cuanto a la magnitud del daño ocasionado, valoración que se deja a total discrecionalidad del operador jurídico sumado a que sólo es aplicada por éste cuando se trata del delito de peculado.

Caso distinto, como se explicaba, sucede en la solución de los casos de cohechos pues no se hace referencia a ninguna de las dos tesis, ya que como hemos podido apreciar no se toma en cuenta el monto solicitado, ni tampoco los fines que persiguen tanto el Derecho penal o administrativo, sancionándose las conductas, así el monto sea insignificante, creándose jurisprudencias no uniformes que acarrea a su vez inseguridad jurídica en cuanto a la obtención de fallos.

³⁸ VILCHEZ, R. (2012) “*Algunos criterios para diferenciar los delitos de peligro de las infracciones administrativas en el aspecto objetivo*”. En: Octava Ed., Revista Ita Ius Esto. p. 6 [en línea]. Perú, [consulta: 21 de abril de 2020] Disponible en: <https://www.itaiusesto.com/algunos-criterios-para-diferenciar-los-delitos-de-peligro-de-las-infracciones-administrativas-en-el-aspecto-objetivo/>

Entonces, frente a ello se hace necesario aclarar: ¿existe alguna diferencia entre los bienes jurídicos protegidos de un delito y otro que determine una mayor magnitud de daño en el delito de peculado que en el delito de cohecho y que genere a su vez una configuración delictiva desigual en la jurisprudencia, o es que ambas normas protegen lo mismo?

2.1.3 Bien jurídico protegido en el delito de peculado y en el delito de cohecho.

Ante la interrogante establecida en el párrafo anterior, puedo indicar en principio que existe un bien jurídico general protegido por los delitos contra la administración pública, tomando la postura de la tesis mayoritaria, que es el correcto y regular funcionamiento de la administración pública (el correcto ejercicio de la función preestablecida). Así, se debe entender que la administración pública es aquella actividad que los funcionarios y servidores públicos desempeñan para que un Estado constitucional y de Derecho pueda cumplir con su rol prestacional.³⁹

Hasta aquí se puede entender que ambos delitos protegen un mismo bien jurídico que es el correcto y regular funcionamiento de la administración pública, pero, a partir de ello me genero otra interrogante: ¿existirá alguna particularidad sobre el bien jurídico entre uno y otro delito que traiga como consecuencia la configuración delictual diferenciada? El problema, pienso no está o no solo en el bien jurídico, sino en la clase de conducta. Dr. sí existe una diferencia que también debe ser tomada en cuenta y es respecto a los bienes jurídicos pero específicos, tomando en cuenta que el cohecho tiene varias modalidades y ello lo desarrollo en los párrafos siguientes.

2.1.3.1 Sobre el delito de peculado. El art. 387° del Código Penal, regula el delito de peculado tanto en modalidad dolosa como culposa⁴⁰, en donde se nos indica como objetos de regulación jurídico penal: “a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública; y b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad”⁴¹.

A partir de ello, se puede entender que uno de los elementos materiales del tipo penal será la relación funcional entre el sujeto activo, y los caudales y efectos que le hayan sido

³⁹ Cfr. MONTROYA, V. (2015) *Manual de delitos contra la Administración pública*. 1^{era}ed., Lima: Open Society Foundations, p. 35.

⁴⁰ El delito de peculado doloso, a partir de una interpretación literal de la norma, sería la sanción al hecho punible que se configura cuando el funcionario o servidor público en su beneficio personal o para beneficio de otro, se apropia o utiliza, en cualquier forma, caudales o efectos públicos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón del cargo que desempeñan al interior de la administración pública.

⁴¹ Acuerdo Plenario N° 4-2005.

dados en custodia, administración o percepción lo cual se convierte en deberes positivos preestablecidos. Se hace necesario aclarar que tanto el bien jurídico protegido general, los elementos materiales y el objeto, son elementos que se encuentran relacionados entre sí pero se debe especificar que no refieren a lo mismo. En otras palabras, existe un bien jurídico protegido general que es el “correcto funcionamiento de la administración pública” siendo que una conducta de lesión a dicho bien jurídico implicaría la lesión al objeto y como consecuencia posiblemente un perjuicio patrimonial. Ese hecho concatenado me lleva a indicar que el patrimonio estatal no podría convertirse directamente en el bien jurídico protegido por la norma pues lo que previamente se infringe es un deber por parte del funcionario o servidor, deber preestablecido a su actuar que le da la calidad de sujeto cualificado y lo relaciona funcionalmente con los caudales y efectos. Entonces el patrimonio estatal se convierte en solo el objeto del delito de peculado, (tal como lo es el cadáver en el delito de homicidio, cuyo bien jurídico regulado es la vida) y si solo sí se infringe cuando previamente se haya vulnerado el bien jurídico general⁴².

2.1.3.2 Sobre el delito de cohecho. Los delitos de cohecho “vienen a representar un conjunto de delitos consistentes en la compra-venta de la función pública”⁴³. Respecto al bien jurídico protegido por los delitos de cohecho pasivo propio o impropio se podría realizar una diferencia. En el cohecho pasivo propio se podría indicar que el bien jurídico protegido específico (tal como lo refiere la doctrina nacional), es la “imparcialidad” en el ejercicio de la función pública. Es decir, la imparcialidad, se convierte en el motor principal y necesario para el correcto y regular funcionamiento de la administración pública (bien jurídico general), satisfaciendo con objetividad el interés general mas no los intereses económicos particulares del funcionario o servidor público⁴⁴.

Por otro lado, respecto al delito de cohecho pasivo impropio, el bien jurídico específico es la gratuidad o no venalidad de la función pública⁴⁵. Aquí no se pone en peligro el servicio público, pues el acto es lícito, aquí se constituye una amenaza al correcto y regular

⁴² Asimismo, si lo vemos desde un plano formal, tampoco se podría indicar que el bien jurídico protegido por la norma es el patrimonio del Estado, pues este delito no se encuentra dentro de la gama de delitos patrimoniales del Código Penal junto por ejemplo al hurto, apropiación ilícita, etc.

⁴³ ABANTO, M. (2003) *Los delitos contra la administración pública en el código penal peruano*. Lima: Palestra, p. 409; MORALES, Fermín y RODRÍGUEZ, M. (2005) *Comentarios al nuevo Código Penal*. Navarra: Aranzadi, p. 2108.

⁴⁴ R.N N° 1406-2007- Callao, Fundamento 5.

⁴⁵ DE LA MATA, N. (2006) *El bien jurídico protegido en el delito de cohecho*. Revista de Derecho Penal y Criminología, p. 119.

funcionamiento de la administración pública, toda vez que existe un “móvil que induce al funcionario a actuar de determinada manera, cuando su proceder no debe ser por ella”⁴⁶.

