



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

**FACULTAD DE DERECHO**

**Reflexiones en torno a la cuantía mínima en el delito de  
peculado**

Tesis para optar el Título de  
Abogado

**Paola Cristell Calle Flores**

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

**Piura, diciembre de 2023**

## Aprobación

La tesis titulada “Reflexiones en torno a la cuantía mínima en el delito de peculado”, presentada por el bachiller Paola Cristell Calle Flores en cumplimiento con los requisitos para obtener el Título de Abogado, fue aprobada por el director de Tesis Dr. Ronald Henry Vílchez Chinchayán.



---

Director de Tesis



### Declaración Jurada de Originalidad del Trabajo Final

Yo, Paola Cristell Calle Flores, egresado(a) del Programa Académico de Derecho, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, identificado(a) con DNI 77271597.

Declaro bajo juramento que:

1. Soy autor del trabajo final titulado:  
"Reflexiones en torno a la cuantía mínima en el delito de peculado"  
El mismo que presento bajo la modalidad de tesis<sup>1</sup> para optar el Título Profesional<sup>2</sup> de Abogado
2. Que el trabajo se realiza en coautoría con los siguientes alumnos de la Universidad de Piura.
  - Haga clic o pulse aquí para escribir texto, identificado con DNI N° Haga clic o pulse aquí para escribir texto.
  - Haga clic o pulse aquí para escribir texto, identificado con DNI N° Haga clic o pulse aquí para escribir texto.
3. La asesoría del trabajo está a cargo de:
  - **Dr. Ronald Henry Vilchez Chinchayán**, identificado con DNI N° 44287102.
  - Haga clic o pulse aquí para escribir texto, identificado con DNI N° Haga clic o pulse aquí para escribir texto.
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 físico o electrónico.
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: 4 de noviembre de 2023



Firma del optante<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Indicar si es tesis, trabajo de investigación, trabajo académico o trabajo de suficiencia profesional.

<sup>2</sup> Grado de Bachiller, Título de profesional, Grado de Maestro o Grado de Doctor

<sup>3</sup> Idéntica a DNI, no se admite digital salvo certificado

## **Dedicatoria**

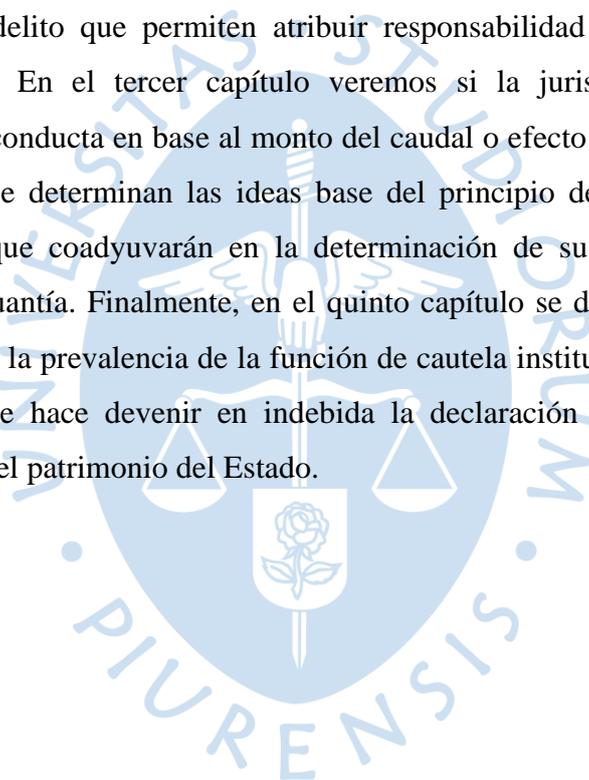
A mis padres Carmen y Teobaldo.

A mis abuelitas Jesús y Josefa.



## Resumen

Por medio del presente trabajo se analizan los casos de peculado de apropiación y de peculado de uso que en aplicación del principio de mínima intervención penal declaran la atipicidad penal de la conducta y consecuente exención de responsabilidad cuando los montos del caudal o efecto público apropiado o del instrumento público utilizado son de mínima cuantía. El motivo de este análisis es para determinar si se vulnera el principio de legalidad penal y de seguridad jurídica, al tratarse de un delito un delito especial de infracción del deber que se configura por la calidad especial del sujeto público y el quebrantamiento del rol que ejerce en razón de su competencia. En el primer capítulo se analiza la respuesta punitiva severa dispuesta para los delitos funcionariales. Luego, en el segundo capítulo se determinarán los fundamentos de este delito que permiten atribuir responsabilidad penal a un funcionario público por peculado. En el tercer capítulo veremos si la jurisprudencia determina la relevancia penal de la conducta en base al monto del caudal o efecto público. Posteriormente, en el cuarto capítulo se determinan las ideas base del principio de mínima intervención e insignificancia penal que coadyuvarán en la determinación de su aplicación en casos de peculado de mínima cuantía. Finalmente, en el quinto capítulo se desarrolla la propuesta de solución que determina la prevalencia de la función de cautela institucional frente a cualquier monto patrimonial, que hace devenir en indebida la declaración de atipicidad penal por lesividad insuficiente del patrimonio del Estado.



## Tabla de contenido

<b>Introducción.....</b>	<b>9</b>
<b>Capítulo 1 Marco general de la investigación.....</b>	<b>10</b>
1.1 Planteamiento del problema .....	10
1.2 La política criminal implementada en los delitos de corrupción de funcionarios públicos.....	12
1.2.1 La lucha contra la corrupción en el Derecho Penal Peruano .....	12
1.2.2 El control de la corrupción en el Derecho Internacional Penal .....	15
1.2.3 El Derecho reprime severamente los delitos funcionariales.....	17
<b>Capítulo 2 El Delito de Peculado (ARTS. 387° y 388° CP).....</b>	<b>20</b>
2.1 El deber positivo asegurado institucionalmente como presupuesto del delito de peculado.....	20
2.2 El quebrantamiento de las competencias institucionales mediante las conductas de apropiación o utilización.....	23
2.3 Modalidades de peculado .....	26
2.3.1 Peculado por apropiación o utilización .....	26
2.3.2 Bien jurídico protegido .....	27
2.3.3 Peculado de uso .....	29
2.3.4 Bien jurídico protegido .....	30
2.3.5 La exención de responsabilidad penal por peculado de valores mínimos ¿corresponde imponer sanción penal? .....	31
<b>Capítulo 3 Resoluciones de la Corte Suprema sobre el delito de peculado .....</b>	<b>33</b>
3.1 Resoluciones judiciales por peculado de uso .....	33
3.1.1 Recurso De Nulidad N° 1883-2012-Junín.....	33
3.1.2 Recurso de nulidad N° 3004-2012- Cajamarca .....	34
3.1.3 Recurso de Nulidad N° 1297-2012-Ica .....	35
3.2 La posición jurisprudencial en el delito de peculado de uso .....	36
3.3 Respecto a la determinación de la responsabilidad penal en el delito de peculado de uso.....	37
3.4 Resoluciones judiciales de peculado por apropiación .....	38
3.4.1 Auto de Vista N° 09-2015-1 .....	38
3.4.2 Recurso de Nulidad N° 3855-2011-Puno .....	40
3.5 La posición jurisprudencial en el delito de peculado por apropiación .....	41

3.6	Respecto a la determinación de la responsabilidad penal en el delito de peculado por apropiación.....	42
<b>Capítulo 4 Los principios de mínima intervención penal e insignificancia penal .....</b>		<b>45</b>
4.1	El Principio de Mínima Intervención Penal .....	45
4.1.1	Conceptualización y determinación del principio de mínima intervención penal.....	45
4.2	El Principio de Mínima Intervención en el Derecho Comparado .....	47
4.2.1	En España .....	47
4.2.2	En Chile .....	48
4.2.3	En Colombia .....	49
4.3	El principio de mínima intervención penal en el delito de peculado (precisar si corresponde imponer o no sanción penal en la apropiación o utilización de valores mínimos) .....	49
4.4	El principio de insignificancia penal .....	49
4.4.1	Conceptualización .....	51
4.4.2	Ubicación de la insignificancia penal en la teoría del delito .....	52
4.5	El principio de insignificancia penal en el delito de peculado (precisar si corresponde declarar la atipicidad penal por lesividad insignificante) .....	54
4.5.1	Respecto a la atipicidad penal de la conducta y la lesividad insignificante .....	54
4.5.2	De la relación entre la mínima intervención penal y la insignificancia penal.....	54
<b>Capítulo 5 Propuesta de solución al dilema de “exención de responsabilidad penal por apropiación o utilización de caudales o bienes públicos de montos mínimos en el delito de peculado” .....</b>		<b>58</b>
5.1	Preámbulo: El contexto político-criminal severo de los delitos de corrupción de funcionarios públicos.....	58
5.2	La responsabilidad penal en el delito de peculado .....	62
<b>Conclusiones .....</b>		<b>65</b>
<b>Referencias .....</b>		<b>67</b>

### Lista de tablas

Tabla 3.1 Comparativo de valoración de la relevancia penal en casos de peculado de uso .....	37
Tabla 3.2 Comparativo de valoración de la relevancia penal en casos de peculado por apropiación .....	44



## Introducción

El Ius Puniendi es aquella potestad del Estado de imponer penas o medidas de seguridad ante la comisión de conductas de carácter penal, a fin de preservar el orden público de una sociedad. Como todo ejercicio del poder público está limitado a la voluntad de la Ley y al respeto de la Constitución, esto es, de los derechos fundamentales de las personas y principios fundamentales del Estado.

Siendo así, conforme al principio de legalidad penal previsto en el literal d) del numeral 24) del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, se impide que la determinación de la pena quede totalmente al arbitrio judicial, ello debido a que, se reserva al legislador la elección de la punibilidad de las conductas (quantum y el quo modo) y; al órgano jurisdiccional se exige una motivación adecuada en sus decisiones interpretativas, mediante un razonamiento jurídico que permita entender el porqué de lo resuelto.

En la actualidad encontramos sentencias absolutorias por el delito de peculado que, eximen de responsabilidad penal a los funcionarios o servidores públicos cuando es mínima la cuantía del caudal público apropiado o del instrumento público utilizado indebidamente. La explicación a esta interpretación reside en la aplicación del principio de mínima intervención penal que denota en términos generales que el Derecho penal debe intervenir solamente cuando las demás alternativas de control han fracasado.

No obstante, al revisar el delito de peculado, delito cometido por un funcionario público en contra de la Administración pública, encontramos que este es un delito especial de infracción del deber que sanciona la vulneración de los deberes institucionalmente protegidos y el quebrantamiento del rol que ejerce el sujeto activo en razón de su competencia, por ello en la doctrina legal peruana surge la siguiente controversia: ¿en casos de apropiación o utilización de montos mínimos debe atenderse a la cuantía del caudal público o del bien público o ello debería ser irrelevante? Sobre el particular, procuraremos resolver a continuación.

## Capítulo 1

### Marco general de la investigación

#### 1.1 Planteamiento del problema

En el presente trabajo se analizará el dilema vinculado a la apropiación de caudales públicos y de utilización de bienes públicos de montos mínimos en el delito de peculado, para ejemplificar veremos la siguiente jurisprudencia que sostiene la absolución de la investigada, debido a la mínima cuantía del caudal o efecto público apropiado:

De conformidad con lo dispuesto en el Expediente N° 09-2015, a la funcionaria pública Eva Giselle García León se le imputa la presunta apropiación de S/ 133 soles de la *caja chica* de la Procuraduría del Ministerio de Energía y Minas, tras consignar en los comprobantes de egresos, importes mayores a los gastos de movilidad que realmente realizaba el practicante pre- profesional Manuel Alfonso Aparicio Gutiérrez.

De estos hechos, la Sala Penal Especial mediante el Auto de Vista N° 09-2015-1, declaró infundado el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público y la Procuraduría Pública debido a que, según fundamento 3.2.3, pese a la posibilidad de configurarse en el tipo penal la conducta atribuida, resulta viable la excepción de improcedencia de acción en aplicación del principio de mínima intervención penal, pues la conducta no es merecedora de pena, a efectos de evitar el desarrollo innecesario de un proceso penal (2016, f.6).

De igual manera, según fundamento 3.4.3, se afirma que aunque la investigada era Procuradora Pública, tenía bajo su custodia el dinero de la caja chica de la entidad y con su conducta quebrantó el rol que ejerce en razón de su competencia y vulneró sus deberes funcionales, la conducta atribuida (apropiación ilícita de s/ 133 soles) no es relevante para el ejercicio de la acción penal, ya que no se habría producido una lesión significativa al bien jurídico protegido y existen procedimientos administrativos que pueden salvaguardar el mismo bien jurídico sin menoscabar los derechos fundamentales de la investigada por lo que, en atención al principio de última ratio, no resulta necesario activar la persecución penal del Estado (A.V. N° 09-2015-1, fs.9-10).

Finalmente, la instancia suprema confirma la resolución de fecha 05 de febrero de 2016, que declaró fundada la excepción de improcedencia de acción formulada por la funcionaria pública García León, por la presunta comisión del delito de peculado.

En el presente caso, podemos observar que, pese a admitirse la vulneración de las competencias institucionales protegidas y de los deberes funcionales, se fundamenta la no relevancia penal de la conducta en base a la lesión insuficiente del bien jurídico protegido por el Estado, sin precisar cuál es este bien jurídico en el peculado, si es el funcionamiento adecuado de la Administración pública, el patrimonio del Estado o la transparencia en la gestión patrimonial estatal y; sin efectuar un mayor análisis de las implicancias que acarrea la vulneración del deber institucionalmente asegurado, deber de custodia y gestión de los caudales públicos.

Además, de estos hechos es cuestionable el argumento esgrimido respecto a que, no resulta trascendente la conducta (apropiación de S/ 133 soles) para el ejercicio de la acción penal, al existir el procedimiento administrativo que puede salvaguardar el mismo bien jurídico, ya que bajo este razonamiento muchos casos podrían encontrar respuesta en mecanismos alternos de solución y no en la imputación de delitos.

De lo expuesto, podemos observar que el operador jurídico recurriría a estas decisiones interpretativas para racionalizar el ejercicio del Ius Puniendi. Sin embargo, la aplicación de este principio en el delito de peculado, delito especial de infracción del deber, vulneraría la garantía constitucional a la seguridad jurídica, conforme a la cual todo investigado debe tener una expectativa razonablemente fundada de cómo va a ser la actuación del Estado en la aplicación del Derecho en el caso concreto, ya que este delito fundamenta la responsabilidad penal del funcionario o servidor público por la calidad especial del sujeto activo quien quebranta el rol que ejerce en razón de su competencia. De la postura del operador jurídico no existe certeza a partir de cuándo se puede entender constituida una conducta típica por peculado.

De igual manera, se vulneraría el principio de legalidad penal, conforme al cual la conducta es jurídico-penalmente relevante si se encuentra señalada como hecho punible por la ley penal vigente, debido a que este ilícito penal no prevé una valoración patrimonial para que se configure la conducta típica, por lo que el operador jurídico redefiniría la conducta que debe entenderse como reprochable penalmente, moldeando la configuración del injusto penal, lo cual sería un ejercicio invasivo de las competencias otorgadas por el constituyente al legislador.

Por tal motivo, en el presente trabajo de manera preliminar analizaremos la política criminal dispuesta en los delitos de funcionarios públicos en contra de la Administración pública, al delito de peculado en sí y finalmente, la aplicación de los principios de mínima intervención e insignificancia penal en la doctrina y jurisprudencia; ello con la finalidad de coadyuvar en la solución de estas cuestiones que surgen tras la aplicación de estos principios en el delito de peculado, delito especial de infracción del deber.

## **1.2 La política criminal implementada en los delitos de corrupción de funcionarios públicos**

De lo emitido por el legislador, mediante políticas públicas que procuran desmotivar a los agentes a cometer actos de corrupción que socaban intensamente el desarrollo del Estado y que merman la credibilidad de las instituciones públicas, analizaremos cuál es la respuesta punitiva en el ordenamiento jurídico peruano.

### **1.2.1 *La lucha contra la corrupción en el Derecho Penal Peruano***

Las medidas político- criminales de los delitos cometidos por sujetos públicos en contra de la Administración pública nos demuestran que estos ilícitos penales son reprimidos con suficiente exigencia y severidad, de acuerdo a las siguientes razones:

De conformidad con el cuarto párrafo del artículo 41° de la Constitución Política del Perú<sup>1</sup> se ha previsto la imprescriptibilidad de la acción penal en los supuestos más graves de los delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos en contra la Administración pública o el patrimonio del Estado, acorde al principio de legalidad.

Además, continuando con el dispositivo en mención, se ha dispuesto la dúplica de los plazos de prescripción para los funcionarios o servidores públicos y los particulares que cometen delitos contra la Administración pública o el patrimonio del Estado. Se debe precisar, que esta normativa contrasta con lo previsto en el artículo 80° del Código Penal<sup>2</sup> del cual se colige que la dúplica del plazo de prescripción solo va dirigida para los sujetos públicos.

---

<sup>1</sup> Ley 30650, de 20 de agosto de 2017.

<sup>2</sup> Ley 30077, de 20 de agosto de 2013.

Respecto a la dúplica de la prescripción que prevé el artículo 80° del Código Penal, mediante doctrina jurisprudencial nuestra Corte Suprema, ha afirmado que la mayor extensión del término de la prescripción se fundamenta en la calidad especial que tienen los funcionarios o servidores públicos debido a que por la posición especial que tienen en la sociedad, se espera de ellos un compromiso específico en el campo de la Administración pública, lo que significa la responsabilidad de proteger, no violar la confianza pública depositada y un compromiso real con la organización estatal ya que por el poder que ostentan pueden comprometer en mayor medida los bienes jurídicos tutelados (VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias, 2010) .

