

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y
CIENCIAS POLÍTICAS**

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

TESIS:

**CRITERIOS JURÍDICOS PARA ESTABLECER LA LESIVIDAD EN LA
CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE PECULADO DOLOSO**

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

Presentada por:

Bachiller: NURY DEL ROSARIO MARÍN REYES

Asesor:

Dr. JUAN CARLOS TELLO VILLANUEVA

Cajamarca – Perú

2022

COPYRIGHT © 2022 by
NURY DEL ROSARIO MARÍN REYES
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

TESIS APROBADA:

CRITERIOS JURÍDICOS PARA ESTABLECER LA LESIVIDAD EN LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE PECULADO DOLOSO

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

Presentada por:

Bachiller: NURY DEL ROSARIO MARÍN REYES

JURADO EVALUADOR

Dr. Juan Carlos Tello Villanueva
Asesor

Dr. Alcides Mendoza Coba
Jurado Evaluador

M.Cs. Henry Segundo Alcántara Salazar
Jurado Evaluador

M.Cs. Saúl Alexander Villegas Salazar
Jurado Evaluador

Cajamarca - Perú

2022



Universidad Nacional de Cajamarca
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD
Escuela de Posgrado
CAJAMARCA - PERU



PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS
ACTA DE SUSTENTACIÓN PÚBLICA DE TESIS

Siendo las ~~10:28~~ horas, del día 12 de abril de dos mil veintidós, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, los integrantes del Jurado Evaluador presidido por el **Dr. ALCIDES MENDOZA COBA, M.Cs. HENRY SEGUNDO ALCÁNTARA SALAZAR, M.Cs. SAÚL ALEXANDER VILLEGAS SALAZAR**, en calidad de Asesor **Dr. JUAN CARLOS TELLO VILLANUEVA**; actuando de conformidad con el Reglamento Interno y el Reglamento de Tesis de Maestría de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se dio inicio a la **SUSTENTACIÓN PÚBLICA** de la tesis titulada **CRITERIOS JURÍDICOS PARA ESTABLECER LA LESIVIDAD EN LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE PECULADO DOLOSO**, presentada por la **Bach. en Derecho NURY DEL ROSARIO MARÍN REYES**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó..... APROBAR la mencionada Tesis con la calificación de EXCELENTE : Diecisiete (17); en tal virtud la **Bach. en Derecho NURY DEL ROSARIO MARÍN REYES**, está apta para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, en la Unidad de Posgrado de la Facultad de **Derecho y Ciencias Políticas**, con Mención en **DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**

Siendo las 19:15 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.


.....
Dr. Juan Carlos Tello Villanueva
Asesor


.....
Dr. Alcides Mendoza Coba
Jurado Evaluador


.....
M.Cs. Henry Segundo Alcántara Salazar
Jurado Evaluador


.....
M.Cs. Saúl Alexander Villegas Salazar
Jurado Evaluador

AGRADECIMIENTO:

A mi hijo Yago Alonso y a mi madre Rosario, por estar siempre a mi lado apoyándome e impulsándome a seguir adelante; por tolerar mis ausencias, aún en casa, para lograr mis objetivos.

A mi tutor, Juan Carlos Tello Villanueva, por el tiempo dedicado y los conocimientos brindados.

TABLA DE CONTENIDOS

AGRADECIMIENTO	v
RESUMEN	IX
ABSTRACT	X
1. CAPITULO I	1
ASPECTOS METODOLÓGICOS	1
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	1
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	4
1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	4
1.4. OBJETIVOS	6
1.4.1. Objetivo General:	6
1.4.2. Objetivos específicos:	6
1.5. DELIMITACIÓN Y LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN	7
1.5.1. Espacial	7
1.5.2. Temporal	7
1.6. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN	8
1.7. TIPO Y NIVEL DE TESIS	8
1.7.1. De acuerdo al fin que persigue	8
1.7.2. De acuerdo al diseño de la Investigación	9
1.7.2.1. Propositiva	9
1.7.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan	10
1.7.3.1. Cualitativa	10
1.8. HIPÓTESIS	10
1.9. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN	11
1.9.1. Genéricos	11
1.9.1.1. Método analítico	11
1.9.2. Propios del Derecho	11
1.9.2.1. Método exegético	11
1.9.2.2. Método hermenéutico	12
1.9.2.3. Método dogmático	12
1.10. TÉCNICAS	13
1.10.1. Observación Documental	13

1.10.2. Análisis de Registro Documental	13
1.11. INSTRUMENTOS.....	13
1.11.1. Hoja de Ruta.....	13
1.12. POBLACIÓN Y MUESTRA.....	14
1.13. ESTADO DE LA CUESTIÓN	14
2. CAPITULO II: MARCO TEÓRICO	16
2.1. ASPECTOS IUS FILOSÓFICOS	16
2.2. ASPECTOS JURÍDICOS, TEÓRICOS Y DOCTRINARIOS	18
2.2.1. Límites del poder penal.....	18
2.2.1.1. Principio de necesidad o de mínima intervención	20
2.2.1.2. Principio de subsidiariedad	23
2.2.1.3. Principio de fragmentariedad	24
2.2.1.4. Principio de proporcionalidad	25
2.2.1.5. Principio de lesividad.....	30
2.2.2. Teoría de la imputación personal.....	38
2.2.2.1. Evolución histórica del concepto de culpabilidad	39
2.2.3. La Pena en el derecho peruano.....	53
2.2.3.1. Finalidad de la pena.....	54
2.2.3.2. La teoría absoluta – retribucionista	55
2.2.3.3. Teoría relativa – prevención.....	57
2.2.3.4. Sistema de penas	61
2.2.4. Derecho Administrativo Sancionador.....	66
2.2.4.1. Derecho Administrativo Sancionador	68
2.3. ASPECTOS NORMATIVOS	77
2.3.1. Constitución Política del Perú	77
2.3.2. Delito de Peculado Doloso.....	78
2.3.2.1. Concepto del típico del delito de peculado doloso	78
2.3.2.2. Tipicidad Objetiva.....	83
2.3.2.3. Tipicidad subjetiva.....	89
2.3.2.4. Antijuricidad.....	90
2.3.2.5. Culpabilidad	90
2.3.2.6. Consumación y tentativa	91
3. CAPÍTULO III: CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.....	92
3.1. PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS CASOS TIPO	92

3.1.1. Carpeta Fiscal Nro. 2016-128.....	93
3.1.1.1. Hechos.....	93
3.1.1.2. Análisis del caso	94
3.1.2. Carpeta Fiscal Nro. 2018-151.....	96
3.1.2.1. Hechos:.....	96
3.1.2.2. Análisis del caso	98
3.1.3. Carpeta Fiscal Nro. 2019-150.....	99
3.1.3.1. Hechos:.....	99
3.1.3.2. Análisis del caso	100
3.1.4. Carpeta Fiscal Nro 2020-206.....	101
3.1.4.1. Hechos.....	101
3.1.4.2. Análisis del caso	102
3.2. LOS LÍMITES DEL PODER PENAL CONSIDERANDO LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y LESIVIDAD, RELACIONADO AL CONTEXTO EN QUE SE REALIZA LA APROPIACIÓN DE LOS CAUDALES DEL ESTADO EN EL DELITO DE PECULADO DOLOSO	105
3.3. LA IMPORTANCIA DEL QUÁNTUM DE LA AFECTACIÓN EN EL DELITO DE PECULADO PARA GARANTIZAR LA SUBSIDIARIEDAD DE DERECHO PENAL PARA OFRECER OTROS INSTRUMENTOS JURÍDICOS NO PENALES COMO SANCIÓN	110
4. CAPÍTULO IV: PROPUESTA LEGISLATIVA.....	117
4.1. Exposición de motivos	117
4.2. Análisis costo beneficio	117
4.2.1. Efectos de la vigencia de la norma en la legislación nacional	117
4.2.2. Vinculación con el acuerdo nacional.....	118
4.2.3. Fórmula legal.....	118
5. CONCLUSIONES.....	120
6. RECOMENDACIONES	121
7. REFERENCIAS.....	122
7.1. ANEXOS	128

RESUMEN

El presente trabajo de investigación, surgió debido a que en la práctica fiscal se han visto casos de peculado doloso, en los que se hace uso del aparato de justicia cuando la solución podría darse por otros medios. Se formuló la siguiente interrogante: ¿Cuáles son los criterios jurídicos para establecer la lesividad en la configuración del Delito de Peculado Doloso?

El objetivo de la presente investigación fue determinar los criterios para establecer la lesividad en la configuración del delito de peculado doloso por apropiación. Para la hipótesis que se defiende, dichos criterios son: El contexto en que se realiza la apropiación de los caudales del Estado y el cuántum de la afectación al bien jurídico protegido específico, el patrimonio del Estado.

Para tal fin, se ha estructurado una investigación de tipo básica, con un nivel o alcance explicativo y de carácter cualitativo, que utilizó como métodos de investigación, el método exegético, método dogmático y método hermenéutico; asimismo, como técnicas de investigación, la revisión documental y el fichaje bibliográfico, las mismas que tuvieron como instrumentos para su aplicación a la hoja de ruta y la ficha de registro.

Concluyendo que al especificar el cuántum del perjuicio patrimonial hacia el Estado, en el tipo penal de Peculado Doloso, implica la correcta aplicación de los principios de mínima intervención y subsidiariedad; así como la utilidad del Derecho Administrativo sancionador en casos de este tipo.

Palabras Claves: Principio de lesividad, Principio de subsidiariedad, ultima ratio, patrimonio del Estado.

ABSTRACT

This research work comes after the multiple intentional embezzlement cases that falls into the hands of the public prosecutor, cases which could be solved with other means than the current ones. The question made is “what’s the legal approach to set the harm or damage in the embezzlement crime characterization?”

The main purpose of this thesis was to determine the legal approach to set the harm or damage in the embezzlement crime characterization. The hypothesis to be verified was: The approach is the context in which the appropriation of the State property is made and the State property’s quantum affectation.

The research structure is basic, explanatory and qualitative; it has been used the exegetical, hermeneutical and dogmatic methods, making use of the roadmap and the registration sheets to apply the legal literature review and the data bibliographic sheets as techniques.

As a result, it can be said that specifying the quantum in the intentional embezzlement crime made in the State property’s damage implies the correct application of the legal principles minimal intervention and subsidiarity. As well as the usefulness of the Administrative Penalty Law in embezzlement crime.

Key Words: *Harm or damage principle, Subsidiarity principle, ultima ratio, State property.*

CAPITULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

“El Derecho puede definirse sumariamente como el ordenamiento de una comunidad de hombres por medio de reglas sancionadas” (Coing, 1981, p. 246), salvando los problemas de traducción, se puede decir que el derecho puede ser entendido como el ordenamiento normativo de una comunidad que se organiza según los principios y reglas convencionalmente aceptados y dotados de vinculación en virtud del ius imperium.

Características que son reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico debido a la tradición formalista que necesariamente debe contrar con el reconocimiento de principios por parte del Estado para que se hagan obligatorias.

Esta aplicación genera las pautas para la creación o mejora de instituciones jurídicas que traducen las necesidades generadas en la sociedad, situación que es de interés en la presente investigación por el caso de los criterios para establecer la lesividad en el delito de Peculado Doloso.

Esta situación, particularmente problemática, tiene como primer antecedente el Acuerdo Plenario Nro. 4-2005/CJ-116, ha establecido como doctrina legal que para la existencia del delito de peculado es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene

el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica.