Tanto en el delito de peculado como en el delito de cohecho no se hace mayor diferencia en cuanto al bien jurídico general protegido por la norma, pues ambas coinciden en que existe una desvinculación entre el funcionario o servidor público y los deberes positivos preestablecidos. Ante ello, nos encontraríamos frente a una obligatoria aplicación del Derecho penal, cuando se infrinja el bien jurídico protegido general, dejando de lado un factor importante como lo es la gravedad de la conducta del funcionario, en donde se analiza si esa desvinculación formal entre el sujeto activo y la administración pública a partir de su actuar, trae consigo la afectación del correcto y regular funcionamiento de la misma con base en las funciones preestablecidas.

2.1.4 ¿Es determinante la gravedad de la conducta para establecer la magnitud de la infracción del bien jurídico protegido en los delitos de peculado o cohecho y posterior configuración jurídico-penal?

Se indicaba como fundamento en el Recurso de Nulidad N° 3004-2012-Cajamarca, que existen hechos que no producen una perturbación social que dote de relevancia penal a la conducta, lo mismo sucedía en el Recurso de Nulidad N° 3763-2011-Huancavelica, dando a conocer que no cualquier infracción pone en peligro o vulnera la vigencia de la norma, siendo que, las que no eran consideradas como graves, entonces no deberían ser consideradas tampoco como conductas meritorias de una sanción penal.

Aquí se habla de la gravedad de la lesión y puesta en peligro respecto al bien jurídico a partir de la problemática si se debe o no aplicar sanciones penales ante la magnitud de la infracción. En nuestro ordenamiento jurídico se tiene como base al principio de lesividad, en donde se indica que el Derecho penal sólo tendría ámbito de aplicación cuando el resultado de la actuación del funcionario público sea lesivo para el bien jurídico y ello sumamente reprochable en la sociedad⁴⁷.

Cuando se hace referencia a ese resultado lesivo de un bien jurídico protegido, ello no sólo se representa con la efectiva lesión al mismo, sino que también se puede lesionar con su sola puesta en peligro, no permitiendo “la disposición segura” del bien jurídico protegido⁴⁸.

⁴⁶ Sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema recaída en el Exp. N° 05-2002 del 3 de junio de 2008.

⁴⁷ Cfr. R.N. N° 3763-2011-Huancavelica, fundamento 7.

⁴⁸ Entonces se establece que el Derecho penal con la creación de los delitos de peligro, “actuaría ante la afectación a las condiciones de disposición segura de un bien jurídico”.Cfr. GARCÍA. Op. cit., p.128. Para ello, es importante establecer el concepto de peligrosidad, lo que se definiría como: “la incapacidad física, psíquica o cognitiva de poder evitar intencionalmente la producción de un daño cuando se ejecuta un

Y es claro, no solamente se necesitaría una lesión o puesta en peligro del bien jurídico general protegido por la norma, que es el correcto y regular funcionamiento de la administración pública, sino que para la intervención del Derecho penal y consecuente sanción punitiva, se requiere una grave afectación a ese bien jurídico y que no se pueda disponer de manera segura del mismo, trayendo consigo una real desvinculación del funcionario respecto a la institución, sino también del funcionario respecto a las funciones ya asignadas y que ello a su vez perjudique gravemente el servicio prestacional, lo que generaría un daño de gran magnitud a la administración pública.

Por ejemplo, en el delito de peculado, tal y como se expone en el Acuerdo plenario N° 4-2005/CJ-116, para poder responder penalmente, esto es que exista una real desvinculación, el funcionario o servidor público debe poseer disponibilidad jurídica, lo cual implica que éste tenga, por efecto de ley, libre disposición sobre los bienes, caudales o recursos; en otras palabras, el funcionario debe tener una competencia específica (percepción, custodia o administración) sobre los recursos públicos, adquirida por efecto del cargo público que desempeña; lo que no sucede en el delito de cohecho, toda vez que el tipo penal no establece elementos específicos del tipo objetivo, sino tan solo verbos rectores tales como solicitar, recibir; razón por lo cual la sola comisión de dichas acciones parece ser que configuraría el ilícito penal (donde también se da la desvinculación funcional) pero sin mayor análisis.

Entonces la magnitud de la infracción del bien jurídico en ambos delitos se da con la desvinculación del funcionario o servidor público respecto de la Institución, pero la gravedad que exista de la misma no es determinante para la configuración del ilícito penal, y ello se puede visualizar en la diferencia entre un delito y otro, ya que es en el delito de cohecho, en donde se condena con la inmediata desvinculación del funcionario respecto de sus funciones, mientras que en el delito de peculado se necesita además de ello analizar si dicha desvinculación perjudica gravemente al servicio prestacional que previamente ha adquirido el funcionario por poseer disponibilidad jurídica sobre los bienes, caudales o recursos públicos.

comportamiento”. VILCHEZ, R. (2012) “*Algunos criterios para diferenciar los delitos de peligro de las infracciones administrativas en el aspecto objetivo*”. En: Octava Ed., Revista Ita Ius Esto. p. 6 [en línea]. Perú, [consulta: 21 de abril de 2020] Disponible en: <https://www.itaiusesto.com/algunos-criterios-para-diferenciar-los-delitos-de-peligro-de-las-infracciones-administrativas-en-el-aspecto-objetivo/>. Si no se tiene en cuenta el concepto de peligrosidad, acarrearía la intervención estatal aplicando sanciones penales ante cualquier conducta del funcionario o servidor público, dejándose de lado las garantías constitucionales o principios político criminales existentes en nuestro ordenamiento jurídico, yendo así incluso en contra de lo ya establecido por el Tribunal Constitucional, el mismo que se ha pronunciado rechazando todo tipo de planteamiento o práctica jurídica con base en la teoría del derecho penal del enemigo, siendo que el adelantamiento de las barreras penales o el sancionar con excesivas sanciones dejando de lado todo tipo de garantía, sería declarado, por el máximo intérprete de la Carta Magna, como inconstitucional.

2.2 Incoherencias de las respuestas doctrinales jurisprudenciales

2.2.1 ¿Porqué, para el peculado, sí importa el monto de la conducta?

Después de haber hecho un análisis de lo que indica la doctrina y la jurisprudencia respecto a la sanción del delito de peculado, con base en el bien jurídico protegido, el objeto, principios generales, entre otros fundamentos, podemos indicar que la jurisprudencia se adecúa a lo que indica la doctrina.

Se puede verificar, a partir de los casos presentados en el primer capítulo, que los hechos llegan a subsumirse en el tipo penal, pero éstos por su insignificancia en cuanto a la afectación al bien jurídico protegido debido al *quantum* apropiado o el valor del uso del bien público, permite que el operador jurídico (haciendo un análisis *ex post*) determine que dicha afectación sea ínfima, por lo tanto, no meritoria de una sanción penal.