Por su parte, el legislador ha dispuesto el aumento de penas en los delitos funcionariales, a modo de ejemplo el delito de peculado doloso o culposo preveía en su redacción inicial una sanción penal entre dos a ocho años, sin agravantes. Luego, mediante Ley N° 26198, publicada el 13 de junio de 1993, se reguló como circunstancia agravante si los caudales o efectos apropiados o utilizados fueron desviados de los fines sociales o programas de apoyo a la sociedad a una pena entre cuatro a diez años. Posteriormente, mediante Ley N° 29703, el tipo base se circunscribió a una pena de prisión entre cuatro a ocho años y se agregó como agravante si el monto de lo apropiado o utilizado sobrepasare las diez UIT, circunscribiéndose esta modalidad a una sanción penal entre diez a doce años. Finalmente, mediante Ley N° 31178 publicada el 28 de abril de 2021 se agregó como agravantes: 1) si el agente actúa como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o por encargo de ella y 2) si el agente se aprovecha de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o el delito comprometiese la defensa, seguridad o soberanía nacional, modificándose esta modalidad a una pena entre ocho a quince años.

Así también, según el primer párrafo del artículo 426° del Código Penal,<sup>3</sup> los delitos comprendidos en el capítulo segundo (delitos cometidos por funcionarios públicos) y tercero (delitos cometidos contra la Administración pública) del título décimo octavo, que no contemplen la pena de inhabilitación son sancionados con esta medida a un período entre uno a cinco años, acorde a los incisos 1,2,4 y 8 del artículo 36° del Código Penal.

---

<sup>3</sup> Ley 31178, de 28 de abril de 2021.

Continuando con dicha normativa, en casos de los delitos regulados en los artículos 382°, 383°, 384°, 387°, 388°, 389°, 393°, 393-A°, 394°, 395°, 396°, 397°, 397-A°, 398°, 399°, 400° y 401° del Código Penal la pena de inhabilitación puede ser: temporal- período entre 5 a 20 años- o perpetua si concurren las circunstancias agravadas: 1) el agente actúa como miembro de una organización criminal, como persona asociada o autorizada; 2) si la conducta ha recaído sobre programas de asistencia o de inclusión o desarrollo social, 3) cuando el agente se haya aprovechado de una calamidad pública o emergencia sanitaria, o de la comisión de un delito que atenta contra la defensa, la seguridad o la soberanía nacional.<sup>4</sup>

Respecto a lo regulado en los incisos 1), 2), 4) y 8) del artículo 36 del Código Penal<sup>5</sup> la pena de inhabilitación puede producir según disponga la sentencia: 1. la privación de la función, cargo o autoridad que ejercía el condenado, 2. la incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo o empleo de carácter público, 4. Incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio profesión, arte, comercio, industria, que deben especificarse en la sentencia y 8. la privación del grado militar o policial, título honorífico o distinción correspondiente al cargo que se haya utilizado para delinquir.

Como señala Polaino- Orts & Quintero (2010) si se repara en la esencia de las medidas inhabilitadoras que producen la privación de derechos y facultades, se llega a la conclusión que al sujeto se le sanciona por lo que hizo y porque existe un riesgo inminente de que en el futuro lo vuelva a realizar. Así, el individuo es privado de derechos y facultades porque no ofrece la mínima seguridad de que vaya a usar estas facultades de la manera adecuada, más aún existe el peligro real de que si se le volviese a permitir que ejerza esos derechos o facultades los va a volver a utilizar de manera dañosa para la sociedad (p. 21).

Por otro lado, según el último párrafo del artículo 57° del Código Penal<sup>6</sup> en los delitos de funcionarios públicos contra la Administración Pública (tales como el peculado, colusión simple y agravada, cohecho pasivo específico, etc.) se ha dispuesto la prohibición de acogerse al beneficio de la suspensión de la pena efectiva, lo cual demuestra la necesidad del legislador de endurecer la respuesta penal ya que, al no darse la suspensión de ejecución de la pena, entiéndase que lo aplicable es una pena privativa de libertad efectiva.

---

<sup>4</sup> Sobre esto, los delitos enunciados son los siguientes: delitos de concusión, cobro indebido, colusión simple y agravada, peculado doloso y culposo, peculado de uso, malversación, cohecho pasivo propio, soborno internacional pasivo, cohecho pasivo impropio, cohecho pasivo específico, corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, cohecho activo genérico, cohecho activo transnacional, cohecho activo específico, negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito.

<sup>5</sup> Ley 30407, de 08 de enero de 2016.

<sup>6</sup> Ley 30710, de 29 de diciembre de 2017.

En la misma línea, acorde al literal b) del inciso 1) del artículo 2° del Código Procesal Penal,<sup>7</sup> se ha dispuesto la prohibición de aplicar el principio de oportunidad en los delitos cometidos por funcionarios públicos en ejercicio de su cargo y; acorde con el literal c) del inciso 2) del artículo 474° del Código Procesal Penal,<sup>8</sup> solo se permite el beneficio por colaboración eficaz en los delitos de corrupción de funcionarios, peculado, concusión si han sido cometidos en concierto por pluralidad de personas.

Por último, encontramos que en los delitos funcionariales hay un incremento de supuestos de adelantamiento de la intervención penal, debido a que existe un aumento en la configuración de delitos de peligro abstracto o concreto pese a los cuestionamientos de la doctrina y jurisprudencia a nivel probatorio y de la propia configuración en la clasificación de estos delitos (Vílchez Chinchayán, 2021).

### **1.2.2 El control de la corrupción en el Derecho Internacional Penal**

De conformidad con lo dispuesto en la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, de 31 de octubre de 2003<sup>9</sup> y la Convención Interamericana Contra la Corrupción, de 29 de marzo de 1996,<sup>10</sup> el Estado peruano ha expresado su compromiso de hacer frente al gran impacto social, jurídico y económico que generan la comisión de delitos de funcionarios públicos contra la Administración pública dentro de un Estado Constitucional de Derecho.

Siendo así, en sede nacional se suscribieron estas convenciones sin reservas por lo que, según el artículo 55° de la Constitución Política del Perú, ambos tratados (convenciones o pactos internacionales) forman parte del ordenamiento nacional, lo cual implica que dejan de convertirse en una sugerencia o recomendación.

En este marco internacional, acorde al artículo 46° de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción y el artículo 4° de la Convención Interamericana contra la Corrupción los Estados Parte se encuentran obligados a prestarse asistencia judicial recíproca, lo cual implica que no es necesario que el acto corrupto haya sido cometido dentro del territorio peruano ya que mediante la cooperación internacional es factible realizar investigaciones, procesos y acciones judiciales relacionadas con los delitos previstos en estas convenciones en cooperación con los demás Estados Parte.

---

<sup>7</sup> Ley 30076, de 19 de agosto de 2013.

<sup>8</sup> Ley 30737, de 12 de marzo de 2018.

<sup>9</sup> La Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción fue firmada el 31 de octubre de 2003 y ratificada por Perú el 20 de octubre de 2004 en vigor en nuestro país el 14 de diciembre de 2005.

<sup>10</sup> La Convención Interamericana Contra la Corrupción fue firmada el 29 de marzo de 1996 y ratificada por Perú el 21 de marzo de 1997 en vigor en nuestro país el 4 de junio de 1997.

La Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción a través de su artículo 30° ha establecido que los Estados Parte deberán prever las siguientes medidas político-criminales:

- a) Las sanciones de los delitos tipificados en esta Convención - soborno de funcionarios públicos nacionales, soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas, tráfico de influencias, abuso de funciones, enriquecimiento ilícito, malversación, peculado, blanqueo del producto del delito, encubrimiento, obstrucción de la justicia- deben tener en cuenta la gravedad de estos delitos.
- b) Las inmunidades o prerrogativas jurisdiccionales otorgadas a los sujetos públicos en el ejercicio de sus funciones deben tener un equilibrio adecuado para la investigación, el enjuiciamiento y el fallo de los delitos previstos por esta Convención.
- c) Las facultades legales discrecionales del derecho interno se ejercerán en la máxima medida permitida por la ley para tales delitos, teniendo en cuenta debidamente la necesidad de prevenirlos.
- d) Debe garantizarse la comparecencia del imputado en todo proceso penal posterior, por lo que el Estado Parte debe adoptar las medidas apropiadas para procurar ello.
- e) La libertad anticipada o libertad condicional para los condenados por estos delitos debe otorgarse en consideración de la gravedad del delito cometido.
- f) Establecer procedimientos para que un funcionario público inculpado de un delito previsto en esta Convención pueda, según corresponda, ser destituido, suspendido o reelegido por la autoridad correspondiente, teniendo en cuenta el respeto al principio de presunción de inocencia.
- g) Establecer procedimientos para la inhabilitación por orden judicial u otro medio adecuado y por el plazo que determine el derecho interno de las personas condenadas por delitos comprendidos en la presente Convención para: a) desempeñar una función pública, b) desempeñar una función en una empresa de propiedad total o parcial del Estado.

De igual manera, se verifica que el artículo 29° de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción establece que los Estados miembros pueden, en virtud de su legislación nacional, disponer un plazo amplio para iniciar procesos por cualesquiera de los delitos contemplados en esta Convención y un plazo más largo o posiblemente interrumpido cuando el presunto autor ha eludido la justicia.

Respecto al delito de peculado, de acuerdo al literal b, numeral 1° del artículo XI de la Convención Interamericana Contra la Corrupción y el artículo 17° de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, nuestro país ha respetado las disposiciones estatuidas sobre la obligación de tipificar la conducta consistente en el uso o aprovechamiento indebido por parte de un funcionario público, en beneficio propio o de un tercero de cualquier clase de bienes del Estado o de las empresas u organismos de los que forma parte, a los cuales ha tenido acceso con motivo del cargo público desempeñado.

Ello debido a que, como tenemos conocimiento en el delito de peculado se sanciona el quebrantamiento de deberes positivos asegurados institucionalmente, en ese sentido, la jurisprudencia nacional asume de manera uniforme lo siguiente:

Que el peculado es delito especial porque limita el alcance de la autoría a determinados sujetos cualificados- servidores funcionarios o públicos- pero, al mismo tiempo es un delito de infracción del deber porque la base de la responsabilidad penal del autor se encuentra en la vulneración del deber positivo garantizado institucionalmente (R.N.N° 615-2015-Lima, 2016, f.10).

No obstante, encontramos que el órgano jurisdiccional se desvincularía de la política criminal anticorrupción dispuesta en el artículo 12° de la Convención Interamericana contra la Corrupción, conforme al cual no es necesario que los actos de corrupción produzcan un perjuicio patrimonial al Estado, este apartamiento se justifica porque esta normativa es aplicable siempre que el Estado parte no contenga una disposición en contrario. Tengo a bien precisar esta situación porque el desarrollo de nuestros tribunales nos demuestra que este delito no se sanciona penalmente si la lesión patrimonial al Estado es insuficiente.

### **1.2.3 *El Derecho reprime severamente los delitos funcionariales***

Es manifiesto que estas medidas político-criminales dispuestas en el Derecho penal nacional e internacional respecto a los delitos funcionariales contra la Administración pública, intensifican la represión de la corrupción, permitiendo a los órganos encargados la persecución y sanción severa de los actos de corrupción cometidos por los agentes públicos.

En atención a la gravedad de los problemas que implican los actos corruptos por parte de los funcionarios públicos, se ha podido apreciar que el legislador ha establecido márgenes para combatir y erradicar más eficazmente la corrupción, mediante una serie de normas como el artículo 57° del Código Penal (que prohíbe la suspensión de la ejecución de la pena en caso de peculado por apropiación), el inciso b) del artículo 2° del Código Procesal Penal (que prohíbe la aplicación del principio de oportunidad en caso de delitos cometidos por funcionarios públicos en ejercicio de su cargo) y la pena de inhabilitación al funcionario público, que revela la especial peligrosidad que tiene el sujeto agente para gestionar un concreto segmento de la realidad, medidas que nos demuestran la necesidad de castigar severamente a los malos elementos de la Administración pública.

El delito de peculado, el delito de colusión, el delito de negociación incompatible, el delito de tráfico de influencias y el delito de cohecho, constituyen delitos de los más principales y que tienen impacto en nuestro país (PPEDC, 2019, p.48), ello aunado a estas medidas de limitaciones de beneficios del sujeto agente nos demostrarían que el delito de peculado es un problema de carácter público.

Como afirma Martínez Huamán (2022) el delito de peculado ha tenido por parte de la casuística, jurisprudencia y doctrina un especial tratamiento en el desarrollo de sus componentes típicos, sin embargo, hasta la actualidad no hay acuerdo sobre la interpretación de varios de sus elementos (p.286). Lo cual se verifica con el Informe Defensorial N° 168 de la Defensoría del Pueblo conforme al cual el 51% de denuncias por peculado son archivadas sin que se encuentren debidamente fundamentadas en razón de una investigación fiscal mínimamente solvente y acuciosa, lo cual ahonda en la falta de confianza al Estado, los criterios para esta calificación son los siguientes:

1. Desidia para obtener la información y realizar el peritaje necesario.
2. Falta de minuciosidad en el análisis de la información obtenida.
3. Inadecuada gestión de la obtención de la información: no utilizar la facultad de apremio.
4. Inadecuada valoración de la relación funcional.
5. No establecer claramente los objetivos de las pericias.
6. Falta de estrategia en la toma de declaraciones.
7. Inadecuada valoración de los medios probatorios.
8. No reprogramación de diligencias trascendentales.
9. No contraste de la información obtenida de la declaración con otras fuentes.
10. Mala calificación: problemas con teoría dogmática: “no juicio de subsunción”

(Defensoría del Pueblo, 2014, p.118).

11. Manifiesta incongruencia entre lo denunciado y las razones del archivo.

En atención a las mencionadas circunstancias, nos vamos a concentrar en el delito de peculado porque hay una situación muy peculiar, en donde la práctica judicial declara la atipicidad de la conducta y exime de responsabilidad penal cuando la apropiación del caudal o bien público tiene un valor patrimonial mínimo en aplicación del principio de mínima intervención penal, sin tomar en consideración que nos encontramos frente a un delito de infracción del deber, que fundamenta la responsabilidad penal por el quebrantamiento de los deberes institucionalmente protegidos y el quebrantamiento del rol que ejerce el sujeto activo en razón de su competencia, por el cual el bien jurídico principalmente tutelado es el correcto funcionamiento de la Administración pública que no se determina bajo un aspecto patrimonialista de la conducta.

Así pues, nos vamos a ocupar de dos principales cuestiones de la configuración de este delito; la primera, referida a su naturaleza jurídica, ya que al ser un delito cometido por funcionario público en contra de la Administración pública es caracterizado por ser un delito especial de infracción del deber y, la otra cuestión, referida al castigo penal, en tanto la tipificación penal se establece sobre la base de infracción de competencias, mediante las conductas de apropiación o utilización indebida de los caudales públicos o bienes públicos que el funcionario público percibe, administra o custodia en razón de su cargo.

## Capítulo 2

### El Delito de Peculado (ARTS. 387° y 388 CP)

A continuación, veremos cómo funciona el delito de peculado y qué es lo que nos permite atribuir la responsabilidad penal a alguien por la comisión de peculado, de acuerdo al caso expuesto como marco general de la investigación hemos podido ver que el operador jurídico justamente declara la atipicidad de la conducta y/o exime de responsabilidad penal, no en base de la infracción o no de los deberes institucionalmente protegidos y de las competencias del funcionario o servidor público, sino por la lesión insuficiente al patrimonio del Estado, es claro que el tipo penal no exige que haya un perjuicio al patrimonio del Estado, por ello nos preguntamos las razones de que al Derecho penal no le interese castigar las afectaciones mínimas producidas por apropiaciones mínimas de caudales o bienes públicos ¿no hay por parte de la sociedad una expectativa para castigar penalmente estas conductas?

#### **2.1 El deber positivo asegurado institucionalmente como presupuesto del delito de peculado**

La Corte Suprema, pronunciándose respecto al carácter intrínseco de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos de conformidad con el Acuerdo Plenario N° 2-2011, fundamento noveno, señala que estos tipos penales excluyen el dominio para su configuración y se forman a partir de la infracción de un deber especial perteneciente a la órbita del autor. Que, el autor del delito no es una persona cualquiera, sino un sujeto público que tiene un cargo especial y que mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta (VII Pleno Jurisdiccional Penal de las Salas Penales Permanente y Transitoria, 2011, fs.3).

Siendo de esta manera, se afirma que el fundamento del delito se encuentra “construido por la posición que domina en relación al deber estatal que le corresponde, conducirse con lealtad y probidad en el ejercicio de la Administración pública y los bienes que se encuentran bajo su ámbito”, por lo cual debe disponer debidamente del patrimonio público que tiene a su cargo (VII Pleno Jurisdiccional Penal de las Salas Penales Permanente y Transitoria, 2011, f.3).

El autor Martínez Huamán (2022) pronunciándose respecto al carácter de delito de peculado arguye que este injusto penal es especial ya que el funcionario o servidor público (*sujeto público*) se encuentra relacionado con el objeto estatal (caudales o efectos públicos) en razón de su competencia (*ratione officii*), por tanto el sujeto público-en el marco de su ámbito de competencia de fomento o institucional- tiene el deber no solo de no afectar el bien público colocado en su ámbito de competencia, sino también de proteger el bien público colocado en su ámbito de competencia, frente a ataques de terceros, conducta que puede realizarse de manera comisiva u omisiva (p.289).