Sin embargo, teniendo en cuenta el tipo penal del Artículo 387 del Código

Penal:

El Peculado doloso, es el acto por el cual el funcionario o servidor público que se apropia o utiliza en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción administración o custodia se les estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.

Surge la interrogante respecto a los criterios que deben considerarse para establecer la lesividad y afectación al patrimonio público de acuerdo al monto de dinero o el gasto ilícito realizado, si bien es sabido que el acto en sí, es sujeto de configuración del delito y que el funcionario público que detenta facultades de disposición patrimonial abusa de dichas facultades para dar una aplicación privada a los bienes públicos, generando un perjuicio patrimonial al Estado.

Como es de verse en la práctica fiscal¹, a pesar de que se ejecutan pericias contables, mismas que, como señala Salinas Siccha (2018, p. 412), deben concluir en “la existencia de los bienes públicos; segundo, posibilita apreciar el destino de los mismos; y tercero, permite establecer la diferencia entre lo que ha ingresado con las salidas del patrimonio estatal”; causa una gran dificultad para la administración de justicia el no

¹ Del que desprenderá análisis, en adelante, de las siguientes carpetas La Fiscalía provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Distrito Fiscal de Cajamarca: 1706045500-2016-128-0, 1706045500-2018-151-0, 1706045500-2019-150-0, 1706045500-2020-206-0 y 1706045500-2021-68-0.

haberse establecido criterios para definir los fundamentos que determinan la lesividad al bien jurídico protegido, que permitan una justificación más adecuada de la gravedad del hecho punible y que evidencie la intervención del Derecho Penal, dado que el hecho ilícito que se expresa en la perturbación del patrimonio público, se ve menoscabado cuando, mediante el abuso del acto funcional se destina el bien público a una finalidad privada, ajena al interés general.

En ese sentido, la conjugación de los elementos jurídicos de “apropiación”, “utilización”, “administración”, “caudales” o “efectos” y “custodia”, señalados en el Artículo 387 del Código precitado, son los elementos claves a ser analizados en la presente investigación; para determinar los criterios jurídicos que establecen la lesividad para la configuración del delito de Peculado Doloso.

Cabe señalar que el acto ilícito puede significar también, la apropiación o utilización de 1) bienes inmateriales, 2) bienes inmuebles o 3) bienes que han sido autorizados para disponerse discrecionalmente por el funcionario o servidor público dado que el abuso de una facultad especial de disposición de bienes públicos. En esta medida se estudiaron las características y elementos que determinen los fundamentos que establecen la lesividad, a fin de delimitar el ámbito de gravedad del acto, el cual guarde relación y permita una configuración fundamentada del delito de peculado doloso.

Nótese que los supuestos establecidos para la configuración del delito de Peculado doloso por apropiación se resumen en la apropiación de los

caudales del Estado para fines propios del encargado de salvaguardarlos.

Sin embargo al momento de calificar los hechos para considerarlos dentro del tipo penal de Peculado Doloso, ocurre que esta norma pondría en duda el fin del Derecho Penal como de ultima ratio, pues guarda relación con la necesidad de evidenciar la intervanci3n del Derecho Penal al justificar la gravedad del hecho punible.

Del Recurso de Nulidad del expediente Nro. 1883-2012-Jun3n, se tiene que muchos de los hechos denunciados como Peculado Doloso carecen de contenido t3pico lo que llena de irrelevancia para el derecho penal, por los postulados b3sico del Derecho penal de subsidiaridad en cuando es exigible que solo se sancionen las modalidades de ataque m3s dañinas para los bienes jur3dicos.

1.2. FORMULACI3N DEL PROBLEMA

¿Cu3les son los criterios jur3dicos para establecer la lesividad en la configuraci3n del Delito de Peculado Doloso?

1.3. JUSTIFICACI3N DE LA INVESTIGACI3N

La presente investigaci3n fue motivada con el fin de contribuir con el conocimiento cient3fico en la rama del Derecho, demarcando claramente la aplicaci3n del principio subsidiaridad y el ejercicio irregular del derecho al aceptarse procesos penales en los que el qu3ntum de la afectaci3n en los delitos de Peculado Doloso es 3nfimo.

Contribuye tambi3n con la adecuada delimitaci3n del poder punitivo del Estado mediante el Derecho Penal, con el fin de no poner atenci3n

en hechos que, si bien resultan gravosos y carentes de ética profesional, podrían ser solucionados mediante otros medios tales como el Derecho Administrativo Sancionador.

Para ello es necesario determinar los criterios por los cuales se establece la lesividad en el delito de Peculado Doloso por apropiación.

De acuerdo a lo antes dicho, la investigación apunta a convertirse en una una propuesta a la problemática jurídica existente en la determinación del nivel de lesividad del acto administrativo para la configuración del delito de peculado doloso en la administración pública en agravio del Estado; por ello es necesario conocer, analizar y determinar los beneficios y ventajas que trae para la administración de justicia el establecer razonamientos que determinen la lesividad del procedimiento administrativo en relación al monto de dinero apropiado o utilizado de cualquier forma para sí o para otro.

La investigación propuesta es importante para el campo del Derecho Penal, Procesal Penal, el art. IV del Título Preliminar del Código Penal, pues permitió realizar un análisis al artículo 387 del Código Penal, la Ley Nro. 29758, con la intención de poder conocer de un modo concreto los criterios para establecer la lesividad en la configuración del delito de peculado doloso por apropiación.

En efecto, si bien es cierto que el Bien Jurídico protegido en el delito de Peculado Doloso, es la seguridad de la afectación de los bienes del Estado a los fines para los cuales se han reunido o creado; esto no significa que se deba activar el Sistema de Justicia Penal cuando los bienes en cuestión significan de mínima lesividad para el erario público.

Por el contrario, al momento de establecerse dicha lesividad deben ponderarse adecuadamente el contexto y el cuántum afectado, de ahí que sea necesario realizar el presente estudio.

Es por esto que la investigación y el resultado de ella serán de mucha utilidad en la práctica jurídica y jurisdiccional nacional, pero sobre todo contribuirá a que la Universidad Nacional de Cajamarca disponga de mayores fuentes de información para los alumnos de pregrado y postgrado, egresados y docentes vinculados a las ramas del derecho, la administración y la gestión pública. De manera personal el ánimo de contribuir al conocimiento y aplicación correcta de las normas y leyes por parte de los funcionarios o servidores públicos.

1.4. OBJETIVOS

1.4.1. Objetivo General:

Determinar los criterios para establecer la lesividad en la configuración del delito de peculado doloso.

1.4.2. Objetivos específicos:

- a) Identificar los principios del Derecho Penal que transgrede la garantía del principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública.
- b) Determinar qué medio es más viable e idóneo para sancionar casos en los que el cuántum de la afectación al bien jurídico protegido del delito de peculado doloso por apropiación sea ínfimo.

- c) Analizar la prohibición de exceso del principio de proporcionalidad de la pena en la determinación de la pena por delito de peculado doloso.
- d) Elaborar una propuesta legislativa que determinará los criterios señalados en el objetivo general.

1.5. DELIMITACIÓN Y LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN

1.5.1. Espacial

El estudio de la legislación pertinente se ha limitado a su tratamiento, es decir, se ha estudiado la normatividad peruana, tales como: principios y normas constitucionales, normas del derecho penal; respecto del análisis de la doctrina, el estudio se ha realizado dentro de la doctrina nacional de acuerdo al contenido de las distintas figuras.

1.5.2. Temporal

En el aspecto temporal la investigación está condicionada por las unidades de observación; siendo el caso el primer párrafo del artículo 387 del Código Penal Peruano, que regula el tipo penal del delito de peculado en la modalidad apropiación o utilización de caudales o efectos públicos puestos a su disposición para custodiarlos o administrarlos, debido a la calidad de funcionario o servidor que ostenta.

El análisis viene a ser transaccional, puesto que se ha ocupado de aquellas instituciones jurídicas durante su periodo de vigencia, el mismo que corresponde a la vigencia del Código Penal;

en el caso del acervo doctrinario de dichas figuras, así como del principio de lesividad, principio de mínima intervención, principio de proporcionalidad; ha sido pasible de una investigación longitudinal por lo que no es posible establecer un periodo determinado de tiempo.

1.6. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN

La principal limitación enfrentada en el particular está referida al escaso desarrollo doctrinario respecto a los criterios jurídicos para establecer la lesividad en la configuración del Delito de Peculado Doloso. Siendo que a fin de superarla se recurrió a las fuentes básicas del Derecho Penal efectos de sustentar la investigación.

1.7. TIPO Y NIVEL DE TESIS

1.7.1. De acuerdo al fin que persigue

Al ser la investigación eminentemente dogmática, es equivalente en el ámbito científico a la investigación básica, por cuanto se traduce en la actividad orientada a la búsqueda de conocimientos teóricos, sin un fin práctico inmediato. Teniéndose por finalidad la de incrementar el conocimiento jurídico y proponer soluciones en la mejora de la administración de justicia; sobre todo, en la adecuada delimitación de los fundamentos que establecen la lesividad del acto para la configuración como delito de peculado doloso en la administración pública en agravio del Estado.

Y con ello proponer los criterios para delimitar la lesividad al bien jurídico protegido en el delito de peculado doloso.

1.7.2. De acuerdo al diseño de la Investigación

1.7.2.1. Propositiva

Esta investigación es de tipo propositiva, por cuanto se buscó elaborar una propuesta legislativa, a fin de determinar los criterios que establecen la lesividad en la configuración del delito de Peculado Doloso en la administración pública en agravio del Estado, y a su vez incrementar el conocimiento jurídico respecto del delito de peculado doloso.

En base a la argumentación utilizada se pretende convencer al lector de que la propuesta legislativa mejorará la problemática real del delito de peculado doloso en tanto que se establecerán criterios para establecer la lesividad del bien jurídico protegido por este delito.

1.7.2.1. Explicativa

Esteban Nieto (2018, p. 2) define la investigación explicativa como aquella que “Trabaja con hipótesis causales, es decir que explican las causas de los hechos, fenómenos, eventos y procesos naturales o sociales”.

Esta investigación es explicativa pues mediante la hipótesis formulada se forma un camino a seguir en el trabajo que explica las relaciones causales de los hechos con las conclusiones.

1.7.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan

1.7.3.1. Cualitativa

La presente investigación es cualitativa en base al carácter sistemático sustentado en la interpretación del artículo 387 del Código Penal que tipifica el delito de peculado doloso por apropiación, a partir de la revisión documental, doctrinaria y normativa, en atención al contexto y entorno con el fin de determinar los criterios que establecen la lesividad del acto administrativo para la configuración del delito de peculado doloso por apropiación.

Pretendiéndose que la investigación sea holística sin la necesidad de plantear como objetivo probar teorías científicas de validez universal o hipótesis matemáticamente contrastadas.

1.8. HIPÓTESIS

Los criterios jurídicos para establecer la lesividad del acto administrativo público para la configuración del delito de peculado doloso por apropiación son:

- a) El contexto en que se realiza la apropiación de los caudales del Estado.
- b) El cuántum de la afectación al patrimonio del Estado.

1.9. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

1.9.1. Genéricos

1.9.1.1. Método analítico

Este método es aplicado en la investigación, de forma que con la búsqueda documental se proceda a realizar un análisis que pueda tener diversas formas de interpretación.