Si hacemos un análisis de ello podemos indicar que tanto la jurisprudencia como la doctrina coinciden en que sí se afecta el correcto y normal funcionamiento de la administración pública como bien jurídico general, pero dicha afectación no es relevante a fin de imponer una sanción punitiva.

Para ello se aplican los principios de mínima intervención del Derecho penal para justificar la aplicación de penas; principio de lesividad para determinar el grado de afectación al bien jurídico; el principio de insignificancia, para hacer referencia al daño ocasionado en este caso al patrimonio del Estado, que como ya se ha especificado es tratado como el objeto del delito, razón por lo cual se ha establecido el fundamento de que puede afectarse el bien jurídico protegido, pero no así su objeto, lo cual convertiría a la conducta del funcionario o servidor público como aquella no meritoria de sanción penal.

2.2.2 ¿Por qué, para el cohecho, no importa el monto de la conducta?

A diferencia de dichos casos, los referentes al delito de cohecho, parece ser que no son vistos con base en la insignificancia del *quantum* sino más bien, desde la afectación estricta al bien jurídico protegido, considerando que el cohecho pone en mayor tela de juicio la vigencia de la norma al recibir o solicitar dádivas para la realización u omisión de las labores establecidas, siendo que ello si legitimaría la intervención del Derecho penal.

Como se ha indicado en el delito de cohecho se infringen más de un bien jurídico protegido específico, siendo que: si el agente solicita una ventaja para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones el bien jurídico protegido será la “imparcialidad” en la

función pública⁴⁹, ya que dicho funcionario o servidor público recibe el donativo para la obtención de beneficios particulares, mas no para para satisfacer con objetividad el interés general; por otro lado, si el funcionario utiliza la dádiva para realizar un acto propio de su cargo, el bien jurídico protegido será la gratuidad o no venalidad de la función pública⁵⁰. Ambos bienes jurídicos específicos parecen ser que hacen del delito de cohecho uno meritorio de una sanción mucho más drástica como lo es una sanción penal.

Por ello, al solicitarse el monto de S/. 500.00 nuevos soles para alterar hechos de investigación policial, al requerirse el pago de S/. 50.00 nuevos soles para agilizar trámite de expediente o cuando un docente de determinada Universidad pública solicita un monto de dinero para aprobar a su alumno (por citar los ejemplos del presente trabajo), se efectiviza una lesión a esa Institución que nosotros llamamos Administración pública (y es así como lo entiende la doctrina y la jurisprudencia) infringiéndose la imparcialidad, gratuidad y rompiéndose así la vinculación entre el funcionario o servidor público y la Institución en mención, trayendo a su vez como consecuencia una desvinculación de deberes positivos que ya han sido preestablecidos al haber sido designados como funcionarios o servidores públicos.

Todo indica que para el delito de cohecho no es requisito *sine qua non* para su comisión: el perjuicio patrimonial (razón por lo cual no importa el monto), es decir no se exige que la conducta desplegada por el funcionario implique siempre un perjuicio cuantitativo al Estado, razón por lo cual, en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, al referirse a los distintos tipos de cohechos, se indicó que: “no será necesario [que se] produzca daño [ni] perjuicio patrimonial”⁵¹. Suma a ello la idea de que en nuestra jurisprudencia y doctrina se incluye la consumación del delito de cohecho cuando incluso la ventaja o beneficio son favores sexuales, los cuales es claro, no tienen contenido patrimonial o económico, no existiendo un precio de mercado para la ventaja obtenida por el funcionario a fin de condicionar el ejercicio de la función pública⁵².

2.2.3 ¿Por qué se debe sancionar de igual manera al delito de peculado como al delito de cohecho?

Aquellos que coinciden en que ambos delitos deben ser sancionados penalmente, son aquellos que sostienen que al infringir ambos el mismo bien jurídico protegido general, esto

⁴⁹ R.N.N° 1406-2007- Callao, Fundamento 5. Así también: Sentencia emitida por la Primera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia en el Exp. N° 038-2006 del 5 de julio de 2011.

⁵⁰ Sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema recaída en el Exp. N° 05-2002 del 3 de junio de 2008

⁵¹ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Artículo N° 03

⁵² ABANTO, M. (2003). *Los Delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano*. Lima: Palestra. p. 436-437.

es el correcto y regular funcionamiento de la administración pública (el correcto ejercicio de la función pública), entonces éstos deberán recibir igual sanción punitiva⁵³.

Asimismo, comparten esta idea de igual sanción aquellos que indican que al infringir el bien jurídico general, automáticamente se infringe el rol prestacional que les ha sido asignado a los funcionarios y servidores públicos. Esta perspectiva parte de que al encontrarnos en un Estado constitucional y de derecho, entonces existen objetivos constitucionales que a través de la Administración pública se persiguen, siendo que al infringir dicha Institución el funcionario o servidor público se está apartando de los criterios objetivos, legales y prestacionales propios de una gestión democrática preponderando el beneficiar a un sector establecido o a una persona particular⁵⁴.

Por ejemplo, si un juez acepta dinero por parte del abogado para declarar fundado un requerimiento de sobreseimiento, se estaría cometiendo un delito de cohecho y, con ello, vulnerando, desde un inicio, el correcto funcionamiento de la administración pública, que es el bien jurídico general protegido por la norma. Igual tipificación debería recibir la conducta de aquel funcionario que utiliza hojas de papel bond membretados pertenecientes al sector público, toda vez que su actuar va en contra de dicho bien jurídico general y automáticamente en contra de “la intangibilidad de los intereses patrimoniales del Estado”⁵⁵.

2.2.4 ¿Cuál es el factor determinante en la actuación del funcionario o servidor público para permitir la intervención del Derecho penal y posterior sanción punitiva?

He hablado del por qué para el delito de peculado sí importa el monto y por qué para el delito de cohecho no, también he llegado a determinar posturas que requieren que ambos delitos sean sancionados igualmente, esto es que exista una sanción penal cuando se hable de los delitos analizados pues se vulnera el mismo bien jurídico general, no habiendo fundamento para realizarse distinción alguna en cuanto a su calificación delictiva.

Sin embargo, desde mi punto de vista, el problema debe enfocarse en que si el funcionario o servidor público al desvincularse de sus funciones, esto es al infringir el bien jurídico general (sea cual sea el monto), ¿perjudicaría con ello el servicio prestacional que se le ha sido asignado previamente?

⁵³ Cfr. MONTOYA. *Op. cit.*, p.35-37

⁵⁴ *Ídem.* p. 36.

⁵⁵ Sentencia emitida por la Segunda Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el expediente N° 011-2001, del 8 de agosto de 2006.

Se tiene claro que al encontrarnos en un Estado constitucional de derecho, la Administración pública se convierte en aquella Institución que cumple con los fines de cumplimiento de las prestaciones sociales que debe desempeñar el Estado⁵⁶.