En tal sentido, el autor en mención alude que el peculado es un delito especialísimo pues no se cumplirá con la condición de tipicidad si el elemento cualificado- sujeto público- no se encuentra vinculado funcionalmente con los caudales públicos que se apodera, lo que conllevaría a que tal apropiación o utilización indebida sea constitutiva del delito de apropiación ilícita o sencillamente un hurto común.

Bajo tal panorama, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, mediante el Recurso de Nulidad N° 1448-2017- ICA, del 8 de agosto de 2018, respecto al peculado como delito especial de infracción del deber fundamentado en instituciones positivas, establece lo siguiente:

Que se trata de un delito especial porque típicamente limita los contornos de la autoría a determinados sujetos cualificados públicos y es un delito de infracción de deber porque el fundamento de la responsabilidad penal a título de autor reside en la vulneración de la obligación positiva asegurada institucionalmente (f.15).

La relación entre el funcionario y los caudales es tan importante que determina el correcto funcionamiento de la Administración pública; al respecto, Martínez Huamán (2022) dice que la relación funcionario-patrimonio público es de tal relevancia porque la responsabilidad de vigilar, administrar o custodiar el patrimonio estatal, guarda tras sí la confianza que se deposita- por parte de la sociedad- en el sujeto público sobre el bienestar del citado patrimonio.

Esto es, el sujeto público tiene un deber de fomento por ello resulta relevante que el funcionario aporte de algún modo para no afectar el patrimonio estatal, por lo que las conductas de apropiación o utilización de forma indebida- resultan relevantes para defraudar las expectativas que se posee sobre su rol institucional (Martínez Huamán, 2022, p.295).

Cabe subrayar que, el sujeto público dentro del ámbito de su competencia tenía como premisa la confianza depositada en el sujeto público sobre el referido patrimonio. Esto significa que el peculado se sanciona porque el funcionario público quebranta los deberes especiales que le asigna la institución, de mantener, cuidar, proteger, vigilar, custodiar — deberes positivos—, vinculados a las obligaciones funcionariales específicas de administrar, percibir o custodiar, los efectos o caudales públicos, en tal sentido, se señala que la relación funcional debe estar plasmada de forma normativa, pues es determinante verificar el sector social en donde se desenvuelve la conducta del autor a través de las normas que regulan dicho segmento -ley de la materia, ROF, MOF, etc.

Asimismo, mediante el Recurso de Nulidad N° 1991-2021-Selva Central, de fecha 12 de octubre de 2022, se establece que con el incumplimiento del deber de cautela de los recursos públicos, se vulnera la Ley N° 27815 de 13 de agosto de 2002, Ley del Código de Ética de la Función Pública el Código de Ética de la Función Pública (con naturaleza ética-jurídica y no meramente ética ya que ha sido creado mediante norma con rango de ley) conforme al cual el deber del funcionario público es priorizar y optimizar el uso de los recursos públicos, porque ello contribuye a la eficiencia del aparato estatal para una mejor atención hacia los ciudadanos (f.12).

De lo anotado, en esta sentencia se valora además que con la comisión de este delito el sujeto público vulnera el Código de Ética de la Función Pública, por contravenir en todo sentido los principios de la función pública:

- **El respeto**, que tiene que ver con adecuar la conducta hacia el respeto de la Constitución y las leyes, que garantiza que el derecho a la defensa y al debido proceso se respete en todas las etapas del proceso de toma de decisiones o en los procedimientos administrativos.

- **La probidad**, que determina actuar con rectitud, honradez y honestidad, servir al interés público y renunciar a cualquier beneficio o ventaja personal, obtenida por sí mismos o por otros intermediarios.

- **La idoneidad**, entendida como la aptitud técnica, legal y moral, que es un requisito previo para ocupar un cargo público. Por lo tanto, todo funcionario o servidor debe procurar una formación sólida y acorde a la realidad y capacitación continua para el adecuado desempeño de sus funciones.

En definitiva, en cuanto al delito de peculado debe entenderse que tratándose de un delito especial de infracción del deber se configura por la defraudación de las expectativas normativas impuestos por la institución positiva de custodia de los recursos públicos, cuya vulneración ha sido considerado de tal gravedad y que demuestran que este delito se funda en las obligaciones impuestas a determinados individuos que, por su vinculación institucional con ciertos bienes jurídicos, se encuentran en una situación especial de mantener una situación específica.

## **2.2 El quebrantamiento de las competencias institucionales mediante las conductas de apropiación o utilización**

Según el artículo 387° del Código Penal<sup>11</sup>, el peculado doloso se comete cuando el funcionario o servidor público se apropia o utiliza los caudales o efectos públicos confiados en razón de su cargo, en beneficio propio o de un tercero y; de acuerdo con el artículo 388° del Código Penal<sup>12</sup>, el peculado de uso se comete con el uso de instrumentos de trabajo para fines ajenos al servicio público que se hallan bajo la guarda del agente y que pertenecen a la Administración pública.

De acuerdo con la postura del autor Portocarrero Hidalgo (1996) el peculado doloso por apropiación o utilización se comete realizando uno de estos dos comportamientos, respecto a un bien público confiado, en beneficio propio o de un tercero, siendo que la apropiación ocurre cuando se recibe una cosa para devolver o entregar a un tercero y no se cumple con hacerlo, así aunque la cosa se encuentra en posesión del agente, éste ejerce actos de dominio incompatibles con el título por el cual la guarda (p.165).

En tal sentido, continúa el referido autor, el citado delito en nuestra ley no tiene preferencia respecto a la forma que utilice el agente para realizar la acción de apropiarse ni de utilizar, ello puede afirmarse de la expresión “en cualquier forma”, las cuales pueden ser de retención definitiva, enajenación, destrucción y consumo de la cosa, las cuales son descritas de la siguiente manera:

- Retención definitiva de la cosa: Que significa quedarse con ella, hecho que demuestra la voluntad de no devolver, esta voluntad se manifiesta luego de un pedido expreso de devolución, negándose a devolver u omitiendo dar respuesta al requerimiento, no considera el tipo la retención provisional, ni en el peculado por uso contenido en el artículo 388° del Código Penal, porque esta figura exige el uso momentáneo y no la retención.

<sup>11</sup> Ley 31178, de 28 de abril de 2021.

<sup>12</sup> Decreto Legislativo, de 22 de octubre de 2016.

- Enajenar: Que significa la transferencia del dominio de la cosa, esta palabra en el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, la enajenación es entendida como la transferencia de la propiedad de una cosa, a cambio de otra (por ejemplo, compraventa o permuta) o gratuitamente (donación y préstamo sin interés), es decir, enajena el bien tanto el que vende como el que dona el bien.

- Destrucción de la cosa: Que significa destrozarla, deshacerla, aniquilarla, devastarla, conductas que llevan a desaparecer el bien, el hecho de malograr la cosa solo constituye una conducta administrativa.

- Consumir: Que denota la extinción, acabamiento de la cosa.

Se aprecia, entonces, que la apropiación de caudales o efectos públicos, significa “la disposición de la cosa como si fuera propia” (Portocarrero Hidalgo, 1996, p. 165). Lo descrito tiene correlación con lo dispuesto en el Acuerdo Plenario N° 4-2005/ CJ-116, fundamento sétimo, conforme al cual la apropiación se funda en la apropiación de los mismos, “apartándolo de la esfera de la función de la Administración pública y colocándose en situación de disponer de los mismos” (Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, 2005, f.33).

Por su parte, respecto a la utilización de los caudales o efectos públicos, este comportamiento ocurre cuando se sirve de una cosa, cuando se hace uso de ella, así se precisa que la utilización no debe ser confundida con el uso, ya que la utilización hace referencia a los bienes cuando son usados de manera permanente, en labores ajenas al servicio público como si fuesen propias del autor; mientras que, el uso se ciñe a los instrumentos de trabajo (máquinas de escribir, computadoras, etc.) por lo tanto destinados a trabajos esporádicos (Portocarrero Hidalgo, 1996). Este comportamiento en el mencionado Acuerdo Plenario N° 4-2005/ CJ-116, es entendido como “el aprovechamiento de las bondades que tiene el bien (caudal o efecto) sin que se tenga el propósito final de apoderarse para sí o para otro” (Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, 2005, f.33).

Por otro lado, respecto al peculado de uso regulado en el artículo 388° del Código Penal, el tipo penal se refiere a dos comportamientos: el usar o permitir que otro use para fines ajenos al servicio, los instrumentos de trabajo pertenecientes a la Administración pública o que se encontraren bajo su custodia.

Respecto al primer caso -el uso que da el funcionario público para fines ajenos al servicio- que es lo que nos interesa delimitar en este trabajo, Portocarrero Hidalgo (1996) señala que la aplicación que da el agente a los instrumentos de trabajo no es en beneficio del Estado sino en beneficio personal del agente o del tercero, así pues, el beneficio personal ocurre cuando el agente público hace referencia al uso del bien generando su propio provecho. De igual manera, se establece que el bien puede ser usado para fines ajenos al servicio público tanto en el lugar donde se encuentra como fuera de él, como el caso del funcionario o empleado público que hace uso de una computadora en beneficio personal en la oficina o llevándolo a su hogar para devolverlo después.

Siendo así, podemos observar que, en el delito de peculado en cuanto delito especial de infracción del deber, el sujeto público se apropia o utiliza en cualquier forma, para sí o para otro de los caudales o efectos públicos (peculado doloso) y con las conductas de uso de instrumentos de trabajo para fines ajenos al servicio público (peculado de uso) infringe las competencias institucionales de custodiar los bienes de la administración pública que tenía establecidas.

La fundamentación de la responsabilidad penal es por la infracción de un deber especial extrapenal, así más allá de la institución negativa “de un no dañar”, existe responsabilidad a causa de otras instituciones, cuyo carácter esencial es su positividad: de un actuar positivo, de un “sustentar”, “prestar ayuda”, de un fomento de la situación del bien jurídico en general (Robles Planas, Peñaranda Ramos, & Silva Castagnini, 2015, pág. 292).

En ese sentido, lo que a nosotros nos permite atribuir responsabilidad penal es este quebrantamiento del deber específico respecto de los bienes que se le encomiendan, que se manifiestan en la apropiación indebida o utilización ilegal de los caudales o bienes públicos por parte del funcionario público.

Por lo que, de lo expuesto, podemos apreciar que la infracción de competencias ha sido perfeccionada con las conductas de apropiación, utilización o uso (que manifiestan la búsqueda en la obtención de un beneficio que podría implicar una afectación al patrimonio del Estado), lo cual nos permite entonces afirmar que en el delito de peculado el castigo tiene ver con la apropiación o uso indebido y no con el monto patrimonial de ello, por ello es posible afirmar que se puede castigar el peculado por apropiación indebida o uso de montos mínimos.

## **2.3 Modalidades de peculado**

### **2.3.1 *Peculado por apropiación o utilización***

Que, acorde al Auto de Vista N° 09-2015-1, de fecha 14 de marzo de 2016, a la funcionaria pública Eva Giselle García León se le imputó la presunta apropiación de S/ 133 soles de la caja chica de la Procuraduría del Ministerio de Energía y Minas, tras consignar en los comprobantes de egresos, una suma mayor de los costos de movilidad que había realizado el pasante pre- profesional Manuel Alfonso Aparicio Gutiérrez.

La Sala Penal Superior mediante el fundamento 3.4.3, pronunciándose respecto a la conducta ilícita – apropiación de S/ 133 soles de la caja chica de la Procuraduría del Ministerio de Energía y Minas- indicó que pese a la posibilidad de configurarse en el tipo penal la conducta atribuida y haber vulnerado sus deberes funcionales, este comportamiento no es relevante para el ejercicio de la acción penal, ya que existen procedimientos administrativos que pueden salvaguardar el mismo bien jurídico sin menoscabar los derechos fundamentales de la persona investigada, más aún si no se habría producido una lesión significativa al bien jurídico protegido, por lo cual en atención al principio de última ratio, no resulta necesario activar la persecución penal del Estado.

Que, resulta necesario indicar que, respecto a la conducta de la apropiación del peculado, a través del Acuerdo Plenario N°4-2005/CJ-116, según hemos indicado este supuesto que define el comportamiento típico consiste en que el sujeto público “hace suyo los caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración pública y colocándose en situación de disponer de los mismos” (Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, 2005, f.33).

Esto es, de esta disposición normativa se aprecia que, en el tipo delictivo de peculado por apropiación, el monto de lo apropiado no ha sido considerado como lo importante de este delito, ya que lo importante en la determinación de la responsabilidad penal es que el funcionario público haya trasladado a su esfera privada los caudales o efectos que pertenecen al Estado y que se haya puesto en la sola situación de disponer de los mismos.

Por su parte, respecto al peculado por utilización, mediante esta doctrina jurisprudencial ha sido señalado que comete la conducta típica el sujeto público “que efectúa el solo aprovechamiento de las bondades del caudal o efecto público sin que haya tenido la intención de apoderárselo para sí” (Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, 2005, f.33). De igual manera, podemos observar que a esta conducta no le ha sido atribuido alguna valoración cuantitativa del bien público aprovechado.

Consecuentemente, del contenido de las conductas típicas de apropiación o utilización de los caudales o efectos públicos se aprecia que lo reprochable penalmente es el aseguramiento de la afectación de los caudales o bienes públicos a los fines estatales para los fines públicos para los que fueron recaudados o destinados. El peculado como delito especial de infracción del deber determina la responsabilidad por el quebrantamiento del rol asignado que menoscaba intensamente a la Administración pública en sus conceptos de integridad, prestigio, confianza, etc., que causa un serio perjuicio moral y político en el Estado.

Por tal motivo, en este tipo delictivo se estima que deben tenerse en cuenta los medios probatorios que den cuenta de la relación funcional y que estimen probada la apropiación o utilización de los caudales o efectos de la entidad pública con independencia de la cuantía.

### **2.3.2 Bien jurídico protegido**

Mediante Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116, de fecha 30 de setiembre de 2005, se ha precisado que el peculado doloso, regulado en el artículo 387º del Código Penal, es un delito pluriofensivo, ya que tutela los dos siguientes bienes jurídicos:

- 1) Garantiza el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública.
- 2) Evita el abuso del poder otorgado a un funcionario o servidor público que vulnera los deberes de funcionales de lealtad y probidad (Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, 2005).

Al respecto, Martínez Huamán (2022) enfatiza que la expectativa principal en el delito de peculado se encuentra relacionada con la adecuada gestión de recursos por parte del funcionario público, así no se protege de manera central el patrimonio público, sino la confianza que la sociedad- a través del Estado- deposita en el funcionario público, quien libremente acepta, el compromiso de leal y eficiente gestión de los recursos del Estado.

Siendo de esta manera, la Corte Suprema en diversas sentencias establece que en el delito de peculado se lesionan el buen funcionamiento de la Administración pública y el patrimonio del Estado. En cuanto al bien jurídico tutelado, correcto funcionamiento de la Administración pública se afirma que este se lesiona debido a que, el Estado tiene interés de preservar los bienes públicos de la Administración pública, por lo cual deposita en el funcionario la confianza y fe en el cumplimiento de su deber de cuidado y de gestión de los caudales y efectos públicos.

Por lo que, en el peculado constituye premisa fundamental determinar si el sujeto público ha cumplido con su obligación institucional o ha incurrido en deslealtad con el estado, generando corrupción y sensación de impunidad en la población peruana (R.N.N° 134-2017 Áncash, f.4).

Respecto al patrimonio del Estado como bien jurídico tutelado, el operador jurídico afirma que este se encuentra vinculado con la protección del acervo público y de los servicios prestados por los poderes públicos, en cuanto están al servicio de unos intereses generales.

Esto, es acorde con lo señalado por Portocarrero Hidalgo (1996) quien afirma que, si bien con el delito de peculado se afecta a los bienes patrimoniales del Estado, este interés radica en la probidad, honradez y fidelidad del funcionario o servidor público, por tal motivo es un delito especial comprendido entre los delitos contra la Administración Pública y no entre los delitos contra el patrimonio.

En tal sentido, el autor citando a Maggiore asegura que el perjuicio del peculado, más allá de lo material es moral y político, lo cual se refleja en la vulneración del deber de fidelidad del funcionario para con la Administración pública (p.164).

En el derecho comparado, la legislación española y colombiana también prevén al peculado como un delito pluriofensivo, ya que lesiona los servicios que mediante la Administración pública han de prestarse a la comunidad y al patrimonio público.

Respecto a la legislación española, Martínez Huamán (2022) citando Ferré Olive señala lo siguiente:

(...) siguiendo al Tribunal Supremo Español la protección se enfatiza en la expectativa que se tiene sobre la correcta gestión de recursos estatales por parte del sujeto público, por lo que considera que el bien jurídico más relevante del peculado es la adecuada y fiel actuación del funcionario en la gestión de caudales públicos, el aspecto patrimonial permanece en un segundo plano (p.288).

### 2.3.3 *Peculado de uso*

De conformidad con el artículo 388° del Código Penal, comete el delito de peculado de uso, el funcionario o servidor público que por motivos ajenos al trabajo use o permita que otra persona use cualquier vehículo, máquina o cualquier instrumento de trabajo pertenecientes a la Administración pública o que se hallan bajo su guarda.

Que, acorde al Recurso de Nulidad N°3004-2012-Cajamarca, del 13 de febrero de 2014, al señor Mori Chávez se le atribuyó que en su gestión de alcalde de la Municipalidad De Yonán- Tembladera indebidamente trasladó la línea telefónica de la entidad edil hacia su domicilio y efectuó llamadas telefónicas de carácter personal a los países de Argentina e Italia, durante los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2002.