Al hacer uso de este método se crea un camino mediante el proceso de descomposición, es decir en adelante las fuentes dogmáticas se analizaron por medio del entendimiento, la crítica y la contrastación.

Analizando no solo literatura jurídica sino distintos casos tipo de las Fiscalías Especializadas en Delitos de Corrupción de funcionarios para explicar las conjeturas de modo que los criterios para establecer la lesividad en el delito de peculado vienen a ser comprensibles en las conclusiones.

1.9.2. Propios del Derecho

1.9.2.1. Método exegético

Este método se aplica en la investigación a fin de interpretar el Artículo 387 del Código Penal Peruano, para analizarlo de manera que se dé sentido a la tipificación utilizando la lógica frente a la aplicación mecánica de una norma.

1.9.2.2. Método hermenéutico

Por este método que se buscó no solo interpretar, sino comprender de manera sistematizada utilizando la lógica, la gramática y la histórica el alcance del primer párrafo del art. 387 del Código Penal Peruano y si se pueden establecer las razones dogmático-penales con el fin de definir criterios fundamentales para la aplicación de la lesividad en la configuración del Delito de Peculado Doloso.

La hermenéutica al tener carácter universal por lo que busca relacionar los alcances de la norma con la teoría de la argumentación.

1.9.2.3. Método dogmático

Para Ramos Núñez (2005), una investigación jurídico-dogmática concibe el problema jurídico desde una perspectiva estrictamente formalista, descontando todo elemento fáctico o real que se relacione con la institución o especie legislativa (p. 112).

Lo que se estudia en este trabajo de investigación son además de los elementos del delito de Peculado por apropiación son las teorías de la importación personal, relacionada con los principios de última ratio y proporcionalidad de la pena; proponiendo la solución mediante una propuesta legal que combina los mencionados principios con el razonamiento práctico visto en los casos tipo donde la cuántum de la afectación del bien jurídico en el delito de peculado es inferior.

1.10. TÉCNICAS

1.10.1. Observación Documental

Dado el enfoque cualitativo se realizó la búsqueda de literatura jurídica con el fin de estudiar los documentos que contienen la doctrina con las teorías del delito de peculado doloso.

Asimismo, se revisaron casos tipo de Peculado Doloso por apropiación cuando el cuántum de la afectación sea mínimo, ubicados en las Fiscalías Especializadas en Corrupción de funcionarios, con el fin de analizarlos mediante los métodos explicados *ut supra*.

1.10.2. Análisis de Registro Documental

Esta técnica permitió recopilar el material documental adecuado, acorde con la finalidad de nuestro estudio, tanto a nivel doctrinario, normativo y jurisprudencial. Esta recopilación se efectuó principalmente de fuentes primarias tales como el Derecho Penal general y los principios del Derecho.

1.11. INSTRUMENTOS

1.11.1. Hoja de Ruta

La hoja de ruta se ha utilizado para la aplicación de la técnica de observación documental, pero específicamente en la revisión de los casos tipo relacionados al Delito de Peculado doloso.

1.12. POBLACIÓN Y MUESTRA

Al ser la investigación dogmática, explicativa y cualitativa, y al no haberse propiciado modificación de la realidad ni manipulación de variables, no es posible consignar una población y muestra, incluso para efectos del estudio de los casos tipo puesto que son meramente referenciales y el análisis que se llevará a cabo respecto de los mismos será cualitativo.

1.13. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Al efectuarse la búsqueda en el Registro Nacional de Trabajo de Investigación (RENATI), se encontraron dos Tesis de pregrado; la primera, titulada “Empirismos normativos en los límites del principio de lesividad en el delito de peculado de uso” de la Universidad Señor de Sipán (Martínez Huamán y Muñoz Chudán, 2018), la cual pone en debate el problema respecto a los Límites del Principio de Lesividad en el Delito de Peculado de Uso regulado en el Código Penal en su artículo 388, concluyendo que esta norma no se aplica de manera debida, ya que no se ha establecido a nivel de normas o jurisprudencia cuales son los Límites del Principio de Lesividad que tienen que infringir los funcionarios o servidores públicos para que su conducta que lesiona o vulnera los bienes proponiendo una modificatoria al artículo 388 último párrafo respecto al delito de peculado de uso.

La segunda, Tesis de pregrado titulada “La Exigencia de un Monto Mí-nimo para la Configuración Típica del Delito de Peculado”, de la Univer-sidad Privada de Tacna (Díaz Cutipa, 2018); en la que se pretenden es-tablecer lineamientos para la configuración del delito de peculado pues debido a su ínfima cuantía, lo considera irrelevantes para el Derecho Penal, concluyendo que existen los delitos de Peculado que presentan mínima cuantía, y por su condición de tal no son lo suficientemente gra-ves y por ello no tienen la capacidad de ser sancionado por la vía penal.

CAPITULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. ASPECTOS IUS FILOSÓFICOS

En esta investigación se buscó determinar criterios para establecer la lesividad en el delito de peculado doloso por apropiación argumentándose esta búsqueda en la delimitación del poder punitivo del Estado, denominado también *Ius puniendi*.

Un Estado constitucional de derecho para Kelsen tiene una mutua relación entre Estado y Derecho, pues identifica que no es posible separarlos y que ambos son un todo. Es decir, el derecho es una manifestación jurídica del Estado.

Manifestación que pondera de autoridad al Estado para manejar una sociedad democrática, así, en la obra **“El Príncipe”** de Maquiavelo se dice que para mantener la autoridad los medios sean los que fueren parecerán siempre honrosos y nos faltarán quien los alabe.

Medios que en la presente investigación son interpretados como los delitos tipificados en el Código Penal Peruano. Feurebach fue uno de los impulsores de la codificación del Derecho penal, defendiendo la teoría de que el Estado tutela derechos y que

“(…) el orden surge para que el hombre pueda realizare y, por otra parte, los derechos no son permisos morales ni acciones moralmente indiferentes, sino que lo son tanto a la acción moral como a la acción inmoral” (Von Feuerbach, 2007, p. 18)

Con el pasar de los años, esta codificación ha evolucionado en algo que va más allá de simples tipos penales, dividiéndolo ahora por características que en primera instancia crean celeridad al tipificar las conductas pero que podrían estar desvirtuando el poder punitivo del Estado y supeditándolo a el simple hecho de “punir”.

Mamaní, Puebal, y Scatolini (2008) afirman: “Se considera entonces, que esta postura del legislador, se vuelve peligrosa, ya que no responde a un análisis exhaustivo de las situaciones conflictivas, sino que lo hace ante una opinión pública deseosa de punir.” (p. 130)

La epistemología del derecho penal y sus sistemas viene de la necesidad de proteger los bienes jurídicos considerándolos lo más valioso para el Estado, justificando su fuerza punitiva en las conductas que pondrían en riesgo dichos bienes.

Por ello se crean estos medios para prevalecer esa autoridad que tiene el Estado democrático frente a hechos punibles y su necesidad de intentar castigar pero sin dejar de proteger de procedimientos punitivos excesivos.

Se requiere tomar alcance de lo que es el derecho penal y a su tipo de Delito de peculado doloso por apropiación además del fin de la pena de prevenir, proteger y resocializar y de los alcances (posibles soluciones) del derecho administrativo sancionador cuando se infrinja lo establecido por la norma.

Convenir que el artículo 387 del código penal peruano es un medio “honroso” para mantener la autoridad del Estado es conformarnos a que las leyes dictadas por el Legislativo denominándolas perfectas, cuando en la práctica son

muchos los problemas que podrían estarse evitando al aplicarse esta norma con un límite de cuántum.

2.2. ASPECTOS JURÍDICOS, TEÓRICOS Y DOCTRINARIOS

2.2.1. Límites del poder penal

El Estado existe porque tiene como objetivo principal garantizar la vida en común de los ciudadanos, es por ello que se le ha otorgado la potestad sancionadora, para que de esta forma y contando con un sustento normativo pueda penar y castigar aquellas acciones que atenten contra los bienes jurídicos protegidos por el sistema legal (Yacobucci citado en Guevara, 2016, p. 17).

Si bien a lo largo de esta investigación se ha connotado lo que es el *Ius Puniendi* o función punitiva del Estado Social y Democrático de derecho. Por lo tanto, el Estado con el poder que le ha sido atribuido podrá imponer penas o sanciones cuando se infrinja lo establecido por la norma.

Se asume la naturaleza constitucional de las potestades penales (tribunales y jueces del poder judicial) y las sancionatorias (administración pública) (Vignolo Cueva, 2008, p. 175). El sistema constitucional que hace mención en el Perú a los tres poderes del Estado atribuye la potestad sancionadora a los órganos jurisdiccionales, sin embargo, la necesidad en los Estados de que la administración pública también ejerza esta potestad ha aumentado al punto que en la actualidad la potestad punitiva del Estado es ejercida también por la administración pública (Vergaray Béjar y Gómez Apac, 2009, pp. 403-438).

Por lo tanto, el Estado al ser el titular del *ius puniendi* ejercerá su poder, valiéndose de los diferentes recursos normativos, los mismos que han sido tipificados por el mismo Estado, quien tiene además la facultad de perseguir a todo aquel que no cumpla con dicha normativa.

Rojas Rodríguez (2015, p. 35) separa las siguientes manifestaciones del *ius puniendi*: el Derecho Penal, el Derecho Disciplinario, el Derecho Administrativo Sancionador, las Sanciones Parlamentarias (por infracciones al Código de Ética del Parlamento y por infracciones a la Constitución), las Consecuencias Accesorias, los procedimientos de Ratificación de Magistrados, y las facultades disciplinarias de los jueces (sanciones a particulares por infracciones a los deberes procesales). Esta descripción brinda una noción aproximativa de cómo está constituido el ámbito sancionador del Estado. Más adelante se explica la razón por la que estos sectores del ordenamiento jurídico son manifestaciones del *ius puniendi nacional*, toda vez que tal consideración no es pacífica en la doctrina.

El derecho penal tiene como función contener y reducir la potestad punitiva del Estado, si bien es un elemento indispensable para que el Estado democrático subsista, estos medios de coerción deben ser limitados con el fin de no causar más daños que beneficios.

La política criminal necesita del Derecho Penal para mediar conductas y prevenirlas, y necesita también de la potestad punitiva o *ius puniendi*, como la facultad del Estado para imponer penas ante la comisión de un delito, además de considerar ciertos principios:

2.2.1.1. Principio de necesidad o de mínima intervención

El alcance del Derecho Penal como forma de control social, es de trascendencia político-criminal; es decir que asuntos como roces entre dos o más sujetos, no precisamente activarán las facultades de derecho Penal o que serán provistas de pena, pues es necesario entender que no todas las conductas que causan algún daño son injustos criminales, pues de darse una posible vulneración del derecho de alguien, hay varias esferas del Derecho que podrían operar para ponerlo en salvaguardo.

Martos Núñez (1987, p. 100), conceptualiza al Principio de Mínima intervención como “el Derecho Penal solo tutela aquellos derechos, libertades y deberes imprescindibles para la conservación del Ordenamiento Jurídico, frente a los ataques más intolerables que se realizan contra el mismo”

Escribe Villegas Fernández (2009), que el principio de mínima intervención (...) se configura como una suerte de idea-fuerza, centro de un sistema solar alrededor del que orbitan otros principios como el de “fragmentariedad”, “ultima ratio”, “proporcionalidad” y hasta el de “insignificancia”.