Entonces, el infringir el bien jurídico “correcto y regular funcionamiento de la administración pública” el cual debe ser entendido como la objetiva, legal y prestacional administración o gestión del conjunto de bienes y servicios que el Estado utiliza para el cumplimiento de sus fines constitucionales, no se estaría cumpliendo con lo establecido en nuestra Carta Magna lo que supondría la intervención del Derecho penal.

Se debe añadir a ello que no toda lesión o puesta en peligro del funcionamiento de la Administración pública, hace, a su vez, peligrar la función prestacional del Estado de manera “real y efectiva”, como lo es en el delito de peculado como por ejemplo en el caso emblemático de la utilización de hojas de papel bond membretados, toda vez que la Universidad siguió funcionando e impartiendo educación, tal como lo venía haciendo, no generándose ningún daño en dicha función prestacional encomendada al funcionario público desde que fue designado como tal.

Sumado a ello en el delito de peculado se tiene que verificar los elementos del tipo objetivo tales como la percepción, custodia, administración de caudales o efectos, para de esa manera determinar quiénes realmente pueden lesionar de manera “real y efectiva”, por su proximidad y función, el correcto funcionamiento de la administración pública.

Aquí entonces sí cabría hablar del monto de lo apropiado o del valor que trae consigo la utilización de un bien público (principio de insignificancia), toda vez que se deberá verificar que el funcionario o servidor, que tenga una disponibilidad potencial del caudal o efecto, perjudique con ello el servicio prestacional preestablecido, pues no se trata de una infracción meramente formalista del artículo penal, sino de una real afectación al bien jurídico protegido, es decir que se causen, valga la redundancia, “reales” o “efectivos” daños a los bienes jurídicos en concreto.

A diferencia de ello, en el delito de cohecho, el funcionario o servidor público vende su función preestablecida⁵⁷ recibiendo cierto monto de dinero, para hacer o dejar de hacer sus funciones, la desvinculación de sus deberes positivos con respecto a la Administración pública, afectará de manera inmediata al servicio prestacional encomendado a dicho funcionario o servidor público por parte del Estado.

⁵⁶ Cfr. OLAIZOLA, I. (1997) *Concepto de funcionario público a efectos penales*. En: Adela ASUA BATARRITA (Coord.). *Delitos contra la administración pública*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública. p. 77.

⁵⁷ Cfr. ABANTO. *Op. cit.*, p.409

Si volvemos al ejemplo que poníamos anteriormente, esto es del Juez que recibió cierto monto de dinero para declarar fundado un requerimiento de sobreseimiento, pese a no corresponder, se comete el delito de cohecho, sea cual fuere el monto, toda vez que, en primer lugar, se está vulnerando el correcto funcionamiento de la administración pública (bien jurídico general) y en segundo lugar y de manera automática, ésta actuación supondría a su vez la vulneración del derecho al debido proceso de la parte agraviada, así como el principio de imparcialidad, lo que afecta el derecho a la igualdad de armas, entre otros derechos.

Como puede apreciarse, la afectación no se trata aquí de un mero formalismo de desvinculación entre el funcionario y la Administración pública como Institución del Estado, sino de una “real y efectiva” afectación a ese servicio prestacional que se le ha asignado a éste con el fin de hacerse cumplir una correcta gestión pública que se ajuste a los principios y valores propios de nuestra Constitución.

Entonces, dicho así, el Derecho penal, tendrá intervención, sí solo sí (independientemente del delito), el actuar del funcionario público haya causado real daño al bien jurídico protegido en el caso en concreto, *contrario sensum*, si la vulneración del mismo, con el quebrantamiento del servicio prestacional asignado al funcionario, no trae como consecuencia una efectiva afectación en la realidad de los bienes jurídicos, entonces tampoco será plausible, la conducta, de ser sancionada bajo una sanción de índole penal, pues se convertiría en una medida completamente desproporcional.

Capítulo3

Criterios planteados, ¿son o no suficientes para determinar la adecuada calificación jurídico-penal en el delito de cohecho y peculado?

Es evidente la problemática respecto a la calificación jurídico-penal de hechos subsumidos en el delito de peculado y en el delito de cohecho, pues existe un tratamiento jurisprudencial diferenciado (el cual ha sido claramente expuesto en el primer capítulo), que nos hace ver la gran inseguridad jurídica en la que se encuentran los justiciables a partir de las resoluciones que se vienen emitiendo. Debemos indicar que lo que nos interesa en la presente investigación no es la diferencia en el análisis o determinación propiamente del delito, sino los criterios utilizados al momento de determinar la pena o el quantum de la misma; en ese sentido, se ha pretendido estudiar a ambos delitos de una manera integral, pero solo para determinar qué es lo que influye al momento que el juez concluye una sanción para uno u otro.

Por ello, se considera conveniente analizar cuál o cuáles de los criterios planteados en el segundo capítulo, son suficientes para poder establecer una adecuada configuración jurídica y posterior sanción punitiva (en el caso sea necesaria), a fin de obtener un solo criterio y se logre una jurisprudencia más uniforme para ambos delitos cometidos por funcionarios públicos.

En razón a ello, analizaré tres criterios de diferenciación y configuración jurídica de estos dos delitos, los cuales versan sobre: 1) La conformación del bien jurídico protegido; 2) La ubicación sistemática de ambos delitos en la legislación penal; y, 3) Los principios del derecho penal para la atenuación o eximición de pena.

El presente capítulo permitirá concluir, que sólo ameritará la intervención del Derecho penal si la desvinculación del funcionario respecto de la Institución (que se genera con su actuar), trae como consecuencia la real y efectiva afectación al servicio prestacional, lo que generaría un daño de gran magnitud a la administración pública y por ende a los administrados.

3.1 La conformación del bien jurídico protegido, ¿es criterio suficiente para determinar una diferencia entre el delito de peculado y cohecho con base en la valoración del quantum apropiado?

Los delitos que se encuentran regulados en el sistema jurídico penal, lo están con la intención de proteger unos determinados bienes jurídicos, y si bien es deseable la protección de todos los bienes jurídicos; no se le puede pedir a un solo tipo penal dicha tarea.

Asimismo, podría indicarse que hay unos bienes jurídicos que son más importantes que otros, siendo que el bien jurídico vida es más importante que el bien jurídico patrimonio, debido a que el bien jurídico patrimonio solo podría existir en cuanto tal, si existe un sujeto que goza de dicho bien jurídico; en ese sentido, si bien ambos son protegidos por el derecho penal, es fácil concluir que para la política criminal el salvaguardar la vida es más importante que el velar por el patrimonio de una persona.