La Sala Penal de la Corte Suprema, en el fundamento sexto pronunciándose respecto a la conducta reprobada jurídicamente – efectuar llamadas telefónicas de carácter personal a los países de Argentina e Italia en los meses de octubre, noviembre, diciembre de 2002 que conllevó la restricción del uso de servicio telefónico- indicó que según la teoría de la imputación objetiva, solo alcanzan el nivel de una conducta típica los comportamientos de importancia social o una “perturbación social” en sentido objetivo, de lo contrario el Derecho penal no refleja las expectativas normativas de la sociedad por una genuina protección penal.

Por lo cual, aunque la conducta constituye un comportamiento contrario a la norma, no tiene la trascendencia necesaria para ser susceptible de sanción penal, la Corte Suprema aplicó el principio de mínima intervención penal absolviendo al acusado Alejandro Douglas Mora Chávez de la Ejecutoria Suprema de fecha 03 de marzo de 2008, que lo condenó como autor del delito de peculado de uso a dos años de pena privativa de libertad suspendida por el período de un año, en agravio de la Municipalidad Distrital de Yonan-Tembladera.

Resulta necesario indicar que la conducta típica del peculado de uso, se puede configurar de dos distintas maneras: mediante el uso directo de los bienes públicos – el funcionario o servidor público emplea de modo inmediato o directo los instrumentos de trabajo de la Administración pública, lo cual debe comprobarse y, de ser posible, expresar el beneficio que obtuvo con aquel ejercicio indebido- o permitiendo el uso de bienes públicos- el sujeto público permite que terceros empleen bienes públicos, lo que desnaturaliza el fin para el que fueron adquiridos (Casación N° 494-2019- San Martín, 2020, fs.6-7).

Por su parte, mediante el Recurso de Nulidad N° 2386-2018 Lima, fundamento cuarto, la Corte Suprema ha señalado que la base de este delito es la adecuada disponibilidad funcional de los bienes mencionados en el tipo penal, siendo que el tipo no requiere que el sujeto público tenga una relación estricta con los bienes públicos, ya que solo es necesario que el sujeto público tenga la disponibilidad jurídica, bastando que se halle en el ámbito de competencia de los funcionarios o servidores (R.N.N° 2386-2018- Lima, 2019, f.4).

En tal sentido, estando a los argumentos pertinentes, se tiene que la responsabilidad penal es por el uso para fines ajenos al servicio público de bienes asignados al funcionario público para el cumplimiento de su función y no por el perjuicio patrimonial que tendría en la Administración pública su uso inadecuado. Por lo tanto, aun cuando el sujeto activo no haya tenido la intención de apoderárselos para sí, tal situación, desde el Derecho penal no es relevante los bienes públicos estaban bajo el ámbito de la Administración pública y correspondía tutelarlos.

#### **2.3.4 Bien jurídico protegido**

A través del Recurso de Nulidad N° 1541-2012- Lima, de fecha 18 de septiembre de 2013, la Sala Penal Permanente respecto a los bienes jurídicos del peculado de uso en su fundamento cuarto, sostiene que estos son los siguientes:

- 1) El normal desenvolvimiento de la Administración pública.
- 2) La buena imagen institucional, fundadas ambas, en el hecho de la adecuada disponibilidad funcional de los bienes mencionados en el tipo penal por parte de los sujetos públicos (f.6).

Sumado a lo anterior, la Sala Penal Transitoria a través del Recurso de Nulidad N° 1269-2009-Puno, de 19 de agosto de 2009, asevera que el delito de peculado de uso- como delito especial de infracción del deber- exige obligaciones positivas en los actos del sujeto público por lo que se necesita una relación funcional de cuidado respecto del funcionario y los vehículos pertenecientes al Estado en la configuración del delito. En este sentido, estos deberes positivos no solo consisten en no “dañar” a la Administración pública como bien jurídico, sino también de acrecentar su buen funcionamiento (f.2-3).

Así pues, el jurista Arbulú Martínez (2021) explica que el bien jurídico de este delito, más allá del correcto funcionamiento de la Administración pública es el uso y cuidado adecuado de los bienes de la entidad pública- vehículos, maquinarias e instrumentos de trabajo- para las finalidades preestablecidas (p. 206).

La doctrina comparada, ha establecido que en este delito lo esencial no es el detrimento patrimonial sino el detrimento al correcto funcionamiento de la Administración Pública, por ello para la configuración del delito es suficiente el choque contra el normal desenvolvimiento de la Administración pública y no que la utilización ilegal del bien haya producido un menoscabo material o funcional (Martínez Huamán, 2022, p.337).

Siendo de esta manera, el abuso de funciones públicas por el uso de un bien del Estado es el elemento más importante para la configuración de este delito, el cual ocurre cuando el sujeto público usa indebidamente o permite que otro use los bienes del Estado, que conlleva un manifiesto abuso de poder en beneficio propio o de terceros con su asentimiento, ya que al ser usados los bienes fuera de la órbita funcional se sale del marco legal y decae en lo arbitrario para valerse en exceso de los bienes o del patrimonio del Estado (Martínez Huamán, 2022, p.337).

### ***2.3.5 La exención de responsabilidad penal por peculado de valores mínimos ¿corresponde imponer sanción penal?***

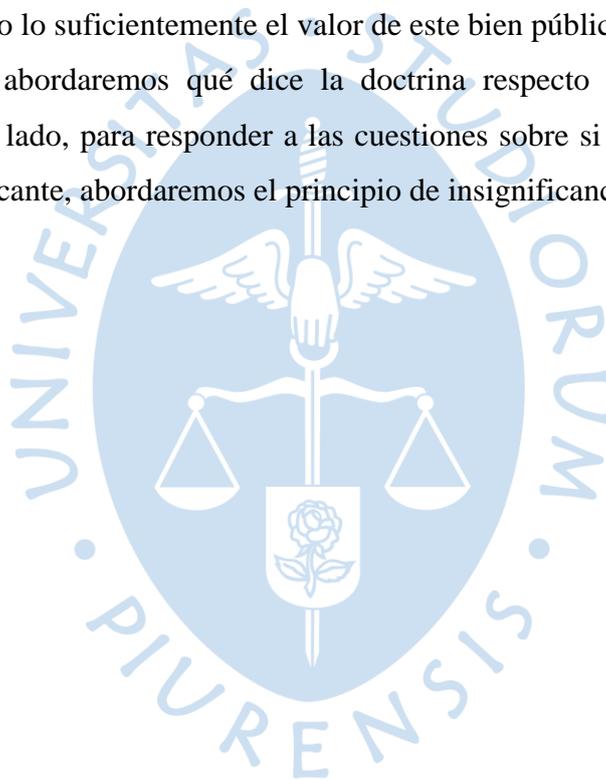
De lo expuesto, hemos podido observar que el tipo delictivo del delito de peculado versa sobre la violación de los deberes funcionales que tiene el funcionario público sobre los bienes patrimoniales que administra, custodia o percibe y sobre el quebrantamiento del rol asignado al sujeto público en razón de su cargo, que nos permitirá determinar la tipicidad penal y la responsabilidad penal ante la presunta comisión de este delito.

No obstante, el operador jurídico nos indicaría que el detrimento patrimonial tiene que ser cuantificable para que la conducta sea relevante penalmente, según se aprecia porque las apropiaciones de montos mínimos generan una lesividad insuficiente que no ameritan la puesta en marcha del órgano jurisdiccional, en base al principio de mínima intervención penal.

Esto es, el Ad Quem básicamente nos ha señalado que hay otros mecanismos para poder sancionar estas conductas y que no tenemos que recurrir a la vía del Derecho penal, ya que también existen vías administrativas para poder sancionar esas conductas, no obstante, bajo esa lógica el bien jurídico protegido solo sería el patrimonio del Estado sin el correcto funcionamiento de la Administración pública por la defraudación de los deberes institucionalmente protegidos (los deberes de cuidado y gestión de los caudales y efectos públicos que tiene el funcionario público en razón de su cargo y los deberes funcionales de probidad y fidelidad con la cosa pública).

Todo ello nos pone en un debate de qué estamos hablando en el peculado, de un delito pluriofensivo o solamente de un delito que está protegiendo el patrimonio estatal, finalmente nos lleva al punto de que la Corte suprema nos indicaría que toda afectación al patrimonio tiene que ser cuantificable para determinar si en efecto tiene que ser conocido por la vía penal.

Por lo tanto, ulteriormente, nos interesará cuestionarnos por la solución adecuada, si corresponde imponer o no el castigo penal (esto último es lo que hace nuestra Corte Suprema) para responder a esta pregunta de manera preliminar veremos casos judiciales en donde en virtud del principio de no intervención penal se determina la no acción penal de la conducta por la escasa valoración patrimonial de los caudales o efectos públicos apropiados o utilizados (peculado doloso) o porque el uso indebido de instrumentos de trabajo de la Administración pública no ha mermado lo suficientemente el valor de este bien público (peculado de uso). Así pues, posteriormente abordaremos qué dice la doctrina respecto al principio de mínima intervención; por otro lado, para responder a las cuestiones sobre si estas conductas denotan una lesividad insignificante, abordaremos el principio de insignificancia penal.



## Capítulo 3

### Resoluciones de la Corte Suprema sobre el delito de peculado

En el presente capítulo, veremos que reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema, requiere que en el delito de peculado la apropiación o utilización de efectos o bienes públicos sea de un monto considerable para que tenga relevancia penal.

Ello debido a que, el operador jurídico declara la atipicidad de la conducta y/o exime responsabilidad penal cuando las apropiaciones o utilizaciones de los caudales o bienes públicos tienen una valoración patrimonial mínima, señalándose que estas conductas no resultan trascendentes para el ejercicio de la acción penal debido a que no han causado un perjuicio en el patrimonio del Estado, esto en aplicación del principio de mínima intervención penal.

Por lo cual, observaremos si este desarrollo de los tribunales se basa principalmente en la valoración de la cuantía patrimonial del caudal público apropiado o bien público usado, situación que además de contrastar con la naturaleza propia del delito de peculado, en cuanto delito especial de infracción del deber, hace frente al especial contexto político-criminal que rige en nuestro país en los delitos funcionariales que, con independencia de la cuantía, busca reprimir severamente a los funcionarios públicos por cometer actos de corrupción.

#### 3.1 Resoluciones judiciales por peculado de uso

##### 3.1.1 *Recurso de Nulidad N° 1883-2012-Junín*

Por medio del presente recurso, de fecha 5 de marzo de 2013, la Corte Suprema de Justicia de la República confirma la sentencia de fecha 20 de marzo de 2012 que absuelve al señor Carmen Núñez por la presunta comisión del delito de peculado de uso, en agravio de la Dirección Regional de Agricultura.

Mediante acusación fiscal, al señor Carmen Núñez se le imputa que, en su condición de servidor de la Dirección regional de Junín, con fecha 13 de setiembre de 2004, utilizó la motocicleta asignada por esta entidad al margen del servicio asignado (reparto de notas de prensa) para movilizarse al hospital “El Carmen” con la finalidad de visitar a un familiar; siendo que, al salir del Hospital, la moto fue hurtada.

Esto es, la motocicleta del funcionario público fue hurtada con fecha 13 de setiembre de 2004 y fue devuelta por el acusado con su peculio con fecha 16 de julio de 2008, después de 3 años, 10 meses y 3 días.

En este caso el Juzgado Supremo mediante el fundamento cuarto señala que, si bien el imputado utilizó la motocicleta al margen de la función encomendada para trasladarse a un lugar distinto del estipulado por la orden de servicio, este hecho no es relevante penalmente y que por su insignificancia carece de contenido típico, ello debido a que no se apropió de la motocicleta- la cual fue sustraída-, devolvió una motocicleta similar con su propio peculio y porque, por la forma y circunstancias de uso de la motocicleta, no se pretendió abusar delictivamente del bien público.

Por lo que, el Ad Quem en aplicación del principio de mínima intervención penal y del carácter fragmentario del Derecho penal concluye que, en el presente caso no se presenta una vulneración lesiva del bien jurídico protegido y; la conducta carece de entidad relevante, debido a que más allá de haber dado como resultado la sustracción de la motocicleta, luego esta se repuso.

### **3.1.2 Recurso de nulidad N° 3004-2012- Cajamarca**

Por medio del presente recurso, la Corte Suprema con fecha 13 de febrero de 2014, absuelve al encausado Alejandro Douglas Mora Chávez de la sentencia del 6 de julio de 2012, que lo condenó a dos años de pena privativa de libertad suspendida por el período de un año como autor del delito de peculado de uso en agravio de la Municipalidad Distrital de Yonan-Tembladera.

En la acusación fiscal, al señor Mori Chávez se le imputa que durante su gestión como alcalde de la Municipalidad de Yonán-Tembladera, indebidamente trasladó la línea telefónica de la entidad edil y efectuó llamadas telefónicas de carácter personal a los países de Argentina e Italia, durante los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2002, situación que conllevó a que al Municipio le restrinjan el servicio telefónico.

En este caso, a través del fundamento cuarto, se señala que, en aplicación del principio de mínima intervención penal, la facultad sancionadora criminal reduce su intervención a lo estrictamente necesario en términos de utilidad social general, por lo que, carece de sentido la intervención del Derecho Penal cuando existe la posibilidad de utilizar otros instrumentos jurídicos no penales.

En ese sentido, mediante fundamento sexto se establece que la conducta del imputado, no alcanzaría el nivel de una conducta típica porque no es un comportamiento que exprese el significado de una relevancia social, o que produzca una perturbación social en el sentido objetivo.

Siendo así, el Ad Quem mediante el fundamento sétimo, precisa que pese a configurarse el comportamiento contrario a la norma- el funcionario público usa la línea telefónica de una institución pública para fines personales- esta conducta no tiene la trascendencia necesaria para ser susceptible de sanción penal, ya que el Derecho penal está reservado para las conductas sumamente reprochables.

### **3.1.3 Recurso de Nulidad N° 1297-2012-Ica**

Por medio del presente recurso, la Corte Suprema de la República, confirma la sentencia de fecha 29 de febrero de 2012, que condenó al señor Mariano Ausberto Nacimiento Quispe en calidad de autor y al señor Marcelino Bibiano Cari Flores en calidad de cómplice primario del delito de peculado de uso, imponiéndoles a cada uno de ellos un año de pena privativa de libertad suspendida en base a los siguientes fundamentos:

El Ad Quem mediante el fundamento 3.2 señala que encuentra acreditado que el señor Nacimiento Quispe, en su calidad de alcalde de la Municipalidad Distrital de Ica- desde el año 2007 hasta el año 2012- habría dispuesto en distintas oportunidades del vehículo de placa PF- 5194 de la Municipalidad Provincial de Ica para que el señor Cari Flores-en calidad de cómplice primario- recoja y traslade a los menores hijos del alcalde desde el colegio “San Vicente de Ica” hacia su domicilio.

Asimismo, de acuerdo al fundamento 3.3 se dispone que se encuentra acreditado que el coimputado Marcelino Bibiano Cari Flores, se desempeñaba en el Área de Logística de la Municipalidad Provincial de Ica, habiéndosele asignado el mencionado vehículo para cumplir únicamente con el traslado del personal y toda salida debía estar relacionada con labores de la comuna.

Siendo así, mediante el fundamento 3.5 se determina la responsabilidad penal de los investigados a través de los medios de prueba actuados en el proceso penal (copia legalizada de constatación policial, ocurrencia de calle común N° 708, manifestación del Sub Oficial Manuel Schrader Romero, etc.) los cuales han permitido crear la convicción de culpabilidad.

Finalmente, mediante el fundamento 3.4 el operador jurídico señala que se encuentra acreditado que el vehículo de placa de rodaje era PF- 5194 era un bien de la Municipalidad Provincial de Ica que fue entregado al alcalde únicamente para la realización de actividades funcionariales a favor de la entidad edil, situación que debía ser de conocimiento del imputado, máxime si el imputado era funcionario público en dicho municipio.

### **3.2 La posición jurisprudencial en el delito de peculado de uso**

Todas las sentencias presentadas son respecto a conductas en las que se ha comprobado que el funcionario público utilizó los instrumentos de trabajo que tenía a su cargo para fines ajenos al servicio público.

En los dos primeros casos, el operador jurídico reconoce que el comportamiento contrario a la norma se configuró, no obstante, en aplicación del principio de mínima intervención penal absuelve a los encausados al no tener la conducta en sí, la suficiente entidad lesiva para hacer funcionar todo el aparato punitivo estatal.

Siendo de este modo, se declara la atipicidad de las conductas debido a que solo las conductas que expresan el significado de una relevancia socialmente dañosa en sentido objetivo alcanzan el nivel de una conducta típica, caso contrario las imputaciones jurídico-penales no reflejarían las expectativas normativas de una sociedad por una genuina protección penal.

Consecuentemente, el operador jurídico dispone que estas conductas no producen una “perturbación social” que habiliten la actuación del Derecho penal. Por lo que, en estos casos la intervención penal no tiene sentido si existe algún otro tipo de castigo que refleje un “mal menor”, por ejemplo, las sanciones administrativas.

Por su parte, del tercer caso -Recurso de nulidad N° 1297-1012-ICA- se puede apreciar que la Corte Suprema dicta una sentencia suspendida de un año a los encausados por el uso de un vehículo de la entidad pública para fines personales, tras acreditarse que los imputados al momento de ocurridos los hechos, mantenían un vínculo laboral con la entidad pública y por lo tanto tenían la calidad de servidor público.

Asimismo, se determina su responsabilidad penal porque en su calidad de funcionarios públicos debían tener conocimiento de su ilícito accionar. Respecto al encausado Cari Flores se señala que este laboraba allí desde el 1 de enero del 2007 hasta el 20 de mayo de 2009 en que se constataron los hechos ilícitos, esto es durante 2 años, 4 meses y 19 días por lo que no se puede alegar el desconocimiento de su ilícito actuar.