“El derecho penal no interviene de cara a la regulación de todos los comportamientos del hombre en sociedad, sino sólo en orden a evitar los atentados más graves que se dirijan contra importantes bienes jurídicos” (Villegas Fernández, 2003)

En el mismo orden de ideas Quintero Olivares (1981, p. 48), el Derecho penal no puede nunca emplearse en defender intereses minoritarios y no necesarios para el funcionamiento del Estado de Derecho, siendo inadecuado recurrir a sus gravísimas sanciones si existe la posibilidad de garantizar una tutela suficiente con otros instrumentos jurídico no penales.

Cabe destacar que se desmerecen actividades que son reprochables, dado que incurrir en el delito de peculado es moral y éticamente incorrecto y afecta el orden social de un Estado de Derecho, pero afecta también el fin del funcionamiento del derecho y las garantías constitucionales que aseguran un derecho Penal subsidiario con respeto a los principios.

En efecto, el Derecho Penal se ha caracterizado con el paso del tiempo como un Derecho que debe aplicarse mínimamente, situación que para Martos Núñez (1987), podría darse debido a que el Derecho Penal aún confía en el hombre, de tal modo que cuanto menor sea la intervención punitiva, más fecunda y próspera será nuestra vida comunitaria (p. 101).

Villavicencio (2016), citando a Mir Puig, escribe que el principio de mínima intervención conduce a la exigencia de utilidad, pues la mera utilización de instrumentos violentos como la pena siempre afectará la idea de un Estado de Derecho.

El Estado social y democrático en la filosofía del derecho expresa la libertad del Estado social con la formalidad necesaria que da

paso a un Estado de Derecho que es controlado por los diversos poderes para asegurar la protección de los derechos de la población.

En la Ejecutoria del 8 de abril de 1998 del Exp Nro 570-98, se concluye que: “El principio de mínima intervención del Derecho Penal es compatible con la idea de estado Social, rechazándose la idea de un Estado Represivo como protector de los intereses de las personas”

Se pone un límite a esta intervención en aras de proteger el Derecho a la libertad pues, de los grandes principios del derecho a partir de los cuales se configuran varios cuerpos normativos, está el derecho a la libertad y de lo anteriormente explicado, la teoría de Feuderbach concebía a la libertad como una exigencia que el derecho Penal debía considerar.

Volviendo a citar la ejecutoria del Exp. 570-98, se parte de la idea de que la intervención penal supone la intromisión del Estado en la esfera de libertad del ciudadano, que solo resulta tolerable cuando es estrictamente necesaria –inevitable- para la protección del mismo ciudadano.

La jurisprudencia que soporta la investigación muestra que el principio de intervención mínima integra dos postulados básicos del Derecho penal preventivo: subsidiaridad o última ratio y carácter fragmentario del Derecho penal (Exp Nro. 1883-2012 de Junín)

Por ello es que el Derecho Penal solo debe permitirse su intervención en hechos que afecten gravemente los bienes jurídicos protegidos por el Estado. García Pablos de Molina (2000, p. 379) suscribe que no se trata de proteger a los bienes jurídicos de cualquier peligro que los pueda vulnerar, sino de “programar un control razonable de la criminalidad, seleccionando los objetos, medios e instrumentos”.

2.2.1.2. Principio de subsidiariedad

Ramón Berdugo, J. & Gómez de la Torre al responder sobre su sentido Jurídico, manifestaron que “el principio de intervención mínima, que forma parte del principio de proporcionalidad o de prohibición del exceso, cuya exigencia descansa en el doble carácter que ofrece el derecho penal”.

Con doble carácter los ponentes se refieren al Derecho fragmentario (del que hablaremos en adelante), y del Derecho Subsidiario, que como *ultima ratio*, ha de operar únicamente cuando el orden jurídico no pueda ser preservado y restaurado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal.

Anteriormente explicamos, mediante diversas conceptualizaciones lo que viene a ser el Principio de mínima intervención, en el que el carácter subsidiario, para Poliano Navarrete (2016, p. 103) “es la significación del principio de oportunidad que configura el Derecho Penal como la última ratio, del Ordenamiento Jurídico”.

Villavicencio (2016, pp. 93-94), escribe el principio de subsidiariedad se trata de la llamada *ultima ratio* o *extrema ratio*, en el sentido que solo debe recurrirse al Derecho Penal cuando han fallado todos los demás controles sociales. El Derecho Penal debe ser el último recurso que debe utilizar el Estado.

Volviendo a los que manifestaban los ponentes Ramón Berdugo, J. & Gómez de la Torre, se referían al principio de última ratio, igualmente como manifestación del principio de intervención mínima. El ponente aclara que debe recurrirse al derecho penal “exclusivamente en la medida que ello sea necesario”.

Pero ¿cuándo es necesario? El derecho se instaura como un control social, que protege aquellos derechos inherentes a la persona, en la constitución el derecho penal es un instrumento de utilidad social, pero que no puede ser usado para cualquier motivo que perturbe el orden social. Los motivos tienen que interesar jurídicamente por el nivel de daño en la afectación.

2.2.1.3. Principio de fragmentariedad

Al ser el Derecho Penal un derecho fragmentario, no se protegen todos los bienes jurídicos, sino tan solo aquellos que son más importantes para la convicción social, limitándose además, esta tutela a aquellas conductas que atacan de manera más intensa a aquellos bienes, lo que no solo exige la protección de los bienes jurídicos más importantes, sino también que dicha protección se

dispense solo frente a los ataques más importantes y reprochables, y exclusivamente en la medida que ello sea necesario.

Sirviendo de directriz político-criminal que determina en el legislador hasta qué punto puede transformar determinados hechos punibles en infracciones o no hacerlo, por lo tanto, muy útil para la criminalización primaria (Villavicencio, 2016, p. 94).

Velásquez Velásquez (1995), establece tres fundamentos para determinar la fragmentariedad de la selección penal: “primero, defendiendo al bien jurídico de ataques que impliquen una especial gravedad; segundo, tipificando solo una parte de lo que se estima como antijurídico. Tercero, dejando, en principio, sin castigo las acciones meramente inmorales.” (p. 42)

2.2.1.4. Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad de las penas es un valor constitucional implícitamente derivado del principio de legalidad penal, así reconocido en el artículo 2º, inciso 24, literal d), de la Constitución, en interpretación conjunta con el último párrafo del artículo 200º constitucional, en el que se reconoce explícitamente el principio de proporcionalidad.

El Principio de Proporcionalidad ha adquirido su relevancia gracias al Derecho Penal, y es actualmente uno de los principios que más se ha generalizado en otras esferas del derecho; pero es la

esfera del Derecho Penal la que más ha ahondado en este aspecto, siendo que las penas debían ser “proporcionales” a la culpabilidad.

Es aquí donde debes aclarar que la culpabilidad y la determinación judicial de la pena se verán más adelante en este trabajo de investigación, pero para dar más alcance a lo que es el principio de proporcionalidad se estimará a grandes rasgos sus características.

Siendo el punto de partida para una ponderación abstracta entre el peso de las magnitudes de la pena y el hecho delictivo; en palabras de Villegas (2006, p. 36):

Se trata de desterrar la imagen de una balanza en cada uno de cuyos platillos se posará la infracción penal y su sanción, hasta alcanzar una especie de equilibrio ideal entre ambos. El objetivo es la búsqueda de la eficacia.

Llamada también Prohibición en exceso, consiste en la búsqueda de un equilibrio entre el poder penal del Estado, la sociedad y el imputado. Constituye un principio básico respecto de toda intervención gravosa de este poder, directamente a partir del principio del Estado de Derecho (Villavicencio T., 2016, p. 115).

En el anteproyecto de la Parte General del Código Penal del 2004 (artículo VIII, segundo párrafo, Título Preliminar) reconoce este principio al señalar que “la pena y la medida de seguridad se impondrán, según sea el caso de acuerdo a los principios de proporcionalidad”.

Fuentes Cubillos, H. (2008, p. 3), respecto a este principio, dice que:

Se erige en un elemento definidor de lo que ha de ser la intervención penal, desde el momento en que trata de traducir el interés de la sociedad en imponer una medida de carácter penal, necesaria y suficiente, para la represión y prevención de los comportamientos delictivos,

Perello Domenech (1997, pp. 69-75), realiza un análisis del principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional en el Derecho Europeo, reconociendo un total de tres elementos que conforman este principio:

- a) La idoneidad o juicio de adecuación: Para comprobar la utilidad o idoneidad de una medida restrictiva de un derecho habrá de verificarse, inicialmente, si es apta para la consecución del fin perseguido. En efecto lo primero que habrá que comprobar es si la medida enjuiciada supera el oportuno juicio de adecuación, o, en otras palabras, si la relación medio-fin resulta adecuada e idónea. Es preciso, por tanto, que la restricción que surge el derecho resulte realmente útil para justificar el fin perseguido, o dicho negativo, que la medida restrictiva no sea desde todo punto de vista, y en principio, absolutamente inútil para alcanzar el fin.
- b) La necesidad o juicio de indispensabilidad: Una vez constada la existencia de una adecuada relación medio-fin, esto es, superado el test de adecuación, el análisis debe recaer sobre la necesidad de la medida enjuiciada. Ello implica examinar si la

intervención pública es indispensable, por no existir un instrumento más moderado para con consecución.

De entre los diversos medios posibles, habrá de optarse por aquel que implique una menor restricción en la esfera jurídica de los afectados, esto es que no importa un sacrificio claramente innecesario por no existir otra alternativa menos gravosa, que puede satisfacer igual objetivo.

Por tanto, de entre las posibles alternativas, deberá elegirse siempre aquella menos gravosa o restrictiva de los derechos; para ellos habrá que confrontar los diversos medios igualmente idóneos y aptos para la consecución del fin, y determinar aquella que resulte menos onerosa, siempre que existan otras alternativas que garanticen de modo satisfactorio el objeto que justifique el límite, por siguiente, han de rechazarse las medias más gravosas y elegir el medio más beneficioso.

c) La proporcionalidad en sentido estricto

Finalmente, superados los anteriores juicios de idoneidad y necesidad, de comprobarse si existe un equilibrio entre las ventajas y perjuicio que se generan por la limitación de un derecho para la protección de otro bien o derecho constitucionalmente protegido. Para ello, resulta inevitable valorar los diferentes intereses contrapuestos y las circunstancias concurrentes en cada caso. Los beneficios y ventajas derivados de la restricción del derecho deben ser siempre superiores a los perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto. Debe

existir una equilibrada ponderación entre las ventajas y los perjuicios que se generan cuando se limita un derecho a fin de proteger otro derecho o bien constitucionalmente protegido, tomando en consideración las circunstancias relevantes en cada caso. En definitiva, ello implica que los medios elegidos deban mantener en una relación razonable con el resultado perseguido.

De la proporcionalidad entre el delito y la pena, si se tienen en cuenta que la intervención del poder penal no puede generar más daño que el hecho concreto al cual responde; Binder (2004, pp. 192-193), señala que la ilicitud puede reflejarse bajo la relación del hecho concreto (delito) y la respuesta punitiva estatal (pena) y esta relación solo es admisible si es proporcionada.

Peña Cabrera (1997, p. 84), dice, en el marco de la proporcionalidad en la criminalización primaria y secundaria, que “este principio está dirigido al ejercicio del poder penal tanto del Poder Legislativo como del Poder Judicial”. Siendo que el poder Legislativo debe establecer penas proporcionadas, en abstracto, a la gravedad del delito; y el Poder Judicial respecto a las penas que impondrán los jueces al autor en proporción a la gravedad.