Esto es lo que sucede en la comparativa de los bienes jurídicos resguardados por los delitos de cohecho y peculado, estudiados en la presente investigación, pues lo primero que podemos indicar es que el bien jurídico general de ambos delitos es el recto y correcto funcionamiento de la administración pública, pero, ese correcto funcionamiento del que se habla, puede interpretarse en dos sentidos (o más, pero tomo en cuenta ellos a efectos de la presente investigación), mostrando de esta forma dos bienes jurídicos diferenciados que derivan del general, siendo que el primero (en el delito de cohecho) hace referencia a la confiabilidad en el órgano decisor y a la gratuidad de los procesos, toda vez que se espera, en otras palabras se “confía”, en que el juzgador o funcionario público resolverá de acuerdo a derecho, a las normas, lo justo en la situación concreta, empleando de manera “correcta” los mecanismos que tuviere dentro de un sistema previamente ordenado, evidenciándose entonces que en este tipo de delito no es relevante el monto económico o beneficio en general, recibido para orientar o acelerar una decisión, ya que éste puede ser de mínimo valor pero con la recepción del mismo ya se ve vulnerado el bien jurídico por transgredirse la confiabilidad de la actuación del funcionario o servidor público, o la gratuidad que exige el proceso.

Por su parte, en el delito de peculado, también se vela por el correcto funcionamiento de la administración pública, pero no en un sentido de confiabilidad en la actuación decisoria o la gratuidad de la misma, sino que se cuestiona si materialmente se ha originado o no un perjuicio relevante para dicha administración pública, por lo que se tomará en cuenta el principio de lesividad; siendo entonces que ante la ausencia de una lesión relevante, el juzgador entiende que no sería necesario perseguir el delito por medio del derecho penal, recomendando incluso en su resolución tal como lo hemos visto en el primer capítulo, que la vía idónea sería establecer una sanción de naturaleza administrativa, o simplemente; si el hecho es insignificante, eximir de condena al imputado.

Ahora, la indicación inicial, que señala que el bien jurídico protegido de manera general es la administración pública en su correcto funcionamiento, tiene como finalidad dejar claro que lo que se protege no son un conjunto de órganos en específico sino una institución en cuanto al cumplimiento de sus fines prestacionales, es decir de los objetivos trazados que

se deben cumplir por medio de ella. Respecto al bien jurídico protegido específico en cada uno de los tipos penales en mención, existe una clara diferencia, y es que el bien jurídico protegido en el delito de peculado si bien es cierto vela por el correcto funcionamiento de la Administración Pública, no obstante, se debe tener en cuenta que es un delito pluriofensivo que busca (de manera específica) en primer lugar: garantizar la no lesividad de los intereses patrimoniales de dicha Administración Pública y en segundo lugar, evitar el abuso del poder que ostenta el funcionario o servidor público resguardando así que se velen los deberes funcionales de lealtad y probidad. Sin embargo, es clave mencionar, que según la jurisprudencia que se ha revisado y plasmado en el primer capítulo, se puede apreciar que la Administración Pública pese a existir afectación al bien jurídico general y específico, la misma sigue funcionando, pero siempre y cuando dicha afectación no haya sido excesiva por parte del funcionario o servidor público.

Respecto al bien jurídico protegido en el delito de cohecho se puede advertir que también es el buen funcionamiento de la Administración Pública, no obstante existe una particularidad, pues desde que el funcionario público acepta un bien, pecunio a cambio de actuar o no actuar de un determinado modo, o de acelerar el modo habitual y correcto del servicio prestacional público, vemos que el buen funcionamiento de la administración pública ha sido vulnerado toda vez que aquella persona investida de poder y que ejerce función en beneficio de la sociedad, ha trasgredido los cánones normales en que debe regularse su actuación. En ese sentido, se puede señalar que el bien jurídico protegido es la gratuidad y no venalidad de la función pública, así como evitar la parcialidad o abuso en el ejercicio del cargo.

Este delito entonces, tiene una clasificación dual del tipo penal en cuanto a cohecho pasivo (que es el que nos interesa en la presente investigación) porque, por un lado, está el cohecho pasivo propio y por otro, el cohecho pasivo impropio, siendo que en el primero ya he indicado que se vulnera la imparcialidad en el ejercicio de la función pública y en el segundo, la gratuidad de dicha función. En ese sentido, un funcionario que incurre en cohecho conmociona instantáneamente la confianza de la comunidad en la fiabilidad de la Administración estatal, pues vulnera el interés público apenas suceda el hecho que origina el delito; es decir, se atenta contra la confianza de la población en la pureza del desempeño del cargo. En ese sentido, el desvalor de la acción (la forma como se ve afectado el bien jurídico), por si solo fundamenta la punibilidad, por lo que se puede entender que una infracción mínima merecería automáticamente una sanción penal y de ser el caso que exista una mayor afectación del bien jurídico protegido entonces la pena no podrá ser mínima sino proporcional

al daño ocasionado al mismo. Por este motivo en el delito de Cohecho, implica ser castigado con una inicial o instantánea vulneración al bien jurídico, mientras que, en otros tipos penales, se debe aún determinar la real afectación del bien jurídico que protege, para a partir de dicho momento, evaluar la sanción a imponer.

Como vemos, en el cohecho, lo protegido es la confianza de la sociedad en el correcto funcionamiento de la Administración Pública, porque parece ser que lo primordial es la repercusión que la opinión pública pueda tener sobre la conducta del funcionario investido de poder; siendo así el bien jurídico protegido está también vinculado a la imparcialidad, honradez e integridad de la condición de funcionario o servidor en cuanto a la administración pública en los ámbitos jurisdiccionales o administrativos.

Entonces, lo que se defiende es la expectativa de la sociedad sobre el desarrollo de la Administración Pública, debido a que se tiene la expectativa que el funcionario no dirija su actuación en base a un incentivo externo (dádiva), es decir, no privatice su actuar. En ese sentido, todo funcionario que acepta, recibe o solicita una dádiva, está actuando fuera de todo procedimiento regular, pues únicamente, se debe a la Administración Pública que representa.

Respecto del peculado, la infracción del funcionario o servidor público, tal y como se estableció en el segundo capítulo, puede definirse como la deslealtad de dicho funcionario a partir de la vulneración de los deberes específicos de custodia y gestión de los caudales públicos que tienen a su cargo por razón de sus funciones. Al respecto, el Acuerdo plenario N° 4-2005/CJ-116 señala que la razón de ser del delito de peculado es garantizar la no lesividad del patrimonio estatal y que se pretenda que el funcionario público no abuse del poder que ostenta. Es decir, se basa en procurar el buen funcionamiento de la Administración Pública, pero velando a su vez por el mantenimiento de la gestión del patrimonio público.