De igual manera, la responsabilidad penal se impone porque se acredita que el vehículo era un bien de la Administración pública, el cual fue entregado al funcionario público para la realización de actividades funcionariales. En ese sentido, el vehículo de la entidad pública debía ser utilizado únicamente para actividades funcionariales a favor de la entidad pública.

Finalmente, respecto a la determinación de la pena prevista en el artículo 45 y 46 del Código Penal, se establece que la imposición de un año de pena privativa de libertad suspendida cumple con los requisitos del artículo 57° del Código Penal, ya que el delito de peculado de uso contempla una sanción penal no superior a los cuatro años. Además, de la naturaleza del hecho y la personalidad del agente se prevé que no se cometerá nuevamente el delito y que el agente no tiene la condición de reincidente a habitual.

De lo expuesto es posible concluir que la imposición de la responsabilidad penal, no se encuentra en la realización o no de la conducta contraria a la norma por peculado de uso, sino en la valoración económica que tiene el bien y la cantidad de veces que fue empleado para fines particulares. En este caso, se considera que el uso de un vehículo de la Administración si merece reproche penal.

A continuación, en la Tabla 3.1 se presenta la valoración jurisprudencial de la relevancia penal en casos en los que encontró comprobado que el funcionario público utilizó los instrumentos de trabajo que tenía a su cargo, para fines ajenos al servicio público.

**Tabla 3.1** *Comparativo de valoración de la relevancia penal en casos de peculado de uso*

Sentencias	Valoración jurisprudencial	Conducta imputada
Recurso de Nulidad N° 1883-2012-Junín	No meritorio de la acción penal	Uso de motocicleta del estado al margen de la función encomendada
Recurso de Nulidad N° 3004-2012-Cajamarca	No meritorio de la acción penal	Uso de línea telefónica de entidad pública para fines personales
Recurso de Nulidad N° 1297-2012-Ica	Sí meritorio de la sanción penal	Uso de camioneta para fines ajenos al servicio público

*Nota.* La relevancia penal se encuentra en la valoración patrimonial del instrumento de trabajo empleado por el funcionario público para fines ajenos al servicio público.

### **3.3 Respecto a la determinación de la responsabilidad penal en el delito de peculado de uso**

En los casos presentados, se puede apreciar que el operador jurídico determina que sí se encuentra acreditada la responsabilidad penal en base a la valoración patrimonial que tiene un bien público, como lo tiene una camioneta a diferencia de una motocicleta o línea telefónica que se consideran insignificantes para el Derecho penal.

Además, del caso “uso de camioneta para fines ajenos al servicio público” que corresponde al Recurso de Nulidad N° 1297-2012-Ica se puede apreciar que el operador jurídico valora si el bien público ha sido empleado para fines ajenos al servicio público en reiteradas oportunidades. En esa misma línea tenemos que en el caso sobre “uso de

motocicleta para fines ajenos al servicio público” se determinó que, por la forma y circunstancias de su comisión (haber utilizado el vehículo menor en una sola oportunidad para llevar medicamento a un familiar) el hecho carece de contenido típico y es insignificante.

En consecuencia, la Corte Suprema además de la acreditación de los elementos constitutivos para la configuración del tipo penal de peculado de uso previsto en el artículo 388° del Código Penal (cualidad del agente, verificación de que el bien sea de propiedad de la Administración pública y del cumplimiento del deber de haberlo utilizado únicamente para las actividades funcionariales a favor de la Administración pública) para la imposición de la sanción penal se determina el perjuicio patrimonial que produce el uso de determinados bienes de la Administración pública, por ello se señala que la prueba debe orientarse a determinar el desbalance respecto de los bienes que en su momento le fueron confiados con motivo de su gestión, ya que su uso indebido merma su valor para los fines que ha sido dispuesto por el Estado.

Por tal motivo, nos cuestionamos por la determinación del menoscabo de un bien, bajo este contexto si el funcionario público utiliza para fines ajenos una moto un par de días, ¿afectará demasiado el valor?, en igual sentido si se utiliza una línea telefónica, ¿mermará su valor?, estas cuestiones nos permiten concluir que en esta modalidad de peculado para la sanción penal no es determinante el perjuicio que cause al Estado el uso indebido del bien público, sino que el funcionario público por su cualidad de sujeto público y por su deber especial de cautela de los bienes públicos que ejerce en razón de su cargo no tenga que estar utilizando los bienes públicos dispuestos en el ejercicio de su trabajo para realizar funciones distintas a las encomendadas.

### **3.4 Resoluciones judiciales de peculado por apropiación**

#### **3.4.1 *Auto de Vista N° 09-2015-1***

En el presente Auto de vista, de fecha 14 de marzo de 2016 la Corte Suprema de Justicia de la República desestimó los recursos de apelación interpuestos por el representante del Ministerio Público y el representante de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de corrupción, contra la resolución de fecha 5 de febrero de 2016 que declaró fundada la excepción de improcedencia de acción formulada por la investigada Eva Giselle García León, por el delito de peculado por apropiación.

Por disposición fiscal se le atribuye a la señora García León que, en su condición de Procuradora Pública del Ministerio de Energía y Minas se habría apropiado de la suma de S/ 133 soles (ciento treinta y tres soles) dinero correspondiente a la caja chica de la Procuraduría del Ministerio de Energía y Minas consignando en los comprobantes de egresos importes mayores de dinero en los gastos de movilidad del practica preprofesional Manuel Alfonso Aparicio Gutiérrez.

En este caso, la instancia suprema mediante el fundamento 3.2.3 señala que el principio de mínima intervención penal como principio rector del Derecho penal exige la intervención penal solo cuando el ilícito ocasionado tiene una gravedad especial tal que afecte el normal desarrollo de la sociedad. Por tanto, el Derecho penal no puede intervenir en ilícitos menores que puedan ser resueltos por otros mecanismos legales.

Siendo de esta manera, continuando en el mencionado fundamento, se afirma que resulta viable la excepción de improcedencia de acción ya que si la conducta atribuida no merece ser sancionada penalmente carece de relevancia proseguir con el desarrollo innecesario de un proceso penal, más aún si existen otras vías alternas que lesionan en menor grado los derechos del ciudadano.

Respecto al cuestionamiento del Ministerio Público sobre los alcances de la procedencia de la excepción de improcedencia de acción, en relación a la presunta insignificancia de la lesividad de la conducta imputada a través del fundamento 3.4.1 se dispone que, pese a que la conducta atribuida se pueda configurar en el tipo penal imputado, carece de trascendencia social a efectos de imponerse una pena, a fin de evitar el desarrollo innecesario del proceso penal, más aún si existen otras vías procedimentales que pueden satisfacer de la misma manera el conflicto existente.

En relación al cuestionamiento de que la condición de funcionaria pública hace constituir la conducta de relevancia social, más aún si también cometió el delito de falsificación de documentos se señala que, en aplicación del principio de mínima intervención penal, aunque la investigada tenía el cargo de Procuradora Pública del Ministerio de Energía y Minas, este obrar ilícito respecto al delito de peculado doloso no tiene la suficiente entidad para poner en marcha el ordenamiento jurídico-penal.

Respecto a la infracción del deber de custodia del dinero destinado a los gastos menores de la entidad pública, que vulnera los deberes funcionales de lealtad y probidad de los funcionarios públicos. El Ad Quem dispone que, en atención al principio de última ratio, esta vulneración de los deberes funcionales no es trascendente para el ejercicio de la acción penal ya que no se ha producido una lesión significativa del bien jurídico tutelado.

Por último, ante el cuestionamiento de no haberse meritado que nuestro país es parte integrante de la Convención de las Naciones Unidas y de la Convención Interamericana contra la Corrupción, según los cuales no es necesario que los delitos enunciados ocasionen un detrimento patrimonial al Estado, el operador jurídico establece que no se ha presentado una vulneración sustancial al bien jurídico protegido por el Estado.

De igual manera, continuando en esta línea argumental, la instancia suprema dispone que, de acuerdo al inciso 2) del artículo 3° de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, la presente convención que dispone que no es necesario que los delitos enunciados – entre los cuales se encuentra el delito de peculado- produzcan un daño o perjuicio patrimonial al Estado, es aplicable siempre que no contenga una disposición en contrario.

#### **3.4.2 Recurso de Nulidad N° 3855-2011-Puno**

De conformidad con el Recurso de Nulidad N° 3855-2011-Puno, de fecha 24 de enero de 2013, la Corte Suprema confirmó la sentencia de fecha 26 de agosto de 2011 que condenó al señor Juan Fernández Aguilar como coautor del delito contra la Administración pública en la modalidad de peculado doloso por apropiación de caudales en agravio del Estado- Municipalidad Distrital de Antauta, a tres años de pena suspendida en su ejecución por el plazo de un año.

En la acusación fiscal se le imputa al señor Fernández Aguilar que, con fecha 29 de octubre de 2008, en su condición de almacenero de la Municipalidad Distrital de Antauta sustrajo y en concertación de voluntades con su coimputado Ángel Rosendo Díaz Llahuanco , una vez culminadas sus labores diarias las obras de construcción haciendo uso de un volquete conducido por el conocido con el apellido de “Huallpartupa”, sustrajeron y se apropiaron de los siguientes materiales de construcción: a) 200 bolsas de cemento de marca “Rumi”, b) 16 bolsas de yeso de 25 kilos cada una, c) 47 tablas de madera d) 3 rollos de alambro que hacen un peso total de 180 kg, e) una carretilla y f) una barreta de acero, los cuales fueron trasladados al domicilio de Díaz Llahuanco en el que fueron posteriormente hallados.

En este caso, el Ad Quem resolvió negativamente el recurso presentado por el encausado, debido a que conforme el fundamento sétimo del Acuerdo plenario N° 4-2005/CJ-116, se encuentran acreditados los siguientes elementos materiales del tipo penal: a) la existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales o efectos, b) la percepción, administración o custodia de caudales o efectos públicos de procedencia lícita, c) la apropiación que consiste en hacer suyos los caudales o efectos del Estado, d) el destinatario, que puede ser para sí o para otro, e) los caudales o efectos, entendidos como bienes en general de contenido económico incluido el dinero y aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los valores negociables respectivamente.

Asimismo, la instancia suprema arguye que el perjuicio económico ocasionado a la municipalidad agraviada se encuentra acreditado mediante el informe pericial de fj. 658-660 conforme al cual el precio de los bienes materia de sustracción y apoderamiento, asciende a la suma de S/ 5 984.00 soles (cinco mil novecientos ochenta y cuatro nuevos soles), que fueron recuperados como se advierte de las actas de entrega y recojo de fj. 22 y 23.

Finalmente, continuándose en esta línea argumental, se expresa la correspondencia entre el injusto cometido y la pena impuesta, por cuanto el señor Fernández Aguilar con su conducta quebrantó el deber de fidelidad y probidad para con los bienes públicos, la misma que es desvalorada por nuestro ordenamiento jurídico.

### **3.5 La posición jurisprudencial en el delito de peculado por apropiación**

De la revisión de estas sentencias, se puede apreciar que el funcionario público realiza la conducta prevista en el artículo 387° del Código Penal ya que, en ejercicio de su cargo se apropió para sí o para otro de los caudales o efectos públicos sobre los cuales tenía el deber de custodia o gestión.

En el Auto de Vista N° 09-2015-1, la instancia suprema establece que el hecho de que la funcionaria pública se haya apropiado de la cantidad de S/ 133 soles de la caja chica de la entidad pública no lesionan lo suficientemente el bien jurídico protegido sin precisarse cuál es este bien jurídico. Por ello, se declara procedente la excepción de improcedencia de la acción penal, al no ser necesaria la puesta en marcha del aparato punitivo estatal.

Siendo de esta manera, en aplicación del principio de mínima intervención penal, aunque se encuentre comprobado la calidad del funcionario público, el obrar ilícito en ejercicio del cargo y la vulneración de los deberes institucionales, se exime de responsabilidad penal porque la conducta de apropiación de S/ 133 soles por parte de un funcionario público, no devela un perjuicio patrimonial al Estado.

De igual manera, se justifica el apartamiento a lo dispuesto en las Convenciones Internacionales ya que según el inciso 2) del artículo 3) de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción se dispone: “salvo disposición en contrario del ordenamiento jurídico, no es necesario que los delitos funcionariales enunciados- entre los cuales se encuentra el peculado- produzcan un detrimento patrimonial al Estado”. No obstante, conforme hemos visto el tipo penal del delito de peculado previsto en nuestro ordenamiento jurídico no requiere para su configuración que el caudal o efecto público tenga un determinado valor a partir del cual pueda ser considerado que se produce un perjuicio al patrimonio del Estado.

Por otro lado, del Recurso de Nulidad N° 3855-2011 de fecha 24 de enero de 2013 que condena al señor Fernández Aguilar a tres de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de un año, podemos observar que la responsabilidad penal se impone tras la acreditación del perjuicio económico ocasionado a la entidad pública, que en el caso en concreto asciende a la suma de S/ 5 984.00 soles (cinco mil novecientos ochenta y cuatro nuevos soles), pese a haber sido posteriormente recuperados como se advierte de las actas de entrega y recojo de fj. 22 y 23.

Además de haberse acreditado los elementos materiales del tipo penal, establecidos mediante el fundamento sétimo del Acuerdo plenario N° 4-2005/ CJ-116: a) la existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales o efectos, b) la percepción, administración o custodia de caudales o efectos públicos de procedencia lícita, c) la apropiación que consiste en hacer suyos los caudales o efectos del Estado, d) el destinatario, que puede ser para sí o para otro, e) los caudales o efectos, entendidos como bienes en general de contenido económico incluido el dinero y aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los valores negociables respectivamente.

Por lo cual, estando a los argumentos esgrimidos, de la revisión de estas dos sentencias se puede concluir que la relevancia penal de la conducta que amerita la puesta en marcha y sanción penal se encuentra principalmente en el monto al cual asciende lo apropiado por el funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

### **3.6 Respecto a la determinación de la responsabilidad penal en el delito de peculado por apropiación**

En la determinación de la responsabilidad penal en el delito de peculado por apropiación el operador jurídico exige que la conducta tenga una relevancia penal por el valor patrimonial de los caudales o efectos públicos apropiados por el funcionario o servidor público en ejercicio de su cargo.

Que, aún a pesar de que en ambos casos se comprobara la existencia de una relación funcional; que el funcionario público tenía un poder de vigilancia y control sobre los caudales o efectos que se había apropiado, los cuales habían sido separados de la esfera de la Administración pública y de haberse colocado en situación de disponer de los mismos, para sí o para otro, el operador jurídico para imponer la sanción penal exige además de la infracción del deber que el caudal o efecto público apropiado verse sobre un monto de cuantía considerable.

Sin embargo, de la revisión de esta modalidad de peculado prevista en el artículo 387° de la norma sustantiva, se puede observar que el tipo penal no contiene un determinado valor pecuniario a partir del cual se pueda configurar la conducta ilícita del funcionario público que, en ejercicio de su cargo, se apropia o utiliza de los caudales o efectos públicos que percibe, administra o custodia.

La tipicidad penal de la conducta se determina en estricto cumplimiento del Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116, conforme al cual los elementos materiales del delito de peculado son los siguientes:

a) la existencia de la relación funcional entre el sujeto activo y los caudales o efectos públicos, b) la percepción, administración o custodia de los caudales o efectos públicos, c) la acreditación de la conducta imputada apropiación que consisten en hacer suyos los caudales del Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración pública y colocándose en situación de disponer de ellos. La utilización que consiste en aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin que sea necesario tener por propósito final el apoderarse para sí o para un tercero (Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, 2005, f.3)

De lo expuesto, es posible concluir que la valoración del caudal o efecto público apropiado o utilizado es en base a la cual se declara la atipicidad penal y la no sanción penal, únicamente porque estas conductas no lesionarían lo suficientemente el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración pública, pese a encontrarnos frente a un delito funcional que se configura por la modalidad comisiva de la infracción del deber del funcionario público y no por la posición de dominio que tiene el funcionario público respecto a los caudales o efectos públicos.

En la Tabla 3.2 se presenta la valoración jurisprudencial de la relevancia penal en casos en los que se encontró comprobado que el funcionario público en ejercicio de su cargo se apropió de caudales o efectos públicos.

**Tabla 3.2** *Comparativo de valoración de la relevancia penal en casos de peculado por apropiación*

Sentencias	Conducta imputada	Valoración jurisprudencial
Auto de Vista N° 09-2015-1	Funcionario público se apropia de S/ 133 soles de la caja chica de la entidad pública.	No meritorio de la acción penal
Recurso de Nulidad N° 3855-2011-Puno	Funcionario público se apropia de materiales de construcción valorizados en S/ 5 984.00 soles	Sí meritorio de la sanción penal

*Nota.* La relevancia penal se encuentra en la valoración patrimonial del caudal o efecto público apropiado por el funcionario público.



## Capítulo 4

### Los principios de mínima intervención penal e insignificancia penal

A continuación, nos propondremos analizar los principios de mínima intervención e insignificancia penal para definir con exactitud sus principales ideas base que nos coadyuvará en la determinación de su aplicación en la solución de casos del delito de peculado de valores mínimos.

#### 4.1 El Principio de Mínima Intervención Penal

##### 4.1.1 *Conceptualización y determinación del principio de mínima intervención penal*

En palabras de Castillo Alva (2004) el Derecho penal es la rama del ordenamiento jurídico que alberga las sanciones más graves, su empleo no puede ser indiscriminado, permanente y sin limitaciones, por tanto, se acude a él ante la falta de otros medios menos lesivos (p. 210).