El Tribunal Constitucional en la Sentencia de fecha 22 de octubre de 2012, recaída en el Exp. Nro. 01010-2012-PHC/TC,

en sus fundamentos del quinto al sétimo, se puede concluir que:

El principio de proporcionalidad usualmente ha sido enfocado como una “prohibición de exceso” dirigida a los poderes públicos. Pero a su vez, ninguna medida legislativa podría, en un afán por favorecer ‘a toda costa’ la libertad personal, anular el factor preventivo como finalidad de la pena a imponerse.

2.2.1.5. Principio de lesividad

Villavicencio Terreros (2016, pp. 93 a 116) considera que la denominación *Ius Puniendi* no existe, pues hasta que no se dice la norma originaria “la posibilidad de castigar o prevenir aparece no como derecho (concepto jurídico) sino como potestad no mediada por la forma jurídica”.

Es así que existen la distinción de la legitimación extrínseca (brindada por la Constitución y tratados internacionales) y a legitimación intrínseca (basada en una serie de principios), conocidas también como límites materiales o garantías penales, dentro de los cuales se encuentran:

- a) El principio de legalidad, entendido como el límite común de un Estado de Derecho.
- b) El Principio de prohibición de la analogía, entendida como el proceso por el cual son resueltos los casos no previstos por la ley, extendiéndoles a ellos las disposiciones previstas para casos semejantes (Montavani, 1979, p. 103)

- c) El Principio de Irretroactividad (excluyéndose la posible aplicación de leyes penales retroactivas cuando son desfavorables para el reo)
- d) El principio de Necesidad o de mínima intervención (el cual fue estudiado con anterioridad en esta investigación); y:
- e) El principio de exclusiva protección de los bienes jurídicos en el que se encuentra el llamado Principio de Lesividad.

Amparado en el artículo IV del título preliminar del Código Penal, mismo que señala que “La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”

Villavicencio (2016) también dice que, de acuerdo al principio de lesividad u ofensividad, para que una conducta sea considerada ilícita no sólo requiere una realización formal, sino que además es necesario que dicha conducta haya puesto en peligro o lesionado a un bien jurídico determinado. Se le identifica con la máxima "*numquam crimen sine iniuria*"

En el Exp. Nro. 25-28-B- Lima en Rojas Vargas & Infante Vargas 2001, p. 48; de fecha 29 de mayo de 1998:

El título preliminar de nuestro ordenamiento penal enarbola un conjunto de principios garantistas consagrando entre ellos: el de lesividad, por el que para la imposición de la pena, necesariamente se requiere de la lesión o la puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley.

Asimismo, en el Exp. Nro. 2529-99-Huánuco en Rojas Vargas & Infante Vargas 2001, p. 49), de fecha 5 de agosto de 1999

El principio de lesividad en virtud del cual, en la comisión de un delito tiene que determinarse, según corresponda la naturaleza del mismo, al sujeto pasivo que haya sufrido la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la norma penal (...)

De modo que el principio de lesividad puede entenderse como la imposibilidad de cualquier derecho de legitimar una intervención punitiva cuando a lo sumo no media un conflicto jurídico, (Torres, 2015, p. 1) entendido este último como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno.

Como explica Ferrajoli (2012, p. 466):

“Es denominador común a toda la cultura penal ilustrada: De Hobbes, Pufendorf y Locke a Beccaria, Hommel, Bentham, Pagano y Romagnosi, quienes ven en el daño causado a terceros las razones, los criterios y la medida de las prohibiciones y de las penas.”

En palabras de Villavicencio (2016) si se obviara este principio, el de la intervención mínima sería un límite demasiado vago². Podría afirmarse por tanto que, para sostener la validez de la norma se debe demostrar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido.

Sólo así las prohibiciones, al igual que las penas, pueden ser configuradas como instrumentos de minimización de la violencia y tutela de los más débiles. (Ferrajoli, 2012, p. 466)

² Efectivamente, Ramos & Zanazzi (2015) hacen ver que ninguna ley puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, ya sea que se trate de una afectación individual o colectiva, más o menos concreta, total o parcial de un bien jurídico.

En este orden de ideas, se define al Principio de Lesividad bajo dos concepciones: una como una garantía penal de la persona y por tanto como un límite es decir como una condición necesaria para la intervención Penal (Sine qua non); y como una condición suficiente para legitimar esa intervención y por ello como un factor de expansión y maximización del Derecho Penal.

Zaffaroni y Hagemeyer (1989), sostienen que, según el principio de lesividad, ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo:

Este principio no sólo expone la función que debe cumplir el Derecho Penal, sino que también limita y circunscribe la intervención punitiva del Estado. Además, este principio tiene una gran importancia en un Estado Social, Democrático de Derecho, y comprende tres consecuencias:

Primero, todos los preceptos penales deberán proteger bienes jurídicos; segundo, un Estado no puede imponer penas que recaigan sobre el ejercicio de tal libertad moral, política o religiosa; tercero, debido a que la potestad punitiva del Estado debe tutelar intereses que pretendan toda la sociedad y no un grupo determinado.

a) Lesividad y la llamada moral del Derecho

Ferrajoli (2012, p. 110), postula que el derecho axiológicamente se encuentra separado de la moral, pues no tiene tarea de imponer o reforzar la moral, pues, en garantía del pluralismo moral y político; esto es, de la convivencia pacífica de varios puntos de

vista morales, es necesario que la ley limite la punición únicamente frente a los comportamientos que en concreto sean ofensivos respecto a los otros, garantizando por lo demás una esfera intangible de libertad.

De ello proviene la licitud de los actos internos, de aquellos contra sí mismos o contra la religión y, en general, de los comportamientos no lesivos, que entran todos en la esfera de libertad de todos y cada uno. De ello proviene el derecho de todos a cultivar pensamientos malvados y de realizar actos (considerados por algunos) inmorales, siempre que éstos no generen daños a terceros, sin que la cuestión interese en ningún modo a las instituciones jurídicas y muchísimo menos a las instituciones penales.

Es esta neutralidad moral, ideológica y cultural del Derecho la que garantiza la laicidad³ de las instituciones públicas y la que, al mismo tiempo, permite fundar la autenticidad de la ética laica. Entendiendo por “laicidad”, en ambos casos, la recíproca autonomía entre el Derecho y la moral, y entonces el rechazo meta-ético de dos confusiones contrarias.

Por un lado, está la pretensión iusnaturalista de la imposición jurídica de la moral que en realidad se reduce a la imposición de una determinada moral y a la idea de que la acción moral debe ser sostenida por el brazo armado del Derecho antes que por su

³ Principio informador de las relaciones del Estado con las confesiones religiosas que garantiza un ámbito de separación y mutuo respeto entre los planos y esferas de actuación propios de los poderes políticos y los propios de las Iglesias y confesiones.

valor como fin en sí. Por otro lado, está la pretensión ético-lega- lista contraria de la valoración y legitimación a priori del Derecho en cuanto tal, que se reduce de hecho a la desvalorización y des- legitimación moral de la crítica y del disenso.

Entonces, ¿será posible asociar al principio de legalidad seme- jante rol de garantía de la laicidad y de las libertades si se lo en- tiende en el sentido auto poético o autorreferencial de Günther Jakobs? La respuesta es evidentemente negativa. Si por la lesivi- dad de una conducta se entiende de manera general la “perturba- ción de la estructura normativa de la sociedad” o un no mucho más preciso “daño social”, es difícil que el principio de ofensividad pueda operar como un límite a la potestad punitiva y, en particular, que pueda impedir la configuración como ofensiva de cualquier conducta que el legislador considere “inmoral”.

En efecto, desde esta perspectiva, la moral misma –y en particular la moral dominante- se puede concebir como constitutiva de la “estructura normativa de la sociedad” y elevarse y protegerse en un rango de “moral oficial”. Dígase lo mismo de la homogeneidad cultural, o política, o ideológica, que nada impide que sea repre- sentada como una característica de la mencionada “estructura normativa”, y por ello capaz de legitimar la punición del disenso.

En suma, precisamente por su extrema generalidad e indetermi- nación, el principio de ofensividad interpretado en términos de le- sividad del sistema social en general, antes que, de bienes jurídi-

cos determinados en concreto, no es capaz de desenvolver ningún rol de limitación al arbitrio punitivo ni de garantía de las libertades individuales. En cambio, puede fundar y justificar formas anti-garantistas e iliberales de Derecho penal máximo y de maximización, caracterizadas por la intolerancia hacia el disenso, y puede operar sólo como fuente de legitimación, pero no de deslegitimación del Derecho pena.

b) Relación de disponibilidad en el Principio de Lesividad

El Principio de Lesividad se encuentra entre el llamado Principio de Exclusiva protección de los bienes jurídicos, por lo que no se pueden admitir penas cuando no existe un bien jurídico afectado.

Estando, entonces, en la misma línea de operatividad del Principio de Lesividad y la necesidad de que entre el Bien Jurídico⁴, haya una relación de disponibilidad para con el sujeto, relación que asegura el desarrollo de la personalidad de un sujeto, y, por tanto, debe ser visto de manera amplia, como algo material o inmaterial.

c) Distintas posiciones en torno a la reacción de peligro y lesividad

⁴ Se trata del reflejo de los intereses de la vida humana y social de los cuales, el Estado, por medio de la ley encierra su voluntad y objetivo político. También, podríamos sostener que un concepto material de bien resulta adecuado si se lo piensa como un valor cultural que nace en los imperativos y prohibiciones de la misma norma. Desde una visión ontológica, se puede decir que bien jurídico es el resultado de valores ético - sociales orientados por un proyecto de protección basado en principios de universalidad y de dignidad de la persona humana. Con el funcionalismo, podrá verse el concepto de bien jurídico como instrumento para el mantenimiento del sistema de normas, donde la norma es vista como mecanismo para ejercer control social y como expectativa de la conducta esperada (Juarez E.X. Tavarez, 2004)

Ramos & Zanazzi (2015), sostienen cuatro posiciones, tales como la filosófica, desde la que se dice solo debería tratarse o considerarse relevante aquello que es real, porque lo que solamente es posible no tiene esa condición, y, por tanto, no existe en el mundo concreto; llegándose a pensar que solo existía un derecho penal de lesión, limitando la idea de Bien Jurídico a algo meramente tangible.

La segunda posición, en la que juristas como Schröder, distingue entre los delitos de peligro concreto y peligro abstracto, estando que el primero es un elemento del tipo que puede ser constatado por el Juez, y que no hay resultado lesivo sino peligro lesivo; para el Peligro Abstracto, esto cambia pues si bien existen indicios de peligrosidad determinados por la ley, el peligro debe ser constatado ex.post en un caso dado.

La tercera posición en la que Bacigalupo (1994, S/N), explica que en lo relativo a los delitos de peligro abstracto cuando afirma que en realidad son ilícitos menores y por lo tanto meras desobedencias que no ponen en riesgo a los bienes jurídicos.

Y, por último, la posición en la que se sostiene que la norma tiene por función expectativas de comportamiento y está allí a modo de asegurar la confianza en una sociedad, el quebrantamiento de ésta es una cuestión de hecho.

El límite punitivo del Estado es aquella facultad que tiene el Estado para aplicar los denominados castigos mediante sistema jurídicos que establecen normas sancionadoras.