En conclusión, a pesar de encontrarnos con dos delitos que pueden tener una naturaleza espiritual, por una parte en el cohecho, la confianza de la sociedad en la decisión del juez o funcionario en base a criterios y funciones preestablecidas, y por otra parte del peculado, la deslealtad del mismo al Estado en cuanto a naturalezas patrimoniales, tenemos que el ámbito material de los mismos es totalmente diferente; pues, en el cohecho, no importa el beneficio económico que obtiene el funcionario o servidor público para direccionar su actuar, toda vez que el delito se comete con la sola realización de la acción que vulnera la confiabilidad, siendo que en el caso del peculado, un elemento importante es la lesividad del patrimonio estatal, toda vez que si la lesividad es mínima y no afecta o afecta levemente el servicio prestacional, entonces no sería necesario imponer una sanción penal, sino más bien proceder bajo un procedimiento netamente administrativo; siendo que sí solo sí, la lesividad al

bien jurídico protegido, fuere grave, entonces ameritará la intervención del Derecho Penal. Entonces, el que comete cohecho con la sola acción ya generó un grave daño al Estado, en cambio quien se aprovecha de los bienes del Estado, no necesariamente está generando ese grave daño, porque aunque atente contra la lealtad estatal, quien usa unas hojas bond A4, quien toma una moto prestada y se la roban, pero luego la devuelve (por poner unos ejemplos), no ameritan una sanción penal, pues en los casos en concreto, la desvinculación del funcionario respecto de sus funciones o la apropiación de bienes públicos, no han logrado perjudicar gravemente el servicio prestacional que deben estos a la sociedad y por ende no han generado daño alguno que amerite una real sanción punitiva.

3.2 Ubicación sistemática, ¿es un criterio determinante para establecer que existe diferencia entre el delito de peculado y el delito de cohecho lo que traería como consecuencia un tratamiento jurisprudencial diferenciado?

Tanto el delito de peculado como el delito de cohecho se encuentran en capítulo II del Título XIII del Código penal, que abarca los delitos cometidos por funcionarios públicos. Estos delitos tienen como característica que el sujeto activo del tipo penal es un funcionario o servidor público (por eso son llamados delitos funcionariales), el mismo que con su conducta infringe los deberes que se le han sido asignados debido al cargo que ostenta o comete un abuso en cuanto a las atribuciones que ejerce.

La diferencia que realiza el legislador en cuanto a la ubicación sistemática de ambos delitos, lo hace en las secciones en la que los posiciona, ya que podemos ver que el delito de peculado se encuentra en la sección III y el delito de cohecho conjuntamente con sus modalidades, está ubicado en la sección IV cuya denominación también varía, denominándola: “corrupción de funcionarios”.

Esos bienes jurídicos de carácter espiritual que protege el delito de cohecho, parecen ser que el legislador en su estudio, los ha querido criminalizar más que los otros delitos inmersos en ese capítulo, pues solo a ellos los ha denominado como “corrupción”, haciendo notar que la política criminal de Estado considera a dicho tipo penal y sus modalidades como la más abominable muestra de trasgresión del poder público en contra de los ciudadanos.

Otro es el caso del delito de peculado pues no tiene una denominación en específico, ya que a simple vista se puede indicar que el legislador advierte que infringir bienes tangibles de naturaleza pública no debe criminalizarse al punto de ser denominado como corrupción en donde solicitar, ofrecer o aceptar una retribución a cambio de hacer o dejar de hacer una función pública, sí es visto como un real deterioro de las Instituciones del Estado.

Como vemos, la denominación de las secciones en donde se encuentran los delitos en mención de peculado y cohecho, si bien es cierto nos indican una diferenciación que realiza el legislador entre uno y otro en cuanto a la política criminal que adopta el Estado; pero no nos puede aclarar aún el panorama en cuanto a la configuración jurídico penal de los mismos para su posterior sanción o absolución en el caso en concreto, razón por lo cual dicho criterio es aún insuficiente por sí solo.

3.3 Poder punitivo y afectación al bien jurídico: Principios de insignificancia, de mínima intervención, y lesividad

3.3.1 Insignificancia

Welzel, como ya se ha indicado en el segundo capítulo, con su teoría de la adecuación social, da inicio al principio de insignificancia⁵⁸; este autor indicaba que las acciones socialmente adecuadas nunca están comprendidas como delito, así se les pueda subsumir de manera literal al tipo penal. Con dicha base, Roxin, en la década de los sesenta, respecto al principio de insignificancia, indicó que son atípicas las conductas que afectan de modo insignificante al bien jurídico, es decir, no nos encontraríamos ante la categoría de delito⁵⁹. En ese sentido, Zaffaroni señala que “las conductas que, pese a adecuarse a la individualización del tipo legal, no pasan de ser una afectación insignificante del bien jurídico, siendo que tampoco son típicas”⁶⁰. Observamos que de forma contradictoria algo se presenta como típico, pero al ser insignificante la afectación, esto pasa a considerarse como no típico.

Ante ello, debe señalarse que el principio de insignificancia opera bajo el prisma del Derecho Penal, lo que significa que la conducta si bien es cierto no es sancionable penalmente, pero ello no impide que se pueda establecer medidas/sanciones de naturaleza administrativa o de otra índole; por lo que no debe interpretarse que determinada conducta se queda sin sancionar, sino que la afectación del bien jurídico es insignificante para establecer una sanción de índole penal. Estas situaciones paradigmáticas se muestran en el delito de peculado donde vinculándose este principio con el de mínima intervención se termina absolviendo a un sujeto cuya conducta se subsume en el tipo penal. En ese sentido, existen actuaciones que se enmarcan dentro del tenor del delito de peculado pero que no tiene mayor trascendencia en el ámbito penal ya que el servicio prestacional del Estado recaído en el funcionario o servidor público, no se ha visto afectado, siendo que la sanción a partir de dicha

⁵⁸ Cfr. WELZEL. *Op. cit.*, p.63

⁵⁹ ROXIN, C. (2015) «Sistema del hecho punible». Tomo II. Editorial Hamurabi. Argentina, pp. 219-220.

⁶⁰ ZAFFARONI. *Op. cit.*, p.231

vulneración al bien jurídico, podrá obtener similares consecuencias a través del ejercicio de otras ramas del ordenamiento jurídico, como por ejemplo, bajo un procedimiento administrativo sancionador, haciéndose innecesaria la aplicación de una sanción penal pues su uso contravendría la tesis de la Corte Suprema respecto a evitar la excesiva penalización de las conductas (Derecho penal del enemigo).

3.3.2 Mínima intervención

El Derecho penal no puede intervenir en todas las situaciones jurídicas, sino que solo debe intervenir en aquellas que puedan considerarse más graves; no obstante, esto no se aplica cuando de corrupción se habla, pues según lo establecido en el artículo 3.2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción señala que no es necesario que esta clase de delitos produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado, siendo que la simple infracción se considera un hecho punible, no indicándose mayor explicación, lo cual, como puede apreciarse, no es suficiente para determinar la configuración típica y jurídica de uno u otro delito y el porqué de la diferenciación jurisprudencial de los mismos.