Siendo así, Muñoz Conde (1975) señala que las potestades punitivas del Estado se rigen por el principio de intervención mínima, ya que el Derecho penal interviene solamente ante los ataques gravosos de “los bienes jurídicos más importantes, pues las perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del ordenamiento jurídico” (p.107). En otras palabras, el Derecho penal se ocupa únicamente de proteger los bienes jurídicos de mayor importancia para la sociedad.

Continuando en esta línea argumental Silva Sánchez (1992) señala que el principio de intervención mínima “expresa la idea de que el Derecho penal reduce su intervención a aquello que sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general” (p.246), debido a que la sanción penal se admite ante la ausencia de otros medios extrapenales menos lesivos.

De los casos presentados, hemos podido apreciar que la jurisprudencia asume de manera uniforme que el principio de mínima intervención penal limita el ejercicio de la potestad punitiva que debe operar cuando fallan las demás alternativas de control, ya que la intervención penal no tiene justificación si es posible emplear otros medios jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico.

Por su parte, la doctrina penal ha indicado que el principio de mínima intervención penal se encuentra integrado por los siguientes subprincipios: a) Principio de Fragmentariedad del Derecho Penal, b) Principio de Subsidiariedad (última ratio) (Martos Nuñez, 1985, p.101).

**4.1.1.1 El subprincipio de Fragmentariedad del Derecho Penal.** El autor Martos Nuñez (1985) citando a Polaino Navarrete, sostiene que el carácter fragmentario del Derecho penal supone que “lo que le conviene a la sociedad sancionar penalmente debe efectuarse por la vía de la comprobación de los bienes y valores susceptibles y requeridos de la tutela penal” (p.102).

Que, el principio de fragmentariedad penal, se encuentra englobado por el principio de proporcionalidad penal o prohibición de exceso, según el cual se limita o racionaliza la intervención penal<sup>13</sup>, a efectos de que las consecuencias derivadas de un delito y la conminación penal, sean razonables y no excesivas para que se puedan garantizar los derechos del ciudadano (Martos Nuñez, 1985, p.116).

En esta medida, el autor en referencia señala que el carácter fragmentario del Derecho penal afecta fundamentalmente al proceso de selección de los bienes jurídicos esenciales de la sociedad, frente a los ataques más graves cometidos contra ella (p.108).

En definitiva, podemos comprobar la fragmentariedad del Derecho penal con el siguiente ejemplo: si bien el Derecho penal tutela el bien jurídico “patrimonio”, del conjunto de conductas que lesionan este bien jurídico, solo ha seleccionado un fragmento de conductas más graves para que constituyan delitos, en ese sentido, son delitos el hurto o robo y no, el incumplimiento de una obligación patrimonial entre particulares.

**4.1.1.2 El subprincipio de Subsidiariedad (Última Ratio) del Derecho Penal.** La subsidiariedad de las disposiciones jurídico- penales se encontrará determinada por las exigencias constitucionales inherentes a un Estado Social y Democrático de Derecho porque el Derecho Penal se funda en la soberanía popular y regula determinadas representaciones ético-sociales de valor de la comunidad jurídica (Martos Nuñez, 1985, p. 111).

Que, la intervención penal no debe ser entendida como la consecuencia lógica de un derecho subjetivo del Estado a castigar “per se”, sino la asunción de una potestad legitimada democráticamente ya que la intervención penal se encuentra justificada si así lo reclama la estructura normativa de Estado social y democrático de Derecho (Martos Nuñez, 1985, p.111).

---

<sup>13</sup> Siendo de esta manera, acorde a ese principio el Derecho penal no defiende todos los bienes esenciales en los cuales se encuentran interesados el conjunto de ciudadanos, puesto que las ofensas a los bienes se castigan con intensidad desigual y de modo fragmentario.

La pena es un mal irreversible por lo cual, el Derecho Penal interviene exclusivamente frente al fracaso de otros medios de control para salvaguardar el buen desarrollo de la sociedad y se constituye en un límite material o garantía penal del ejercicio de la potestad punitiva del estado (Martos Muñoz, 1985, p.113).

Por tal motivo, el Derecho Penal solo puede limitar la libertad de los hombres y los pueblos cuando ello sea necesario para la protección del Estado social y democrático de Derecho en el que se ha constituido la nación, ya que el primer valor superior en nuestro ordenamiento constitucional es la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como fin supremo de la sociedad y el Estado.

## **4.2 El Principio de Mínima Intervención en el Derecho Comparado**

### **4.2.1 *En España***

La doctrina española señala que el principio de mínima intervención penal tiene dos vertientes: una externa, que analiza si existen medidas alternas y menos gravosas al Derecho penal que pueden evitar los conflictos sociales de manera exitosa como las medidas educativas, de política social, sanciones civiles, administrativas, etc.; y una interna, que analiza cuál de entre las opciones disponibles arroja un saldo coste-beneficio más favorable (Fernández Cabrera, 2019, p.18).

En tal sentido, se sostiene que el éxito del Derecho Penal se encuentra en el grado de cumplimiento de los fines de la pena, especialmente el de la prevención por medio de la disuasión de los comportamientos lesivos para el bien jurídico por ello en caso de conflicto social debe realizarse un previo examen de idoneidad pues ello determina el medio de control más eficaz.

De igual manera, continuando con la autora en referencia, las absoluciones penales fundadas en este principio merecen una crítica dogmática, debido a que el legislador se ocupa del principio de última ratio o mínima intervención penal en la decisión de opciones de política criminal. Mientras que, el juez comprueba la significatividad del ataque, es decir comprueba la tipicidad de la conducta, cuyo margen de discreción se encuentra delimitado por el principio de legalidad.

La falta de lesividad del ataque al bien jurídico que permite sostener la atipicidad penal de conducta es determinada por el juez por medio de argumentos que versan sobre la ausencia de nocividad de la conducta hacia el bien jurídico (Fernández Cabrera, 2019, p.23-24).

#### 4.2.2 *En Chile*

De acuerdo con la doctrina chilena el principio de última ratio tiene bases eminentemente utilitaristas: mayor bienestar con un menor costo social. El Derecho penal interviene sólo cuando sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general. No obstante, la problemática surge en la determinación del contenido material para valorarlo como un criterio orientador de legitimación del derecho penal (Carnevali Rodríguez, 2012, p.2).

Respecto a lo cual, este autor ahora citando a Hassemer señala que el fin esencial del Derecho Penal, como medio de control social formalizado es inhibir la comisión de delitos, por un lado, previniendo la comisión de delitos y, por otro lado, reducir la violencia que tiene lugar dentro de ella (impedir la llamada “justicia de propia mano”). Esto es, al Derecho penal también le corresponde determinar en qué casos no debe intervenir, como también precisar cuándo debe reducir la violencia estatal que va implícita en su ejercicio.

No obstante, esta “naturaleza secundaria del derecho penal es una exigencia político-jurídica dirigida al legislador”, el que acorde al principio de proporcionalidad, “debe hacer un uso prudente y mesurado de este medio” (Carnevali Rodríguez, 2012, p.3).

Bajo tales consideraciones, se afirma que para establecer cuándo nos encontramos frente a un bien jurídico protegible penalmente, es esencial tener en consideración cuestiones referidas al merecimiento de la pena y la necesidad de la pena. El merecimiento de la pena se basa en razones de justicia, que comportan individualizar y sopesar como realidades especialmente significativas a aquellas conductas que tienen un importante arraigo en la conciencia social.

Por su parte, la necesidad de pena determinada por razones de utilidad significa que el Derecho Penal sanciona aquellas conductas que vulneran un bien jurídico merecedor de pena que no puede ser protegido por otros medios menos lesivos.

En definitiva, en la selección de los medios estatales de poder, el Derecho penal “debe encontrarse en último lugar y adquirir actualidad solo cuando ello fuere indispensable para mantener la paz social” (Carnevali Rodríguez, 2012, p.10), la justicia y utilidad le es exigible al legislador de acuerdo al contexto jurídico, político y cultural común.

### 4.2.3 *En Colombia*

En el ordenamiento jurídico colombiano, el autor Montañez Ruiz (2010) afirma que Derecho penal mínimo es el “fundamento necesario de la legitimidad sustancial del ordenamiento, porque efectúa las decisiones bajo el respeto de las garantías penales, con lo cual se alude al principio sobre el cual se erige el derecho penal por antonomasia: principio de legalidad” (p.292).

Siendo así, el mencionado autor haciendo referencia a la escuela de Frankfurt encabezada por Hassemer, defensor del Estado liberal, pronunciándose respecto al principio de intervención mínima dice lo siguiente:

“(…) se considera ineludibles los principios del Estado de derecho, vulnerados por la excesiva intervención punitiva, como por el adelantamiento en las barreras de punición para la protección de bienes jurídicos diversos a los propios del modelo de bienes nucleares de una sociedad liberal” (p.293).

Por su parte, la jurisprudencia colombiana considerando que el legislador siempre se va a limitar al respeto de las garantías constitucionales mediante sentencia C-198/97, fundamento tercero, respecto al derecho penal mínimo, sostiene lo siguiente: “Que, el legislador ubica en la categoría de los delitos a aquellos comportamientos que, de acuerdo con su apreciación, lesionan los bienes jurídicos de mayor importancia o comportan más altas probabilidades de daño a los intereses tutelados (...)” (f.11).

De lo expuesto, podemos observar que el derecho penal mínimo busca acudir al aparato punitivo solo en los casos de mayor gravedad, debiendo haber una despenalización de otros que no resultan de tanta valía para el derecho penal, por tanto, un Estado Democrático debe tener un control social con una política social incluyente, para que el derecho penal no trate de dar respuesta a la criminalidad que germina, precisamente por la omisión de las políticas públicas (Montañez Ruiz, 2010).

### **4.3 El principio de mínima intervención penal en el delito de peculado (precisar si corresponde imponer o no sanción penal en la apropiación o utilización de valores mínimos)**

En los casos presentados hemos apreciado que, en virtud del principio de mínima intervención penal, se afirma que a pesar de que las conductas imputadas configuran el comportamiento contrario a la norma, las mismas son atípicas porque no producen una perturbación social que habiliten la actuación del Derecho Penal.

Al respecto, tenemos que en el peculado el sujeto agente no es un ciudadano cualquiera, sino un funcionario público quien se rige por una normativa especial por el cargo que ocupa (Ley del Código de Ética de la Función Pública).

Esto es, el sujeto público tenía per se deberes positivos vinculados a la función pública y en el caso de peculado, en razón de su cargo ostenta una cualidad especialísima consistente en el deber de cautela y gestión de los recursos públicos que le fueron encomendados para su correcta custodia, percepción o administración.

Siendo que, en provecho de su función se apropió de los mismos a sabiendas claras de sus competencias, para para obtener un beneficio para sí o para otro.

Que, a pesar de que estas conductas no causaren una lesión suficiente al patrimonio del Estado, esta solución no es coherente si ponemos en contraposición que, cuando es un particular el que se apropiare de un monto mínimo de S/ 133 soles, sí sería imputable en la vía penal por un delito de apropiación indebida o mínimamente por una falta contra el patrimonio ( y salvo si concurriese una circunstancia agravante por un hurto agravado).

De igual manera, debe ser valorado que el peculado es un delito especial de infracción del deber que se configura por la vulneración de los deberes institucionalmente protegidos y el quebrantamiento del rol que ejerce en razón de su cargo mediante las conductas de apropiación o utilización.

En estos casos, las conductas imputadas sí constituyeron los elementos materiales del tipo penal: 1) la existencia de una relación funcional, 2) el vínculo funcional de custodia, percepción o administración que ejercía el funcionario público en razón de su cargo, 3) acreditación de la conducta imputada, tal como, así lo precisa el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ- 116, no obstante el operador jurídico determinaría lo reprochable penalmente en base a la valoración patrimonial que tenga el caudal público apropiado o bien público utilizado.

Siendo de este modo, al ser declarada la atipicidad penal de la conducta en supuestos de peculado por valores mínimos se desvía la atención al bien jurídico patrimonio del Estado, a pesar de encontrarnos frente a un delito que sanciona la vulneración del deber institucionalmente protegido, en el que prevalece la función de cautela institucional frente a cualquier monto patrimonial, ya que según se ha visto el delito no protege de manera central el patrimonio público sino que la expectativa principal es la adecuada gestión de los recursos públicos por parte del F.P que guarda tras sí el compromiso del F.P de leal y eficiente gestión.

Por tal motivo, al aplicar el principio de mínima intervención penal en casos de peculado de valores mínimos se redefine indebidamente el marco normativo previsto en el delito de peculado, además porque el tipo no prevé alguna estimación en valoración patrimonial para ser configurado.

Además, esta solución conculca el especial contexto político criminal que rige en los delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la A.P que conforme hemos visto prevé medidas legales bastantes severas como la prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena (en caso de

peculado doloso y culposo), la prohibición de aplicar el principio de oportunidad en casos de delitos cometidos por F.P en ejercicio de su cargo (aplicable en peculado doloso y de uso) y las medidas de inhabilitación (el sujeto público tiene una especial peligrosidad para gestionar un concreto segmento de la realidad).

Medidas legales previstas que demuestran que la potestad punitiva del Estado se ejerce de manera severa concretamente en el delito de peculado, por lo cual en mi consideración no tiene cabida aplicar el principio de mínima intervención penal.

#### **4.4 El principio de insignificancia penal**

##### **4.4.1 Conceptualización**

El autor García Vitor (2000) señala que la insignificancia encuentra la mejor expresión de sus fundamentos en el ensayo de 1970 de Roxin, “Política criminal y sistema de derecho penal”, de acuerdo al cual es necesario una interpretación restrictiva que actualice la función del Derecho Penal y su naturaleza fragmentaria y que abarque conceptualmente el ámbito de punibilidad indispensable para la punibilidad del bien jurídico.

En tal sentido, el autor afirma que la insignificancia penal surge como un método jurídico que tiene sus bases en “el propio Derecho penal, cuya finalidad es posibilitar la coexistencia mediante la protección de bienes jurídicos, siendo racional esa protección cuando no la pueda otorgar otra rama del derecho- o la que se efectúa es insuficiente o inadecuada” (p. 55).

Por su parte, el autor Abel Cornejo (2006) citando a Gustavo Vitale señala que la base de la insignificancia penal se encuentra en el propio derecho penal, ya que la sanción penal no encuentra justificación a quienes han ejecutado conductas que, pese a concordar con la descripción de la ley penal, no produce en los bienes jurídicos un daño de determinada magnitud, pues desde la teoría de la pena, no se puede aseverar que la pena cumple alguna finalidad en relación a hechos mínimos.

De igual manera, el autor en mención Cornejo (2006) sostiene que este principio encuentra su aplicación en los delitos de bagatela, que son aquellas infracciones penales en las que hay un pequeño acto condenable, un injusto insignificante según la política criminal dispuesta.

Esto es, podemos observar que el principio de insignificancia en materia penal contribuye a que no se enjuicien conductas socialmente irrelevantes, lo que garantiza que la justicia se encuentra más desahogada, pues importa que solo hechos con alto contenido criminoso sean castigados, así la administración de justicia se aparta de hechos nimios reparando en su verdadero rol.

Finalmente, se debe distinguir entre la insignificancia penal y la adecuación social de la conducta ya que, en la primera – nos encontramos ante un comportamiento de escasa entidad lesiva, una acción disvaliosa que no se considera correcta sino solo soportable por el Derecho Penal- mientras que, en la segunda- los comportamientos socialmente adecuados, se los considera correctos y no se verifica en ellos de modo alguno un riesgo jurídicamente desaprobado (García Vitor, 2000).

#### **4.4.2 *Ubicación de la insignificancia penal en la teoría del delito***

En consideración del análisis de las conductas que importan una afectación irrelevante del bien jurídico corresponde determinar su ubicación dentro de la teoría del delito: 1) atipicidad, 2) no antijurídico, 3) eximente de punibilidad a fin de coadyuvar en el sustento de su naturaleza jurídica.

##### **4.4.2.1 Respecto a la atipicidad de la conducta con afectación irrelevante.**

Conforme el autor Zaffaroni (1981), las conductas que importan una afectación insignificante del bien jurídico, constituyen una causal de atipicidad, mediante una consideración conglobada de la norma, debido a que todo el orden normativo persigue una finalidad general, que es el aseguramiento jurídico para posibilitar una coexistencia y, de la norma en particular que, nos indica que esos supuestos están excluidos de su ámbito de prohibición.

Bajo dicho contexto, Cornejo (2006) sostiene que, la insignificancia de la afectación excluye la tipicidad, debido a que apela a la antijuridicidad material de un tipo penal, en tanto las influencias coercitivas sin duración y las consecuencias que no son dignas de mención no son socialmente dañosas en sentido material.

Esto es, de acuerdo a este autor, aunque los ataques insignificantes puedan habilitar un juicio negativo del ordenamiento jurídico que pueda propiciar alguna vía reparatoria específica, estos no pudieron ser jamás sindicados por el tipo como merecedores de pena;<sup>14</sup> tratándose de un baremo interpretativo de los tipos penales que, debe tener un correlato con la naturaleza del bien afectado- cuestión que se ve claramente en el análisis jurisprudencial y con su titular (p. 47).

---

<sup>14</sup> En tal sentido, este autor citando al autor Virgolini señala que la motivación teórica que sostiene la atipicidad penal de la conducta que importa una afectación insignificante del bien jurídico, a pesar de su formal adecuación al dispositivo típico, es la seguridad jurídica, ya que la afectación mínima de bienes jurídicos hace devenir en injusta la relación penal por su gravedad, lo que afecta hondamente el sentido público de la seguridad.