La política criminal reconoce los principios estudiados ut supra, y centra su estudio en el control que estos ejercen sobre el poder penal del Estado, calificando cada uno con sus respectivas reglas que están asociadas con la Constitución del Estado.

El derecho penal no puede pretender aplicar estos castigos cuando al momento del análisis estos hechos carecen de grave lesividad, misma que será medida por los hechos penalmente antijurídicos y culpables, y viene a ser necesario analizar la teoría de la imputación personal.

2.2.2. Teoría de la imputación personal

Una concepción de culpabilidad orienta a limitar al poder penal debe surgir a partir de las garantías del principio de culpabilidad para obtener legitimación democrática. (Quintero Olivares, 1981, pp. 381-382). Se trata de una culpabilidad por el hecho y no por la culpabilidad de una vida o por el carácter o por el ánimo, para ello la doctrina moderna insiste en identificar un aspecto formal y material del concepto de culpabilidad (Velásquez Velásquez, 2002, p. 395).

Existen dos aspectos, el formal y el material, en el primero la culpabilidad “equivale al conjunto de elementos contemplados como presupuestos subjetivos de la imputación en un sistema de Derecho penal históricamente dado” (Jescheck & Weigend, 2002, p. 380). Pero no basta señalar a la culpabilidad como un juicio de reproche, se requiere identificar el

contenido de los presupuestos en que se fundamenta, pues a esto se denomina el aspecto material de la culpabilidad.

Para Villavicencio Terreros (2016), el fundamento de la culpabilidad se orienta a los fines preventivos de la pena, pero no sobre la base de un libre albedrío indemostrado empíricamente, sino un concepto de la persona frente al cúmulo de condicionamiento (p. 564)

En la culpabilidad se puede considerar a la infracción del deber, como Villavicencio Terreros (2016), dice:

Para nosotros, el fundamento de lo injusto se encuentra en la infracción del deber, que tienen los diversos sujetos activos de preservación de la vida de personas relacionadas, que constituyen sus finalidades esenciales, lo que implica que se considere que dichos sujetos hacen abuso de su condición. (p. 182)

Parma (1997, p. 69), citando a Von Liszt y Schmidt, quienes postulan “La culpabilidad es entonces reprochabilidad de una acción antijurídica en atención a los defectos de los acontecimientos psíquicos que la han causado”.

2.2.2.1. Evolución histórica del concepto de culpabilidad

Este elemento del delito es uno de los más debatidos en la dogmática penal, su evolución incluye la responsabilidad por el resultado, la responsabilidad por culpa, e incluso las concepciones influenciadas por el hegelianismo. De esto existirán cinco concepciones, la Concepción Psicológica, el Positivismo y la culpabilidad,

la Concepción normativa de la culpabilidad, la Concepción funcionalista de la Culpabilidad y la Culpabilidad en la teoría peruana – latinoamericana; que se explicará en adelante:

a) Concepción psicológica

En el siglo XX, dominó el espectro doctrinario de la visión psicológica, es decir la relación entre la conducta y el resultado. Criterio defendido por Franz Von Liszt, quien recibe la influencia del positivismo italiano, pero prefiere eludir el debate entre los liberos arbitristas y los deterministas (Villavicencio Terreros, 2016, p. 566).

Von Liszt entendía que “la culpabilidad es un sentido estricto comprender de la relación subjetiva entre el acto y el autor, esta relación “solo puede ser psicológica” (p. 375).

Von Liszt, no se basaba solamente en una burda falacia naturalista, este autor conjuntamente con Belling, afirmaba que la relación psíquica del autor con el hecho “había de ser, desde luego, la forma de culpabilidad doloso, una circunstancia determinable empíricamente desde el cual no resulta posible tender un puente hacia la inexigibilidad de un comportamiento adecuado a la norma por la intensidad de la presión motivadora.

Siendo la más importante de las formas de la culpabilidad, el dolo, entendido como el conocimiento que acompaña a la manifestación de voluntad de todas las circunstancias del hecho, que acompañan al hecho previsto por la ley (von Liszt citado en Villavicencio Terreros, 2016, p. 567).

Asimismo, explica que la segunda forma viene a ser la culpa, formalmente entendida como la no previsión del resultado previsible en el momento en que tuvo lugar la manifestación de voluntad; es previsible el resultado cuando el autor haya podido y debido preverlo.

Zaffaroni y Hagemeyer (1989, p. 618) quien cita a Liszt, precisa que el concepto psicológico del mencionado autor, le hizo concesiones a la ética tradicional al considerar a la imputabilidad como presupuesto de la imputación subjetiva, definiéndola como “capacidad de motivación normal”.

Es así que el concepto psicológico producto del positivismo, es que esta teoría lo que hacía era mostrar como libre de valoración, lo que en verdad había desvalorado.

La culpa es entonces “reprochabilidad de una acción antijurídica en atención a los defectos de los acontecimientos psíquicos que le han causado” (von Liszt & Schmidt citado en Parma) Siguiendo el orden de ideas, Beling mantenía el siguiente criterio de culpabilidad “relación psicológica del autor con el hecho de su significación objetiva” (Parma, 1997; p. 23).

Es decir que Beling (1944) entendía que si bien la antijuricidad de la acción es necesaria, no resulta suficiente que de manera tal que una acción antijurídica debe haberse producido también culpablemente (pp. 29-30).

No obstante, esta teoría tiene el mérito de haber enfrentado a la antigua concepción de la responsabilidad objetiva y la enfoca en el hombre más que en el resultado de un acto (Reyes Echandía, 1988, p. 5). Es preciso mencionar que esta teoría no dominó completamente, pues era simplemente la concepción naturalista que era liderada por von Liszt.

Para Kohlreuth la culpa consiente y el dolo no era diferentes formas de culpabilidad sino iguales contravenciones culpables de diferentes clases de normas, concluyendo que solo existía una forma de culpabilidad, que "solo hay una forma de culpabilidad que es idéntica con la que se llama dolo" (citado en Bustos Ramírez, 1989, p. 311).

b) Positivismo y la culpabilidad

Bajo la influencia del positivismo y en oposición a la tesis del derecho natural, los juristas describieron, a mitad del siglo XIX, la culpabilidad como el lazo psicológico que une al autor de un acto con el resultado perjudicial ocasionado. Según von Liszt, el agente es culpable por que ocasiona, mediante un acto voluntario, un perjuicio ilícito.

Conforme a esta concepción, llamada "psicológica", la culpabilidad se presenta de dos maneras diferentes: la intención o dolo y la negligencia o culpa. Estas explicaciones se revelaron rápidamente insuficientes. Se negó especialmente que esta tesis pudiera explicar por qué la culpabilidad era excluida en caso de

quien causa, encontrándose en estado de necesidad, un daño ilícito e intencional. Esto a pesar de que entre el autor del acto y el resultado existe una relación psicológica.

Carmignani (1979), sostenía que el delito era resultado de dos fuerzas o acciones que tienen que darse necesariamente juntas para considerar un hecho delito.

Teniéndose estas tres condiciones según Pufendorff (citado en Carmignani, 1979, p. 43), la primera, que el conozca la existencia de la ley; la segunda, que haya previsto el efecto de la acción; y, tercera que haya tenido la voluntad de obrar. De no contar con estos entonces no sería imputable moralmente.

Carrara (1944, p. 69) considera que existen dos fuerzas en el delito: La fuerza física y la fuerza moral; y de su suma se origina un delito, el cual no existiría si alguna de estas dos fuerzas estuviera ausente. Dando diferente tratamiento a los elementos del concurso de voluntad, que son voluntad de obrar y libertad de escoger lo más conveniente por hacer.

Respecto a las críticas de la escuela positivista revelaron que la existencia del libre albedrío no podría ser científicamente demostrado y fue negada por teólogos y filósofos y, que, de ningún modo puede la justicia penal ser condicionada a la creencia en el libre albedrío del delincuente.

Ferri (1928, p. 89), sostuvo que incumbe al Estado la defensa represiva subordinada a la readaptación del delincuente a la vida

social, afirmando que el hombre es responsable siempre de sus actos solo porque vive en sociedad, pues al ser la sociedad un organismo vivo, como todo orden natural tendría que defenderse de elementos nocivos a él.

Desvirtuando así que el fundamento sea de libre albedrío, sino de defensa social, en consecuencia, la medida de las sanciones que se impongan en defensa de la sociedad no podía basarse en la culpabilidad, sino en la peligrosidad, la que supone tener en cuenta la mayor o menor readaptabilidad social del sujeto.

c) Concepción normativa de la culpabilidad

La posición normativa, ve a la culpabilidad como un concepto cultural valorativo, puro, mixto o complejo, integrado por elementos naturalísticos y/o elementos normativo-valorativos. Explicado de manera más imple, la culpabilidad es no solo haber obrado con dolo y cualquier clase culpa, sino haberlo hechos en circunstancias a las que la sociedad, en cabeza del Juez, formule un reproche a ese hecho interior (psicológico), que trastocó el mundo exterior, y que implicó un obrar típicamente antijurídica. (Parma, 1997, p. 37)

Se consideró necesario introducir una noción nueva y de índole normativa: el juicio de valor o reproche. La culpabilidad fue entonces definida como un juicio de reproche formulado al delincuente

por haber cometido un acto ilícito, a pesar de poder actuar conforme al derecho. Esta concepción fue denominada "teoría normativa de la culpabilidad".

Mediante esta elaboración teórica, los penalistas lograron explicar y ordenar mejor los elementos consecutivos de la culpabilidad. Así se consideró a la capacidad penal, por ser indispensable para la formación de la voluntad delictiva, como una condición previa de la culpabilidad. El dolo y la culpa fueron calificados como formas en las que se manifiesta la culpabilidad. Las circunstancias excluyentes de la culpabilidad fueron explicadas recurriendo al criterio normativo de la "no exigibilidad" de otra conducta.

La concepción normativa fue severamente juzgada por los partidarios de la teoría finalista. Esta teoría desplaza, de acuerdo con su peculiar noción de acción humana, la intención de la culpabilidad a la tipicidad. La intención es concebida como el fin perseguido por el agente. La descripción legal del acto incriminado debe, por tanto, aludir a la intención. Según el finalismo, la culpabilidad no es más que un puro juicio de reproche dirigido contra el autor. Este reproche supone que el agente haya podido conformarse, al momento de actuar, a los mandatos del orden jurídico. Es decir, que se le juzga negativamente porque, en el caso concreto, hubiera podido adecuar su voluntad al mandato legal.

Achenbach, dijo que se podían reunir grupos del modo siguiente:

Primero, el grupo "normativo", conformado por Ernst Mayer, Graf Zu Dhona y Sturm, quienes refieren que

la culpabilidad es la contrariedad a la obligación; Segundo, el grupo conformado por quienes dieron al concepto de culpabilidad un carácter jurídico normativo y no ético (Citado en Villavicencio Terreros, 2016, p. 573)

Es así que Frank (1966, p. 29), quien fue un claro opositor de la doctrina de la culpabilidad enfocada a la relación psíquica, señala que:

Y es que si el concepto de culpabilidad se reduce a la suma de dolo e imprudencia y si estos consisten solo en la realización consciente o descuidada del resultado no se explica cómo se podría excluir la culpabilidad mediante el estado de necesidad (disculpante), pues también el autor que obra en estado de necesidad sabe lo que está haciendo

Goldschmidt (1943), quien al igual que Freudenthal trataron de comprobar que el Estado de necesidad para el que sería decisivo un motivo irresistible es una causa de exculpación. Siendo así él explicada que “al lado de cada norma de derecho que determina la conducta exterior hay una norma de deber que exige una correspondiente conducta interior”.