3.3.2.1 Subsidiaridad (última ratio). Con este principio se limita la utilización del Derecho penal por parte del Estado, restringiendo su uso a instrumento protector de bienes jurídicos sólo en los casos en que otros sectores del ordenamiento jurídico se han mostrado insuficientes para dicho fin. Por lo tanto, en los casos de peculado, es factible sancionar por ejemplo a través del procedimiento administrativo sancionador estableciendo con este una adecuada protección a un bien jurídico que no se ha visto afectado gravemente, pues la actuación del funcionario o servidor público, es una que no reviste de suficiente entidad para activar una sanción penal, haciéndose subsidiaria e idónea la sanción administrativa.

Respecto del delito de cohecho, el principio de subsidiaridad no se puede aplicar, debido a que el bien jurídico protegido por el delito de cohecho, se afecta como hemos visto, con la sola realización de la conducta del funcionario o servidor público, sin tener en cuenta el posible o real beneficio al que se aspira o el daño concreto que pueda sufrir el Estado.

3.3.2.2 Fragmentariedad. El principio de fragmentariedad nos habla de imponer una sanción penal, solo cuando determinada cuantificación del daño sufrido es significativa, no pudiendo bajo este principio castigarse por cualquier infracción realizada; en ese sentido, respecto al delito de cohecho al no ser factible diferenciar escalas de daño, pues la infracción del bien jurídico protegido vulnera automáticamente la confiabilidad que la sociedad tiene del Estado, entonces no será posible la aplicación del principio en mención.

Sin embargo, en los delitos de peculado nos enfrentamos a una situación diferente, el funcionario que toma un lapicero, o toma una hoja bond no merece sanción penal ni

administrativa porque no se ha producido un daño de tal entidad o naturaleza al Estado; siendo que ello cambia cuando el funcionario se lleva a su casa 100 paquetes de hojas bond, o 200 lapiceros, pues esto sí sería plausible y meritorio de ser sancionado mediante un procedimiento administrativo sancionador y si vamos más allá, qué pasaría si el mismo funcionario se lleva todo el stock de paquetes (diez mil) o lapiceros (veinte mil) que estaban en el almacén de la entidad, entonces nos vemos con que el daño ya ha adquirido tal entidad que ahora sí puede ser meritorio de una sanción penal por la grave afectación patrimonial al Estado. Es decir, el Derecho penal no protege cualquier afectación del bien jurídico, sino solo aquella afectación que pueda ser considerada de suma importancia.

Como puede apreciarse, si bien es cierto el principio de mínima intervención como principio general, el cual engloba tanto el principio de *ultima ratio* y el principio de fragmentariedad, logran hasta cierto punto brindarnos ciertas pautas de cuándo debe entrar a tallar el Derecho penal y cuando otras ramas del Derecho, pero la simple mención de los mismos para la aplicación de una u otra sanción, como lo hace la Corte Suprema en sus resoluciones, es evidente que no es suficiente para establecer la configuración jurídico penal de los delitos materia de estudio.

3.3.3 *Lesividad*

El principio de lesividad respecto al Derecho Penal, parece ser que tiene como función abolir cualquier tipo de arbitrariedad por parte de legisladores y operadores jurídicos, toda vez que prohíbe sancionar acciones que no hayan afectado un bien jurídico individual o colectivo.

Con esa sola definición entonces, *contrario sensum*, se permitiría sancionar penalmente al servidor público con la sola vulneración del bien jurídico general, algo que es insuficiente en cuanto a análisis y excesivo en cuanto a sanción, haciéndose necesaria la conjugación con los dos principios anteriores, esto es de mínima intervención y de insignificancia y así evitar cometer excesos en cuanto a punición.

En ese sentido, el principio de lesividad proscribire la punición para la mera desobediencia o para conductas inmorales, pues ellas carecen de entidad penal para poder establecer una sanción.

Cabe indicar que incluso cuando se realice la conjunción de los principios estudiados para la aplicación en un caso en concreto, parece ser que aún sigue siendo insuficiente dicho criterio “por sí solo”, pues ellos solo hablan de un análisis de la conducta en cuanto a afectación del bien jurídico protegido y de la gravedad de la misma pero de manera abstracta, mas no de la afectación (así sea cualitativa) que esta tenga en cuanto a la consecuencia

(desvinculación real y efectiva del funcionario respecto de sus funciones) que acarrea dicha vulneración del bien jurídico en protección.

3.4 Propuesta de lege ferenda para la adecuada intervención del Derecho penal

Nos queda claro que no toda actuación del funcionario o servidor público amerita una sanción de gran repercusión como lo es una sanción punitiva, pues existen actuaciones que si bien es cierto se infringe el bien jurídico general, pero dicha infracción no reviste de mayor trascendencia para ser sancionado por el Derecho penal, convirtiéndose en idóneas las vías administrativas, civil, entre otras.

La unión de los tres criterios (pues de manera independiente son insuficientes) esto es del bien jurídico, de la ubicación sistemática y de los principios, los cuales han sido escogidos como materia de estudio para determinar la configuración jurídico-penal del delito de peculado y cohecho, nos hacen ver que es necesaria una propuesta de *lege ferenda* a fin de determinar la intervención del Derecho penal en la actuación de funcionarios públicos respecto del delito de peculado específicamente, pues es en dicho tipo penal que la Corte Suprema, para la emisión de sus resoluciones, ha utilizado el simple citado de principios para eximirlos de condena, no existiendo una debida motivación de las mismas, creando inseguridad jurídica en los justiciables.

Hay que dejar claro, además, que no se realiza una propuesta de *lege ferenda* respecto del delito de cohecho, toda vez que como ya se ha indicado a lo largo del presente trabajo, dicho tipo penal sanciona la sola infracción del bien jurídico general, pues la aceptación de un bien o pecunio a cambio de determinada actuación por parte del funcionario público, vulnera el recto y correcto funcionamiento de la administración pública y a su vez se ve vulnerado también la gratuidad de la misma, la imparcialidad del servidor, trayendo automáticamente consecuencias gravosas al Estado o entre partes que deberían encontrarse en igualdad de condiciones.

Dicho ello, la propuesta de *lege ferenda* respecto al tenor del delito de peculado, la cual se añadiría a la actual redacción del mismo, es la siguiente:

“El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, [*causando real y efectiva afectación al servicio prestacional*] será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; [...]”

Real y efectiva deberá ser la afectación a partir de la infracción del bien jurídico protegido, toda vez que esta tendrá que tener una existencia objetiva, es decir, verse reflejada la magnitud de la gravedad de dicha vulneración en la prestación que tiene el funcionario

respecto de la Institución y por ende hacia los administrados y verificar si estos últimos con su actuación han visto infringidos los servicios que el Estado tiene para con ellos.