En definitiva, la insignificancia penal representa un criterio de índole interpretativo que restringe la tipicidad penal de la conducta partiendo de la consideración del bien jurídico-fundado en los principios de lesividad social y fragmentariedad-, y en la medida de su lesión o puesta en peligro concreto, habida cuenta de la función predominantemente selectiva del tipo penal en orden a la antijuridicidad (García Vitor, 2000).

**4.4.2.2 La no antijuridicidad de la conducta con afectación irrelevante.** El autor Abel Cornejo (2006) alude a esta postura, conforme a la cual un hecho insignificante estaría amparado por una causal de justificación, a causa de la directa relación que existe entre la noción de antijuridicidad y el hecho insignificante, ya que la esencia de la antijuridicidad material es la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, por lo que cuando un hecho reviste tal carácter no es materialmente antijurídico.

Esto es, tras la tipificación formal de una conducta el juzgador estimando si la conducta del autor es antijurídica, analiza si es un hecho relevante- que amerita la puesta en marcha de la jurisdicción en pos de su juzgamiento- o un hecho irrelevante-con entidad insuficiente para lesionar o afectar un bien jurídico (Cornejo, 2006, p.52).

Consecuentemente, se señala que esta postura no debe descartarse como posible sustento del principio de insignificancia dada la vital importancia de este principio en la administración de justicia y; ante las críticas que señalan que la exclusión de la antijuridicidad del hecho solo es determinada por las causales de justificación expresamente previstas por la ley, el autor Abel Cornejo (2006) dice lo siguiente:

“El Derecho positivo argentino, no prohíbe la analogía in bonam partem, la doctrina o la jurisprudencia puede acudir a causales de justificación supralegales, (...) el sentido político criminal de garantía propio del principio de legalidad aconseja limitar la prohibición de analogía a los casos en que se perjudique al reo, pues la exclusión in bonam parte carece de fundamento político- criminal. En segundo lugar, porque en materia penal no existe ningún precepto que prohíba la analogía favorable al reo” (p.53).

**4.4.2.3 La conducta con afectación irrelevante como causal eximente de punibilidad.** Por medio del presente criterio, se establece que el principio de insignificancia es un justificativo ético de la pena, en ese sentido, les corresponde a los jueces determinar si una conducta concreta reviste entidad suficiente para constituir un ilícito penal o, por el contrario, se encuentran ante un supuesto de insignificancia (Cornejo, 2006).

Por lo que, la aplicación del principio de insignificancia se determina tras una ponderación en las circunstancias que rodean a la acción,<sup>15</sup> cuya finalidad es resolver si se han producido peligros o lesiones relevantes para el bien jurídico tutelado.

Siendo de esta manera, estando en un Estado con todas las garantías constitucionales vigentes que sostiene el principio de inocencia es razonable admitir que existen causales de justificación no escritas, supralegales.

En ese sentido, respecto de la procedencia o improcedencia de la total exención de la pena al no resolverlo la ley en abstracto y, dejarse la solución en manos del juez señala que se ha procedido con toda corrección el dejar al arbitrio discrecional de los jueces la aplicación del principio de la insignificancia, ya que el sistema procesal tiene un sistema de recursos, mediante el cual ningún juez tiene el poder de hacer lo que se le antoje, pues sus decisiones pueden ser revisadas por una instancia superior( Cornejo, 2006).

Asimismo, continúa el referido autor, carece de asidero sostener que no existe una norma expresa que consagre el principio de insignificancia, por cuanto es sabido que la Ley no puede abarcar todas las posibilidades o eventos que en la vida se presenten.

De lo expuesto, según esta postura se concluye que la insignificancia penal contiene todos los elementos configurativos del tipo penal, es un hecho típico, antijurídico y culpable que ha lesionado un bien jurídico escasamente, por tal motivo para propender una justa solución y, ante un hecho axiológicamente irrelevante debe excluirse la sanción pena.

Por tal motivo, en la aplicación abstracta de un principio que se refiere al problema de “lo justo en concreto” del caso particular, el juez debe llegar a la individualidad de la sentencia, es una labor excelsa para lo cual ningún hombre puede tener la arrogancia de sentirse imbuido, sino que, en la pausa y reflexión, más la voluntad del carácter, deberá siempre intentar alcanzar, en tanto que la naturaleza humana es esencialmente falible, a un fallo justo (Teoría de la insignificancia, Cornejo, 2006).

#### **4.5 El principio de insignificancia penal en el delito de peculado (precisar si corresponde declarar la atipicidad penal por lesividad insignificante)**

##### **4.5.1 *Respecto a la atipicidad penal de la conducta y la lesividad insignificante***

En estos casos de peculado de valores mínimos el operador jurídico declara que las conductas son insignificantes y por tanto atípicas, al no lesionar lo suficientemente el bien jurídico protegido.

---

<sup>15</sup> De acuerdo con esta postura, este principio opera en beneficio del imputado y apareja beneficios para una justa y recta administración de justicia, no puede sostenerse que una conducta nimia es atípica si se encuentra formalmente descrita en un tipo penal, ya que la buena intención de evitar la arbitrariedad legislativa puede dar lugar a otra más peligrosa como la de los jueces, pues un poder judicial sometido a sus propias valuaciones priva al ciudadano de su último resguardo.

Respecto a que no se lesiona lo suficientemente el bien jurídico no se precisa cuál es este bien jurídico si es el patrimonio del Estado, el funcionamiento adecuado de la Administración Pública, la transparencia en la gestión patrimonial estatal, aunque de las sentencias vistas se puede concluir que se refiere al patrimonio del Estado como bien jurídico protegido.

Lo invocado es por motivo de lo siguiente: En el Código Penal – normas sustantivas- se precisa que la predeterminación de la conducta punible es lo esencial del Derecho Penal en su condición de sistema de control social y que la pena requiere la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido.

El art. II del TP del Código Penal- Principio de Legalidad señala: Que nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley penal vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad no previstos en ella.

El art. IV del TP del Código Penal- Principio de Lesividad señala: La pena necesariamente requiere de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la ley.

El principio de legalidad tiene cuatro manifestaciones, una de ellas es el mandato de determinación – Lex Certa- mediante el cual se exige que la conducta punible se encuentre descrita en la ley penal para poder ser sancionada.

Por su parte, el principio de lesividad es el que dota de contenido material al tipo penal, en virtud del cual la pena requiere la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, no tratándose de cualquier acción peligrosa sino de aquella que cause un impacto lo suficientemente importante para que se justifique la intervención penal, de lo contrario ante afectaciones muy leves lo que corresponde es declarar la atipicidad penal de la conducta al carecer de relevancia penal.

Rescatando y haciendo una mayor precisión a lo que se pretende determinar nos ceñimos al Acuerdo Plenario N° 01-2012/CJ-116 conforme al cual se dispone que los bienes jurídicos quedan establecido dentro de la norma jurídica así, cada norma penal tutela un bien jurídico que es creado por derecho que escoge los objetos merecedores de protección en opinión del legislador, por ello bien jurídico es todo aquello valorado por el legislador como condición para que la vida se desenvuelva normalmente, siendo interés de la comunidad conservarlo íntegramente mediante la protección de normas jurídicas .

De igual manera, se establece que, aunque la fuente primera del derecho es la ley, es equívoca su aplicación a partir de una mera interpretación de la norma, ya que la interpretación teleológica es el criterio de interpretación más importante, que debe ser realizado juntamente con la jurisprudencia, la costumbre, los principios generales del derecho, la doctrina y demás fuentes.

Siendo así, a lo expuesto, podemos precisar que una resolución de tal relevancia como la absolucón de un investigado por la comisión de un delito de corrupción de funcionarios públicos en contra de la Administración pública en la modalidad de peculado, no se ha justificado fáctica ni jurídicamente los elementos del tipo penal de peculado que permitan determinar que en las apropiaciones o utilizaciones de valores mínimos de caudales o bienes públicos la lesión del bien

jurídico tutelado es insignificante, más si las resoluciones no precisan cuál es este bien jurídico protegido.

Conforme ha sido expuesto, el delito de peculado, delito cometido por un funcionario público en contra de la Administración Pública, es un delito especial de infracción constituido sobre la importancia del deber institucional que se imponen a determinados sujetos públicos que, por su vinculación funcional con ciertos bienes públicos, tienen una obligación específica de mantener una situación social determinada.

En tal sentido, tenemos que por ejemplo en el delito de cohecho pasivo previsto en el artículo 393° del Código Penal se sanciona penalmente la venta de la función pública, con independencia de la cuantía de la ventaja funcional, debido a que, se exige el deber de transparencia de los funcionarios públicos para lograr un correcto funcionamiento de la Administración pública.

Así también, en el delito de peculado como delito especial de infracción del deber se reprocha penalmente- en mi consideración- el aprovechamiento ilegal de las competencias otorgadas al funcionario público sobre los recursos públicos, en tal sentido se exige el deber cautela y custodia de los funcionarios públicos para lograr la adecuada gestión de los recursos públicos.

Por lo que, el operador jurídico al indicarnos que las apropiaciones, utilidades o usos de montos mínimos son conductas atípicas, insignificantes, se desvía la atención de lo sancionado penalmente en este delito redefiniendo el marco normativo, pues se imponen elementos objetivos no previstos legalmente.

#### **4.5.2 De la relación entre la mínima intervención y la insignificancia penal**

Según se ha precisado hasta este punto, tenemos que ha sido considerado que los casos de peculado de valores mínimos no comprometen al patrimonio del Estado, por lo que son conductas no relevantes penalmente, lo cual es cuestionable porque el peculado no protege de manera central el patrimonio del Estado, sino la adecuada gestión de los recursos públicos por parte del funcionario público, como delito especial de infracción del deber está vinculado a la correcta actuación de los funcionarios públicos dentro de los cánones constitucionales de Derecho.

Al respecto, tenemos que el peculado es un delito de peligro, que solo exige la conducta consistente en la apropiación o utilización de los caudales o efectos públicos que confiados en el ejercicio del cargo y; en el peculado de uso, el uso de instrumentos de trabajo para fines ajenos al servicio público que le hayan sido dados en guarda, por tanto, en los casos de peculado de valores mínimos si se ocasiona un riesgo jurídico penal desaprobado.

En tal sentido, hay que considerar que por ejemplo en el delito de cohecho, aunque la ventaja funcional indebida sea de S/ 20 soles, se considera que este comportamiento sí afecta al correcto funcionamiento de la Administración Pública.

Ahora bien, el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116 dispone que los elementos materiales del tipo penal son: la apropiación que alude al apartamiento de los caudales de la esfera de la

Administración Pública y la puesta en situación de disponer de los mismos como si fuesen propios; mientras que la utilización denota el aprovechamiento de las bondades que permite el bien público.

Así pues, de cara a la configuración típica del delito, se verifica si el autor dolosamente y defraudando el rol establecido por su cargo realizó la conducta, apartó los caudales de la esfera de la Administración Pública y se puso en situación de disponer de ellos o se aprovechó de las bondades que permite el bien público, aunque no haya tenido la intención de apoderárselos para sí o un tercero.

Por lo que, lo reprochable penalmente es que el funcionario público no podía aprovecharse de las funciones que ejerce en razón de su cargo, tras vulnerar los deberes de custodia y gestión tal como así lo precisa la norma penal.

Por tanto, en casos de peculado de valores mínimos, sí nos encontramos frente a conductas que se desvinculan del rol social, comportamientos ilegítimos que no son aceptados u ordenados por el Derecho Penal, en los cuales el operador jurídico utilizando el principio de mínima intervención penal niega la tipicidad para excluir la sanción penal, redefine los contornos de tipicidad o los elementos del injusto penal, ejercicio invasivo de las competencias otorgadas por el constituyente al legislador.

Este principio carga de subjetividad las resoluciones judiciales ya que no existe un monto a partir del cual se pueda entender por superada la insignificancia penal de la conducta, así se vulnera el principio de seguridad jurídica ya que el imputado no tiene una expectativa razonablemente fundada de cómo va a proceder el Estado en un caso concreto.

Así también se vulnera el principio de legalidad penal ello al determinar el operador jurídico que, aunque una determinada conducta se adecúe al tipo penal de peculado, si la afectación al patrimonio del Estado es insuficiente no es típica y por tanto no pasible de la acción penal.

Es evidente que, en casos de peculado de valores mínimos nos encontramos frente a una situación extraña porque las conductas típicas que posiblemente no merezcan todo el peso del Derecho Penal pero la normativa penal prevé límites legales bastante drásticos y de la construcción dogmática del peculado, es posible concluir que inclusive las conductas de escasa valoración patrimonial son relevantes penalmente.

De los argumentos esbozados, no asumo la postura del operador jurídico, en mi consideración es indebida la aplicación del principio de mínima intervención e insignificancia penal en el delito de peculado, por lo antes advertido, porque modifica la construcción normativa prevista para el delito de peculado, además de ser contrario al contexto político criminal que rige en el peculado, al demostrar que es injusto significativo.

## Capítulo 5

### **Propuesta de solución al dilema de “exención de responsabilidad penal por apropiación o utilización de caudales o bienes públicos de montos mínimos en el delito de peculado”**

#### **5.1 Preámbulo: El contexto político-criminal severo de los delitos de corrupción de funcionarios públicos**

Las cargas de argumentación que justifican una decisión jurisdiccional se constituyen en los mecanismos que otorgan legitimidad a las respectivas decisiones judiciales por ello, en el presente trabajo he tenido a bien realizar un análisis de la política criminal dispuesta en la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos, del delito de peculado y de los principios de mínima intervención e insignificancia penal, con la finalidad de determinar si en casos de apropiación o utilización de caudales o bienes públicos de montos mínimos debe atenderse a la cuantía de lo apropiado indebidamente o si ello debería ser irrelevante lo que implicaría una indebida aplicación del principio de mínima intervención penal en el delito de peculado.

En el Código Penal hemos podido apreciar que, en los delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la Administración pública, se prevé un contexto especial que nos demuestra que para erradicar la corrupción estos ilícitos penales buscan ser reprimidos con suficiente exigencia y severidad, de entre ellas encontramos las siguientes:

- a) El adelantamiento de la intervención penal: Debido a que existe un incremento en tipos penales cometidos por funcionarios públicos en contra de la Administración Pública de peligro abstracto o peligro concreto. Esta medida se cuestiona porque la postura dominante es que el bien jurídico generalmente tutelado en los delitos contra la Administración Pública es el correcto y regular funcionamiento de la Administración Pública, del cual surgen los cuestionamientos respecto a qué debe entenderse por ello. Siendo así, en el delito de peculado ¿se sanciona el correcto ejercicio de la gestión funcional o solo el patrimonio del Estado?
- b) La pena efectiva: De conformidad con el párrafo final del artículo 57° del Código Penal en los delitos de funcionarios públicos contra la Administración Pública (como el peculado, colusión simple y agravada, cohecho pasivo específico, etc.) se ha dispuesto la prohibición del beneficio de la suspensión de la pena efectiva. El problema de esta medida es que limita el funcionamiento del principio de insignificancia penal que permite la no sanción penal, en supuestos de lesión insuficiente del bien jurídico tutelado.

- c) La prohibición del principio de oportunidad para el funcionario: Acorde a lo regulado en el literal b) del inciso 1) del artículo 2° del Código Procesal Penal en los delitos cometidos por funcionario públicos en ejercicio de su cargo, se ha dispuesto la prohibición de aplicar el principio de oportunidad. Mientras que, acorde con el literal c) del inciso 2) del artículo 474° del Código Procesal Penal, solo se permite el beneficio por colaboración eficaz en los delitos de corrupción de funcionarios, peculado, concusión que hayan sido cometidos en concierto por pluralidad de personas.
- d) La imprescriptibilidad o dúplica de plazos de prescripción: De conformidad con el cuarto párrafo del artículo 41° de la Constitución Política del Perú, se ha previsto la imprescriptibilidad en los supuestos más graves de delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos y particulares en contra de la Administración Pública o el patrimonio del Estado. Así también, se prevé la dúplica en los plazos de prescripción de delitos cometidos por funcionarios públicos y particulares. Al respecto, se debe precisar que, esta medida contrasta con lo previsto en el artículo 80° del Código Penal, que dispone la dúplica del plazo de prescripción solo para los funcionarios públicos en delitos contra el patrimonio del Estado, organismos sostenidos por éste o cometidos como integrante de organizaciones criminales.
- e) La inhabilitación de la función pública: Conforme lo dispuesto en los incisos 1), 2) y 8) del artículo 36° del Código Penal, la sentencia puede producir: a) la privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, b) la incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo o empleo de carácter público, c) la privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo del que se ha valido para cometer el delito.

Bajo este panorama, de estas medidas reguladas en la normativa penal se aprecia que, en el caso de los delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la Administración pública, el Estado peruano ha promovido políticas que permiten enfrentar severamente el flagelo de la corrupción que afecta el correcto funcionamiento de la Administración pública.

El artículo 387° del Código Penal regula el delito de peculado doloso conforme al cual se sanciona al funcionario o servidor público que se apropia o utiliza para sí, o para otro de caudales o efectos públicos cuya percepción, administración o custodia le están confiados en razón de su cargo con una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, inhabilitación a que se refieren los incisos 1,2 y 8 del artículo 36°, de cinco a veinte años, y con 180 a 365 días-multa.

Mientras que, en el peculado de uso regulado en el artículo 388° del Código Penal se sanciona al funcionario que, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use instrumentos de trabajo pertenecientes a la Administración pública o que se hallen bajo su guarda con una privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años, inhabilitación acorde a los incisos 1, 2 y 5 del artículo 36°, y con 180 a 365 días-multa.