Respecto a la norma de deber o norma de motivación de Goldschmidt, quien sostiene que una acción tiene frente a la ley penal dos aspectos: Por un lado, la de su legalidad y por otro lado, la de su exigibilidad.

En la inexigibilidad de la conducta en Freudenthal (2003, p. 88), se dice que para fundar la reprochabilidad se requiere la exigibilidad

de otra conducta adecuada al derecho, de manera que la inexigibilidad de la conducta aparece como causa general de exclusión de la culpabilidad.

Schmidt (citado en Jackobs, 1995, p. 571), por su parte planteaba un componente generalizado, conocido como la actitud asocial del autor, en el que autor tuvo la oportunidad de percatarse de la dañosidad social por lo que se puede exigir una conducta conforme a Derecho.

Mezger (1958, p. 189), sostenía que “la culpabilidad es una determinada situación de hecho de la culpabilidad (...), la culpabilidad es una situación psicológica”, postulando que la persona a quien no se le puede exigir una conducta distinta a la realizada, está excluida de la culpa.

De acuerdo a Weber (1982, p. 14), quien negaba el principio que enviaba todo lo objetivo a la antijuricidad y todo lo subjetivo a la culpabilidad. Sosteniendo que “la culpabilidad de halla en el poder, la antijuricidad en el deber. El lugar de la antinomia objetivo-subjetivo lo ocupa el deber y el poder”

La culpabilidad según Welzel (1964, p. 107), es la “reprochabilidad de la resolución de voluntad”, puesto que supone que el sujeto hubiera podido motivarse de acuerdo a la norma; siendo que el reproche de culpabilidad presupone que el autor se habría podido motivar de acuerdo a la norma y esto no en un sentido abstracto de que algún hombre en vez de autor, sino que concretamente de que este

hombre habría podido en esa situación estructurar una voluntad de acuerdo a la norma.

Welzel presenta dos presupuestos de la reprochabilidad⁵: El primero, presupuestos existenciales de la reprochabilidad (imputabilidad) y presupuestos especiales de la reprochabilidad (la posibilidad de la comprensión de la injusto).

Siendo que el dolo para Welzel está ubicado en el tipo subjetivo como momento final de la acción, mientras que para los hechos culposos se rige por los mismos criterios que para los dolosos.

d) Concepción funcionalista de culpabilidad

A lo largo del siglo XX se ha aceptado la teoría normativa de la culpabilidad, y como uno de sus presupuestos la exigibilidad de la conducta debida basado en que el hombre elige entre realizar lo injusto o hacer una conducta conforme a derecho.

A mediados de la década de los sesenta del siglo pasado, la reforma de la parte general del Código Penal Alemán motivó la presentación de un proyecto alternativo elaborado por profesores encabezados por Claus Roxin, en el que se ubica a la culpabilidad en el libre albedrío y la libera de cualquier consideración metafísica.

De esta manera, se empieza a negar la relación libre albedrío – reproche-retribución como coordenadas de la culpabilidad capaces

⁵ Sin embargo, también propone se consideren situaciones extraordinarias de motivación “en las cuales se encuentra fuertemente disminuida la posibilidad de una motivación conforme a la norma y con ello la culpabilidad” (Villavicencio, 2016, p. 578)

de servir de enlace entre lo injusto y la pena, y se basa en la culpabilidad en consideraciones político-criminales, reconociéndose dos modelos de estructuras de culpabilidad: Un modelo “complementario” entre las necesidades preventivas del Estado y el concepto de culpabilidad, donde este último limita a la primera (Roxin), y el esquema donde se reemplaza a la culpabilidad, pues la prevención se limita a sí misma (Jakobs).

Por ello se realizó un análisis de estos dos funcionalistas, primero de Claud Roxin y segundo de Gunther Jackobs:

Posición de Claus Roxin frente a la culpabilidad –“responsabilidad”

Roxin define a la culpabilidad desde una perspectiva material, afirmando que es una actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa (Roxin, 1976, p. 807).

Roxin dice sobre la culpabilidad:

“(…) La culpabilidad sigue siendo el presupuesto decisivo (aunque no el único) de la responsabilidad jurídico penal. El hacer depender la punibilidad de la culpabilidad del sujeto tiene como finalidad poner un límite al poder punitivo del Estado (citado en Gonzales Campos, 2000, pp. 73 a 74)

Para Roxin el concepto de reprochabilidad resulta incompleto, ya que la valoración se orienta solo hacia la culpabilidad, sosteniendo que:

La valoración no atañe solamente a la cuestión de si se puede formular un reproche (de culpabilidad) contra el sujeto, sino que es un juicio sobre sí, desde puntos de vista jurídico-penales, ha de hacerse responsable de su conducta. (Citado en Villavicencio, 2016, p. 579)

Roxin plantea cinco concepciones sobre culpabilidad: a) La culpabilidad como “poder actuar de otro modo”; b) la culpabilidad como actitud interna jurídicamente desaprobada; c) La culpabilidad como responder por el carácter propio; d) La culpabilidad como atribución según las necesidades preventivo generales y e) la culpabilidad como actuación injusta a la existencia de asequibilidad normativa.

Asimismo, la responsabilidad penal depende de dos datos que deben añadirse al injusto: La culpabilidad del sujeto y la necesidad preventiva de sanción penal que hay que deducir de la ley. Señala Roxin (1976) que, “el sujeto actúa culpablemente cuando realiza un injusto jurídico-penal, pese a que le podía alcanzar el efecto de la llamada de atención de la norma en la situación concreta y poseía una capacidad suficiente de autocontrol, de modo que le era psíquicamente asequible una alternativa de conducta conforme a Derecho”.

Se puede decir que la concepción de la culpabilidad de Roxin es mixta: empírico-normativa. “Es empíricamente constatable la capacidad general de autocontrol y la asequibilidad normativa que con ella se produce (con ello no se niega que en la zona límite de dicha asequibilidad normativa confluyen valoraciones, por eso sucede en todos los conceptos jurídicos).

Y, segundo, la Posición de Günther Jakobs frente a la culpabilidad –“responsabilidad”

Más conocido como el funcionalismo extremo de Jakobs, siendo que, las palabras de Hormazábal Malarée (2005), de acuerdo con Jakobs, el sujeto es culpable cuando la actuación antijurídica no sólo indica una falta de motivación jurídica dominante -por eso es antijurídica-, sino cuando el autor es responsable de esa falta. Esta responsabilidad se da cuando falta la disposición a motivarse conforme a la norma correspondiente y este déficit no se puede hacer entendible sin que afecte a la confianza general en la norma.

Esta responsabilidad por un déficit de motivación jurídica dominante, en un comportamiento antijurídico, es la culpabilidad. La culpabilidad se denominará en lo sucesivo como falta de fidelidad al Derecho o, brevemente, como infidelidad al Derecho". Y más adelante señala el autor alemán: "Al igual que el injusto del hecho consiste en la realización del tipo faltando un contexto justificante, la culpabilidad consiste en la realización del tipo de culpabilidad faltando un contexto exculpante".

Dicho de otra forma, la culpabilidad ya está ahí, pues con el injusto quedó demostrada con la falta de motivación jurídica y desde luego la responsabilidad del autor por el déficit de motivación jurídica no necesita demostración. La culpabilidad es sinónimo de infidelidad al derecho y la infidelidad al derecho quedó manifiesta cuando el sujeto actuó antijurídicamente.

En suma, una culpabilidad vacía de contenido, pues de acuerdo con su propuesta, ésta ya quedó establecida con su actuar antijurídico que puso de manifiesto su infidelidad al derecho. En suma,

para Jakobs pareciera que la culpabilidad no tiene otra función en la teoría del delito que darles cabida sistemática a las causas de inimputabilidad y de exculpación.

Para Jakobs (1997) “el principio de culpabilidad” significa que la culpabilidad es un presupuesto necesario de la legitimidad de la pena estatal (...) la culpabilidad es el resultado de una imputación reprobatoria motivada por la voluntad defectuosa de una persona.

Jakobs entiende que la culpabilidad es la infidelidad de norma (infidelidad al derecho), es decir un menoscabo que tiene a la norma (Villavicencio, 2016, p. 584). Jakobs mide la infidelidad a la norma en relación al espectro cognitivo y volitivo; es decir, mientras más conocimiento se tenga de la norma, mayor responsabilidad de acatarla, mientras mayor desconocimiento mayor excusa; en tanto que mientras menos voluntad se tenga de aplicar la norma es mayor la infidelidad y mientras mayor voluntad se ponga será menor o no habrá infidelidad a la norma.

La tesis de Jakobs es criticada por abandonar la función restrictiva de la punibilidad del principio de culpabilidad en atención a la prevención general. Al respecto, Roxin considera que “la punibilidad del particular no depende ya de unas circunstancias que radican en su persona, sino de lo que depende ya de circunstancias que radican en su persona, sino de lo presuntamente sea necesario para el ejercicio de los ciudadanos en la fidelidad del Derecho”.

Gonzales Campos (2006, p. 66), señala que talvez aquí Jakobs esté reflejando la realidad alemana, pero para cualquiera que vive en un país como el nuestro sabe muy bien, no sólo de la multiculturalidad sino también del analfabetismo que condiciona el desconocimiento de las normas que llevan precisamente a errores.

Siendo su definición final “El concepto de culpabilidad (...) ha de configurarse funcionalmente, es decir, como concepto que rinde un fruto de regulación, conforme a determinados principios de regulación (de acuerdo con los requisitos del fin de la pena), para una sociedad de estructura determinada. El fin de la pena es (...) de tipo preventivo-general; se trata de mantener el reconocimiento general de la norma (no de intimidación o escarmiento).”

2.2.3. La Pena en el derecho peruano

Feuerbach uno de los máximos exponentes de Filosofía del Derecho Penal, consideraba que la misión de la pena no consistía en alcanzar la Justicia, cualquiera que fueran las consecuencias; sino que sólo era legítima si, tanto en el momento de la conminación legal como en el de su imposición y cumplimiento, conseguía un fin empírico muy concreto: apartar a los posibles delincuentes de cometer delitos en el futuro.

Villavicencio F. (2016, p. 45) indica que la pena es la característica más tradicional e importante del Derecho Penal. Su origen se encuentra vinculad con la del propio ordenamiento punitivo.

Para Bustos & Homazabal (2004, p. 523) la pena es un mal e implica sufrimiento, dolor y aflicción a la persona humana. Empero es necesario

identificar su grado de eficacia, y, si bien en este trabajo de investigación no se tocará a fondo este tema, es necesario identificar la finalidad de la interposición de penas relacionadas a conductas socialmente desvaloradas de la persona.

2.2.3.1. Finalidad de la pena

Para poder recabar en la finalidad de la pena propiamente dicha se tendrá que entender que la Ejecución Penal, está integrada con el sistema de consecuencias penales, que si bien permite al órgano jurisdiccional hacer uso de una política criminal (delimitando su contenido a la ejecución), también brinda autoridades arbitrarias pues dicha política criminal tiende a contaminarse con la falta del principio de legalidad.