Conclusiones

Primera. La Corte Suprema ha realizado un trato diferenciado entre la configuración jurídico-penal del delito de peculado y el delito de cohecho en sus jurisprudencias, creando inseguridad jurídica para los justiciables. Dicho trato diferenciado se basa en la aplicación de principios para la no imposición de una sanción penal en la actuación de un funcionario o servidor público cuya apropiación o valor del bien utilizado es mínima (peculado), situación que no sucede en el delito de cohecho, toda vez que así la dádiva sea menor respecto al primer ilícito, el operador jurídico ha considerado condenarlo bajo una sanción de índole penal, dejando las sanciones administrativas u otras de igual idoneidad para cuando la conducta encaja en el tenor del delito de peculado y la lesividad es considerada insignificante.

Segunda. Los tres criterios escogidos para el análisis: del bien jurídico, de la ubicación sistemática y de los principios, de manera independiente son insuficientes, haciéndose necesario que, para brindar una explicación fundamentada del porqué de la configuración de un delito u otro, deberán ser analizados en su conjunto, a fin de poder entender que sí existe una diferencia entre ambos tipos penales.

Tercera. Con estos tres criterios de manera conjunta, se podrá determinar cuándo el Derecho penal puede aplicar sus sanciones punitivas, indicándose que las mismas sólo se podrán imponer cuando la actuación del funcionario o servidor público, con la infracción del bien jurídico protegido, trasgreda el servicio prestacional de la función que tiene preestablecida al momento de la comisión del ilícito, siendo que se deberá verificar que dicha lesión dañe gravemente a la Institución desde el momento en el que decidió desvincularse de las funciones del cual se encuentra dotado o de las atribuciones que se encuentra ejerciendo.

Recomendaciones

Primera. Que el Derecho penal intervenga sólo en las actuaciones en donde la desvinculación del funcionario o servidor público respecto de la Institución, sea grave, lo cual tiene que verse reflejado en los derechos de los administrados o en el Estado en sí en cuanto al daño ocasionado.

Segunda. Que se reforme el tenor del delito de peculado, a partir de una *lege ferenda*, con la finalidad de que sólo se tipifique y se sancione al mismo cuando exista una “*real y efectiva afectación al servicio prestacional*”.



Referencias

- ABANTO, M. (2001). *Los Delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano*. Lima: Palestra.
- ABANTO, M. (2003). *Los delitos contra la administración pública en el código penal peruano*. Lima: Palestra.
- CHANJAN, R. (2019). La intervención penal en el ámbito de la Administración pública. *En: Revista de Derecho Penal y Criminología*, 28(104), 129.
- CHANJAN, R., & TORRES, D. (2019). Aspectos político-criminales y comparados de la corrupción privada: A propósito de su incriminación en el Perú. *Derecho y Sociedad. Revista PUCP [en línea]*, 2. Recuperado el 30 de junio de 2020, de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/21217>
- CHANJAN, R., SOLIS, E., & PUCHURI, F. (2018). Sistema de justicia, delitos de corrupción y lavado de activos. *Instituto de Democracia y Derechos Humanos, PUCP - Informes y documentos de trabajo [en línea]*, 17. Perú. Recuperado el 30 de junio de 2020, de <https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2019/03/01173032/sistema-de-justicia-delitos-web-2.pdf>
- DE LA MATA, N. (2006). El bien jurídico protegido en el delito de cohecho. *Revista de Derecho Penal y Criminología*.
- FERRI, E. (s.f.). Sociología criminal. *Biblioteca Digital. Servicios Integrales Jurídicos Forenses [en línea]*, 8. México. Recuperado el 20 de abril de 2020, de https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/sociolog%C3%ADa_criminal_-_tomo_i_-_ferri_enrico.pdf
- GARCÍA, P. (2007). *Derecho penal Económico. Parte especial* (2da ed.). Lima: Editorial Grijley.
- MIR, S. (2003). Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal. *Artículos, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología [en línea]*, 16. Recuperado el 24 de abril de 2020, de <http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05-05.pdf>
- MONTOYA, Y. (2012). A propósito del documentado libro del historiador Alfonso Quiroz. Memoria histórica sobre la corrupción en el Perú. *Instituto de Democracia y Deerechos Humanos de la Universidad Pontificia Católica del Perú [en línea]*, 12. Perú. Recuperado el 30 de junio de 2020, de <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/09/Memoria-Hist%C3%B3rica-sobre-la-corrupci%C3%B3n-en-el-Per%C3%BA.pdf>

- MONTOYA, Y. (2015). Manual de delitos contra la Administración pública. *1era ed.* Lima: Open Society Foundations.
- MORALES, F., & RODRÍGUEZ, M. (2005). *Comentarios al nuevo Código Penal. 2:* Navarra: Aranzadi.
- OLAIZOLA, I. (1997). Concepto de funcionario público a efectos penales. *Adela ASUA BATARRITA (Coord.). Delitos contra la administración pública.* Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública.
- ROXIN, C. (2015). Sistema del hecho punible. Tomo II. Argentina: Editorial Hamurabi.
- SAINZ, J. (1979). Lecciones de Derecho penal. Parte general. Tomo I. Barcelona: Bosch S.A.
- SILVA, J. (1998). ¿Política criminal moderna? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo código penal español. *Actualidad penal: Revista semanal técnico-jurídica de derecho penal*(23).
- Silva, J. (2006). *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales* (2da ed.). Montevideo - Buenos Aires: BdeF.
- VILCHEZ, R. (2012). Algunos criterios para diferenciar los delitos de peligro de las infracciones administrativas en el aspecto objetivo. (O. Ed., Ed.) *Revista Ita Ius Esto [en línea]*, 6. Recuperado el 21 de abril de 2020, de <https://www.itaiusesto.com/algunos-criterios-para-diferenciar-los-delitos-de-peligro-de-las-infracciones-administrativas-en-el-aspecto-objetivo/>
- WELZEL, H. (2019). *Derecho penal. Parte general* (3era ed.). Ideas Solución.
- ZAFFARONI, E. (1981). *Tratado de Derecho penal. Parte general. Tomo III.* Buenos Aires: Ediar.

Documentos legales y jurisprudencia

Acuerdos plenarios

Acuerdo Plenario N° 4-2005

Acuerdo Plenario N° 7-2019

Jurisprudencia

Casación N° 1438-2018-La Libertad

Constitución Política del Perú de 1993 R.N. N° 1406-2007-Callao

R.N. N° 1883-2012-Junin

R.N. N° 1955-2018-Loreto

R.N. N° 2934-2012-Apurimac

R.N. N° 3004-2012-Cajamarca

R.N. N° 3763-2011-Huancavelica

Sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema recaída en el Exp. N° 05-2002 del 3 de junio de 2008.

Sentencia emitida por la Segunda Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el expediente N° 011-2001, del 8 de agosto de 2006.

Otros

Aprobación de Acta N° 236 de fecha 24 de julio del 2013 de la Sala de Casación Penal de Colombia