Que, el bien jurídico tutelado del delito de peculado es el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública y evitar el abuso del poder del que se halla el funcionario público que custodia, percibe o administra los caudales o bienes públicos.

Respecto al cual, se debe advertir que el operador jurídico, recurriendo al principio de mínima intervención penal excluye la tipicidad de este delito cuando la lesión del bien jurídico tutelado es insuficiente, sin haber meritado los elementos materiales del tipo penal que permitan determinar porqué en las apropiaciones o utilizaciones de valores mínimos de caudales o bienes públicos la lesión del bien jurídico tutelado es insignificante tratándose de un delito pluriofensivo, más si las resoluciones no precisan cuál es este bien jurídico protegido.

En el análisis de la tipicidad objetiva, tenemos que el peculado es un delito de peligro, en la medida en que el tipo penal que lo regula solo exige la presencia del comportamiento consistente en la apropiación de caudales o efectos públicos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados al funcionario público en razón de su cargo. Siendo de esta manera, la acción consistente en la apropiación de monto mínimo de dinero sí introduce un peligro jurídicamente desaprobado, toda vez que, la apropiación de dinero por parte de un funcionario público cuya percepción, administración o custodia tenía encomendada introduce un peligro penalmente relevante para el correcto funcionamiento de la Administración pública.

En ese sentido, hay que considerar que, por ejemplo, en el delito de cohecho, aunque la ventaja indebida sea de S/ 20 soles, se considera que este comportamiento sí afecta el correcto funcionamiento del Estado.

Siendo de esta manera, en mi consideración sí se encuentra comprobado que la acción introduce un peligro jurídicamente desaprobado para el correcto funcionamiento de la Administración pública y la previsibilidad objetiva del resultado acaecido.

Esto es, nos encontramos frente a conductas que sí se desvinculan del rol social, comportamientos ilegítimos que no son aceptados u ordenados por el derecho, en los cuales el operador jurídico utilizando el principio de mínima intervención penal niega la tipicidad de la conducta para excluir la sanción penal, con lo cual redefine los contornos de tipicidad o los elementos del injusto en el delito de peculado, ejercicio invasivo de las competencias otorgadas al legislador.

De manera preliminar, se debe tomar en cuenta que, el funcionario público debía cumplir con la Ley del Código de Ética de la Función Pública, conforme a la cual se le exige actuar en cumplimiento de los principios de respeto, probidad, eficiencia, idoneidad, veracidad, lealtad y obediencia, justicia, equidad y lealtad al Estado de Derecho.

Igualmente, el funcionario público tenía los deberes de actuar con neutralidad, transparencia, discreción, ejercer adecuadamente el cargo y hacer un uso adecuado de los bienes del Estado y actuar con responsabilidad. Siendo que, se le prohíbe obtener o facilitar beneficios o ventaja indebidas, para sí o para otros, a través del uso del cargo, influencia o autoridad.

Por su parte, de acuerdo a la normativa penal, podemos observar que en el delito de peculado la responsabilidad penal ha sido impuesta porque el funcionario público no podía aprovecharse de las funciones que ejerce en razón de su cargo mediante la apropiación de los caudales públicos o disposición de los instrumentos de trabajo pertenecientes a la Administración pública, en perjuicio del correcto ejercicio de la actividad administrativa y del patrimonio del Estado (bienes jurídicos tutelados) que resultan así vulnerados del incumplimiento de los deberes institucionalmente protegidos ( deberes de custodia y gestión, ...), tal como así lo precisa la norma penal, en ese sentido, el acto indebido de disposición que se cuestiona contraviene el dispositivo legal en mención, toda vez que se ha defraudado las competencias otorgadas al funcionario público en razón de su cargo.

Como se puede apreciar, la aplicación del principio de mínima intervención penal en el delito de peculado no solo contraría el contexto especial de actuación que rige en los delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la Administración pública, que prevé una serie de medidas para sancionar de modo severo esta clase de delitos cometidos contra la Administración pública. Sino también, vulnera el principio de legalidad penal ello al determinar el operador jurídico que, aunque una determinada conducta se adecúe al tipo penal de peculado si la afectación del bien jurídico tutelado es insignificante no es típica y que por tanto no es pasible de la acción penal.

## 5.2 La responsabilidad penal en el delito de peculado

El operador jurídico al revisar las resoluciones judiciales que condenan a los imputados por la comisión del delito contra la Administración pública en la modalidad de peculado determina a su revisión si el monto patrimonial de lo apropiado o utilizado por el funcionario público es mínimo para declarar que no se debe promover la acción penal en atención al principio de mínima intervención penal.

Que, la jurisprudencia que sostiene esta postura respecto a la no sanción penal cuando el monto patrimonial de lo apropiado es mínimo es el Auto De Vista N° 09-2015-1, de fecha 14 de marzo de 2016, fundamento 3.4.1, según el cual pese a que la conducta atribuida (apropiación por parte de la funcionaria pública de S/ 133 soles de la caja chica de la Procuraduría Pública del Ministerio de Energía y Minas), pueda configurar el tipo penal de peculado doloso, carece de trascendencia social a efectos de imponer una pena. Por lo que, resultó idóneo analizar la viabilidad de la postulación de la excepción de improcedencia de acción, a efectos de evitar el desarrollo innecesario del proceso penal, más aún si existen vías alternas que pueden satisfacer de la misma manera el conflicto existente.

Por su parte, el Ad Quem pronunciándose respecto al uso de instrumentos de trabajo por parte de funcionarios públicos para fines ajenos al servicio público, mediante el Recurso de Nulidad N° 1883-2012- Junín, de fecha 5 de marzo de 2013, en su fundamento se dispone que, si bien el imputado utilizó la motocicleta del Estado al margen de la función encomendada para trasladarse a un lugar distinto del estipulado por la orden de servicio, este hecho no es relevante penalmente y por su insignificancia carece de contenido típico, ello debido a que no se apropió de la motocicleta- la cual fue sustraída- y devolvió una motocicleta similar con su propio peculio, y porque por la forma y circunstancias de uso de la motocicleta, no se pretendió abusar delictivamente del bien público.

En igual sentido, hemos podido observar que según el Recurso de Nulidad N° 3004-2012-Cajamarca de fecha 13 de febrero de 2014, en su fundamento 7° sostiene que, tal conducta no es pasible de acción penal, pues dada su trascendencia existen otros medios de control social menos rigurosos, pero no por ello menos efectivos que el Derecho penal que deben ser activados previamente como las sanciones propias del Derecho administrativo.

De la revisión de estos casos penales se puede observar que, la conducta de los investigados se adecúa al tipo penal de peculado doloso o de uso, sin embargo, en atención al principio de mínima intervención penal se señala que debido a la lesión insuficiente del bien jurídico tutelado las conductas son atípicas y por tanto carentes de sanción penal. Así también, se afirma que no corresponde la intervención del Derecho penal porque puede obtenerse similares consecuencias jurídicas por medio de otras ramas del ordenamiento jurídico.

Respecto al principio de mínima intervención penal, el Derecho penal reduce su intervención a aquello que sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general operando solo cuando las demás alternativas de control han fracasado. En ese sentido, la intervención del Derecho Penal carece de sentido cuando exista otro tipo de sanciones, que a través de un “mal menor” como las sanciones propias del Derecho administrativo o del Derecho civil, permitan la solución de conflicto lo más satisfactoriamente posible tanto para el imputado como para la sociedad.

Podemos observar que, pese a la acreditación de la defraudación de los deberes institucionalmente protegidos (deber de custodia y gestión de los caudales, efectos públicos o instrumentos de trabajo de la Administración pública), el funcionario público no perjudicaría el correcto ejercicio de la Administración pública y el patrimonio del Estado, pese a encontrarnos frente a un delito especial de infracción del deber, que atribuye la responsabilidad penalmente principalmente por la infracción de competencias que tienen que ver con la apropiación o utilización de caudales o bienes públicos y no por el monto.

Que, lo sustancial de cara a la configuración típica del delito, es la verificación de que el autor dolosamente y defraudando el rol establecido por su cargo realizó la conducta, apartó los caudales de la esfera de la esfera del Estado y se puso en situación de disponer de ellos o que se aprovechó de las bondades que permite el bien (caudales o efectos), aunque no haya tenido la intención de apoderarse para sí o un tercero.

En estos casos el principio de mínima intervención penal no tiene el alcance para modificar el tipo penal de este delito funcional, fundamentalmente porque el hecho punible está constituido sobre la importancia del deber institucional que se imponen a determinados sujetos públicos que, por su vinculación funcional con ciertos bienes públicos, tiene una obligación específica de mantener una situación social determinada.

En consecuencia, dada la acreditación de que el tipo penal de peculado se ha configurado y formado a partir de la infracción de un deber especial que corresponde al ámbito de competencia del autor, característica intrínseca de los delitos cometidos por funcionarios públicos y en consideración que el tipo penal no prevé alguna estimación en valoración patrimonial. Se concluye que, el principio de mínima intervención no puede alterar el tipo penal de peculado, ello al disponerse la exigencia del perjuicio patrimonial caso contrario la conducta deviene en atípica.

Este argumento principal que sustenta la atipicidad de la conducta y por tanto la no sanción penal, incurre en una indebida motivación, pues no se ha tenido en cuenta que la normativa penal hace prevalecer la función de cautela institucional frente a cualquier monto patrimonial.

Por lo que, se debe precisar que la exigencia de una determinada cuantía patrimonial redefine los elementos objetivos del injusto de peculado, este principio carga de subjetividad las resoluciones judiciales ya que no existe un monto a partir del cual se considere superada la insignificancia en el delito de peculado con lo cual se vulnera también el principio de seguridad jurídica pues el imputado no tiene una expectativa razonablemente fundada de cómo va a proceder el Estado en un supuesto concreto.

Es evidente que, en estos casos de peculado de valores mínimos nos encontramos ante una situación extraña porque nos encontramos frente a conductas típicas que posiblemente no merezcan todo el peso del Derecho penal, sin embargo, la normativa penal prevé limitaciones legales bastante drásticas, bajo los cuales es posible concluir que inclusive las apropiaciones o utilidades de caudales o efectos públicos de montos mínimos son relevantes penalmente.

De lo argumentado esbozado, no asumo la postura de la Corte Suprema, en mi consideración es indebida la aplicación del principio de mínima intervención penal en el delito funcional de peculado por lo antes advertido, porque modifica la construcción normativa prevista para el delito de peculado, además de contrario al especial contexto político criminal que rige para el delito de peculado, que demuestra que el peculado es un injusto significativo.

## Conclusiones

**Primera.** La aplicación del principio de mínima intervención en casos de peculado de valores mínimos conculca el especial contexto político criminal que rige en los delitos cometidos por funcionarios públicos en contra de la Administración Pública que conforme hemos visto prevé medidas legales bastantes severas como la prohibición de la suspensión de la ejecución de la pena (en caso de peculado doloso y culposo), la prohibición de aplicar el principio de oportunidad en casos de delitos cometidos por funcionarios públicos en ejercicio de su cargo (aplicable en peculado doloso y de uso) y las medidas de inhabilitación (el sujeto público tiene una especial peligrosidad para gestionar un concreto segmento de la realidad), medidas legales previstas que demuestran que la potestad punitiva del Estado se busca ejercer de manera severa concretamente en el delito de peculado, ello aunado a la construcción dogmática del peculado analizada, nos permiten concluir que el peculado es un injusto significativo, en el que no tiene cabida aplicar el principio de mínima intervención penal.

**Segunda.** La declaración de atipicidad en casos de peculado de valores mínimos desvía la atención indebidamente al patrimonio del Estado, a pesar de encontrarnos frente a un delito que sanciona la vulneración del deber institucionalmente protegido, en el que prevalece la función de cautela institucional frente a cualquier monto patrimonial, ya que según se ha visto el delito no protege de manera central el patrimonio público sino que la expectativa principal es la adecuada gestión de los recursos públicos por parte del funcionario público que guarda tras sí el compromiso del funcionario público de leal y eficiente gestión.

**Tercera.** La declaración de insignificancia penal que supone la no relevancia penal de las conductas de peculado de valores mínimos, redefine indebidamente el marco normativo del delito de peculado e imponen elementos objetivos no previstos legalmente, ya que como delito especial de infracción del deber lo reprochable penalmente- en mi consideración- es el aprovechamiento ilegal de las competencias otorgadas al funcionario público sobre los recursos públicos, en tal sentido se exige el deber cautela y custodia de los funcionarios públicos para lograr la adecuada gestión de los recursos públicos.

**Cuarta.** De lo descrito en el Acuerdo Plenario N.º 4-2005/cj-116, sobre los elementos materiales del delito de peculado doloso se determina que independientemente de la cuantía de lo apropiado o utilizado, lo reprochable penalmente es el aseguramiento de la afectación de los caudales o bienes públicos a los fines estatales para los cuales se les ha reunido o creado, en tal sentido, la tipicidad penal en el peculado por apropiación se determina en base de si el funcionario público ha trasladado a su esfera privada los caudales o efectos que pertenecen al estado y que se haya puesto en la sola situación de disponer de los mismos y; en el peculado por utilización en función de si el funcionario público se ha aprovechado de las bondades que permite el bien sin que haya tenido el propósito de apoderárselos para sí o un tercero.



## Referencias

- A.V. N° 09-2015-1 (Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Especial. 14 de marzo de 2016).
- Arbulú Martínez, V. J. (2021). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Instituto Pacífico.
- Carnevali Rodríguez, R. (2012). *Derecho penal como última ratio. Hacia una política criminal racional*. Obtenido de [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122008000100002](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122008000100002)
- Casación N° 494-2019- San Martín (Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. 9 de diciembre de 2020).
- Cornejo, A. (2006). *Teoría de la insignificancia*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal- Culzoni Editores.
- Defensoría del Pueblo. (2014). *Informe Defensorial N° 169. El archivo fiscal de denuncias por Peculado y Colusión*. Obtenido de <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1189429/Informe-Defensorial-N-168.120200803-1197146-1d7hvve.pdf?v=1596480251>
- Fernández Cabrera, M. (2019). *La intervención mínima como argumento para absolver de la comisión de delitos de corrupción: crisis dogmática y político-criminal*. Obtenido de <https://indret.com/wp-content/uploads/2020/01/FC.pdf>
- García Vitor, E. U. (2000). *La insignificancia en el Derecho penal. Los delitos de bagatela*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi SRL.
- I Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanente y Transitoria, Acuerdo Plenario N.º 1-2012/CJ-116 (Corte Suprema de Justicia de la República. 26 de marzo de 2012).
- Martínez Huamán, R. E. (2022). *Delitos contra la administración pública. Debates fundamentales*. Gaceta Jurídica S.A.
- Milanese, P. (2005). *El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima*. Obtenido de <https://derechopenalonline.com/el-moderno-derecho-penal-y-la-quiebra-del-principio-de-intervencion-minima/>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción [PPEDC]. (2019). *Corrupción en el Sistema de Justicia: Caso Los Cuellos Blancos del Puerto*. Obtenido de <https://procuraduriaanticorruccion.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2020/04/INFORME-ESPECIAL-CORRUPCION-EN-EL-SISTEMA-DE-JUSTICIA-1.pdf>

- Montáñez Ruiz, J. (2010). *El debate entre la expansión del derecho penal hacia la criminalidad de la clase alta y el derecho penal mínimo*. Obtenido de Revista Estudio Socio-Jurídicos: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3268059>
- Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, Acuerdo Plenario N° 4-2005/ CJ-116 (30 de setiembre de 2005).
- Polaino-Orts, M., & Quintero, M. E. (2010). *Comunicación e injusto penal*. Lima, Perú: Editorial ARA Editores E.I.R.L.
- Portocarrero Hidalgo, J. (1996). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima-Perú: Editorial Jurídica Portocarrero.
- R.N N° 1269-2009 (Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Transitoria. 19 de agosto de 2009).
- R.N.N° 1177-2019- Junín (Corte Suprema de Justicia. Sala penal Especial. 22 de enero de 2020).
- R.N.N° 134-2017- Áncash (Corte Suprema de Justicia de la República. Segunda Sala Penal Transitoria. 23 de mayo de 2018).
- R.N.N° 1448-2017- ICA (Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Transitoria. 8 de agosto de 2018).
- R.N.N° 1541-2012- Lima (Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. setiembre de 18 de 2013).
- R.N.N° 1991-2021-Selva Central (Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Transitoria. 12 de octubre de 2022).
- R.N.N° 2386-2018- Lima (Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Transitoria. 23 de octubre de 2019).
- R.N.N° 615-2015-Lima (Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. 16 de agosto de 2016).
- Robles Planas, R., Peñaranda Ramos, E., & Silva Castagnini, J. (2015). *Delito de infracción de deber*. Buenos Aires : Montevideo : Euro Editores : Editorial B de F.
- Sentencia C-198/97 (Corte Constitucional de la República de Colombia. 17 de abril de 1997). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-198-97.htm>
- VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias, Acuerdo Plenario N° 01-2010/CJ-116 (Corte Suprema de Justicia de la República. 16 de noviembre de 2010).

VII Pleno Jurisdiccional Penal de las Salas Penales Permanente y Transitoria, Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116 (Corte Suprema de Justicia de la República. 6 de diciembre de 2011).

Vílchez Chinchayán, R. (2021). *Delitos contra la administración pública. Una revisión de la parte general y especial. Una propuesta de reinterpretación*. Lima: EDITORES DEL CENTRO E.I.R.L.

Zaffaroni, E. (1981). *Tratado de Derecho Penal* (Vol. III). Buenos Aires, Argentina: Ediar Buenos Aires.