Para Ávila Herrer (2011):

Las penas persiguen fines distintos en cada una de las fases que conducen de su previsión a su ejecución. En la fase de conminación legal prevalece el fin preventivo general. La pena fijada en la ley se dirige a la colectividad y se fundamenta y justifica en la necesidad de protección de bienes jurídicos para preservar la coexistencia libre y pacífica de los integrantes de la comunidad. (p. 11)

Es así que, para poder encontrar la finalidad de la pena como tal, se deben aceptar las reglas generales, que consideran que la justificación de la pena es la de prevenir el delito.

Ante ello Meine (2013) señala que:

Las teorías que asignan un fin a la pena se conocen como teorías relativas de la pena. Por regla general, el fin con el cual justifican la pena es la prevención del delito, y dependiendo de a quiénes se

dirige se distingue entre prevención especial, si se pretende evitar que el condenado vuelva a delinquir en el futuro, y prevención general, si se busca prevenir que terceros no delinca. (p. 148)

En ese sentido es necesario explicar las teorías y en qué derivan cada una de ellas, siendo estas, la teoría absoluta propiamente dicha y la teoría de prevención –en la que se encuentran los tipos de prevención especial y prevención general.

2.2.3.2. La teoría absoluta – retribucionista

Para Roxin (1976, p. 12), el sentido de la pena se fundamenta en que la culpabilidad del autor de un delito solo se compensa con la imposición de una pena; entendiéndose que la pena es una retribución al mal obrar del sujeto activo.

Jescheck y Weigend (2002, p. 75), por su parte, dicen que esta teoría se basa en el reconocimiento del Estado como un guardián de la justicia y las nociones morales, (...) y en la limitación de la función estatal a la protección de la libertad individual.

La pena, por ello, tiene aquí un carácter absoluto, no sirve para nada más, pues constituye un fin en sí misma. La pena tiene que ser porque debe imperar la justicia. Por esta razón, además, se explica que la teoría de la retribución tenga directa relación con el principio de proporcionalidad, dado que la culpabilidad aquí no solo es el fundamento de la pena sino también su medida. De forma tal que el castigo penal no puede, por principio, exceder la intensidad del reproche.

Conforme a la retribución Moral de Immanuel Kant (1797, pp. 38-39) la conducta debe ser moral, por ello según sostiene, el derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad. El derecho penal es para Kant, el derecho que tiene el soberano, con respecto a aquél que le está sometido, de imponerle una pena por su delito.

Siendo así Kant considera que la pena es un imperativo categórico o un mandato de la justicia incondicional que imponen determinadas conductas y están libres de cualquier consideración final (Jescheck & Weigend, 2002, p. 75)

Para esta teoría, la pena es un mal que recae sobre un sujeto que ha cometido un mal desde el punto de vista del derecho (Durand Migliardi, 2011, p. 125) Por ello, si cada uno de los males tiene la misma naturaleza jurídica, esto es, implica una afcción de bienes jurídicos, sobre esa base es la que debe plantearse la posibilidad de adecuación -relativamente precisa- entre la medida de un mal y otro.

En conclusión, para esta teoría la pena es un castigo que se impone a quien comete un delito, por el solo hecho de haberlo cometido y sin tener en cuenta factores como la personalidad, peligrosidad y propensión a la resocialización del autor.

2.2.3.3. Teoría relativa – prevención

Atienden solo al fin de la pena y le asignan utilidad social (prevención).

Es decir que mientras la teoría absoluta solo busca el sentido de la pena en la imposición de justicia, esta teoría asigna a la pena el objetivo de prevenir delitos como un medio para proteger determinados intereses sociales (Villavicencio, 2016, p. 54).

La idea de la prevención parte de tres presupuestos (Ortiz, 1993, pp.126-127): Primero, posibilidad de un pronóstico suficientemente cierto del futuro comportamiento del sujeto. Segundo, que la pena sea adecuada con exactitud a la peligrosidad del sujeto de manera que sea posible el éxito de la prevención. Tercero, la propensión a la criminalidad puede ser atacada (tanto en jóvenes como en adultos) mediante los elementos pedagógicos de aseguramiento y, en especial del trabajo pedagógico social de la pena que se debe realizar a nivel de la ejecución penal.

Hassemer (1984, p. 348) considera a la primera como “concepción estricta de la prevención general”; y a la segunda la denomina “concepción amplia de la prevención general”.

Según esta teoría el fin de la pena es evitar la comisión de futuros ilícitos penales, procurando la reinserción del sentenciado a la sociedad. Al respecto, la Ejecutoria Suprema de fecha 19 de abril del 2010, R.N. Nro. 3437-2009-CALLAO, ha establecido que:

La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora (...) teniendo en cuenta que la prevención tanto positiva como negativa es de procurar que el penado se inserte al seno de la sociedad, como el de proteger a la sociedad inutilizando al penado.

a) Prevención General:

La prevención especial se divide en dos: prevención especial negativa, donde la pena tendrá como objetivo que el delincuente peligroso sea neutralizado, inocuidad, aislado por incapaz de convivir en el sistema social; y la otra, la prevención especial positiva, donde la pena debe buscar que el delincuente se recupere y se reintegre a la sociedad.

Prevención General negativa: Feuerbach (1989), impulsor de la prevención general negativa, postuló que el padecimiento de la pena, al tener lugar con posterioridad a la perpetración del delito, es insuficiente para prevenir delitos. De ahí que pusiera énfasis en la necesidad de una coacción psicológica que se anticipara a la comisión del delito (p. 11)

La prevención general es la advertencia a todos para que se abstengan de delinquir, el ejemplo para que, el delincuente, sino los demás, escarmienten en cabeza ajena. Como consecuencia natural, el centro de interés ha girado una vez más hacia la posibilidad de utilizar el sistema penal como medio para influir en aquellos que aún no han delinquido. Esta teoría debate dos ideas: la utilización del miedo y la valoración de la racionalidad del hombre.

Prevención General positiva: La prevención general positiva postula la prevención de delitos mediante la afirmación del derecho. A partir de este postulado se diferencian dos grandes corrientes de la prevención general positiva. En primer lugar, la prevención integradora, para la cual la pena reafirma la conciencia social de validez de la norma vulnerada con el delito. Con ello se generaría confianza en la sociedad sobre el funcionamiento del derecho (Kaufmann, 1970, p. 12)

b) Prevención específica

La prevención especial considera que la finalidad de la pena está dirigida a influir directamente sobre el agente de manera individual. Tiende a evitar consecuencias ilícitas futuras mediante la actuación sobre una persona determinada. No se dirige al hecho delictivo cometido sino al individuo mismo.

Su objeto principal radica en que la pena busca evitar que el delincuente vuelva a cometer nuevos delitos. Basándose en la idea de la peligrosidad del sujeto, donde se asigna a la pena la función de ser un mecanismo que evite la comisión de futuros delitos teniendo como límite a su actuación la evaluación del autor en virtud a su grado de peligrosidad. (Villavicencio, 2016, p. 62)

Sobre el Inc. 22 del Art. 139 de la Constitución Política del Perú: “El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”.

Eso quiere decir que el régimen carcelario, al tener por objetivo la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, sí persigue un fin preventivo-especial.

De conformidad con la Sentencia 010-2002 AI/TC, la reeducación, rehabilitación y reincorporación significan aprender a hacer un uso responsable de la libertad, en donde el término «responsable» es sinónimo de respeto por las normas de convivencia social (Meine, 2004, p. 327)

Respecto a los fines de la pena, conforme a la Teoría de la Unión que sostiene que tanto la retribución como la prevención general y especial son finalidades de la que deben ser perseguidas de modo conjunto y un justo equilibrio, observándose el principio de proporcionalidad, establecido como criterio rector de toda la actividad punitiva del Estado, el mismo que se encuentra íntimamente vinculado al principio de culpabilidad, en consideración a lo señalado por la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional del veintiuno de julio de dos mil cinco, expediente número diecinueve-dos mil cinco- PI/TC, párrafo cuarenta y uno, al señalar que:

Ninguna de las finalidades preventivas de la pena podría justificar que exceda de la medida de la culpabilidad en el agente, la cual es determinada por el Juez Penal a la luz de la personalidad del autor y del mayor o menor daño causado con su acción a los bienes de relevancia constitucional protegidos.

Esta estructuración preventiva del Derecho penal cumple un interés social.

2.2.3.4. Sistema de penas

El Código Penal de 1863, estableció una escala de penas y suprimió las sanciones que consideró inoperantes. Así mismo acentuó al aspecto represivo sin hacer concesiones a la prevención especial, a diferencia del CP español. Siendo la única función la de castigar a los delincuentes, adoptando la responsabilidad objetiva.

El código de 1924, en el que se privilegió la pena privativa de libertad en cuatro modalidades: Internamiento, penitenciaria, prisión y relegación, además se daban medidas sustantivas al reemplazar por trabajo comunitario la pena multa de no cumplirse con el pago; la aplicación del sistema de sanciones fue marcada por la política de ejecución penal.

Pero, debido a la deficiente infraestructura de las cárceles, aplicar los otros tipos de sanciones era imposible, por lo que se puede decir que el sistema era formalmente dualista, pero que en la práctica era claramente monista (Hurtado Pozo, 2011, p. 255).

En el Código 1991, se da la reforma de sistema de penas, reestructurando las sanciones, ampliando los tipos de pena y modalidades de la pena privativa de libertad; así como la posibilidad de sustitución y flexibilización de su aplicación efectiva.

Por medio de los Proyectos de los años 1989 y 1990, los que son antecedentes directos del texto vigente, que en su artículo 28,

constituye el sistema de penas de este modo: Penas privativas de libertad (temporal y cadena perpetua), Pena de multa, Pena limitativas de derechos (prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres e inhabilitación), y, Penas restrictivas de la libertad (expatriación y expulsión).

El Código actual no solo introdujo normas sobre la finalidad de la pena, sino también un nuevo sistema de penas, que contiene:

a) Pena Privativa de Libertad

Hurtado Pozo (2011, 261) citando a Bustos (1997, p. 176), dice que la pena privativa de la libertad tiene un origen humanista, en la medida que su aplicación tuvo por objeto suprimir y erradicar las penas corporales que fueron apoyadas por Estado debido a que así podría disponer de mano de obra marginal y desocupada.

Hoy en día existe mucha crítica hacia este tipo de pena, debido a que, para muchos juristas, esta no estaría cumpliendo con su finalidad, pero estaría causando otros problemas que deshumanizan a los reos (hacinamientos en los centros penitenciarios, condiciones insalubres y alta peligrosidad por la falta de control debido a la sobrepoblación).

Es también llamado “el mal menor” o “el mal necesario”, pues es aplicada no solo en nuestro país sino de manera internacional, considerada por muchos también como aquella que no podría sustituirse.

Como se mencionó en el acápite anterior esta pena se caracteriza por tener dos clases:

La primera, la pena privativa de libertad temporal, que tiene una mínima duración de dos días y una máxima de 35 años, hecho que también se ha cuestionado debido a que si es temporal ¿por qué duraría tantos años? Siendo que este es el promedio de vida existente en el Perú.

Asimismo, se cuestiona la pena mínima (dos días), pues no se sabe qué tal útil es colocar un lapso de tiempo irrisorio. Sin embargo, tiene utilidad político criminal, al cumplirse con los fines de prevención general y especial.

La segunda, la Pena Privativa de libertad de cadena perpetua, la cual es la pena más grave en nuestro sistema jurídico, durando 35 años, aunque por el nombre de “cadena perpetua” que etimológicamente significa que el reo estaría condenado a pasar el resto de su vida en un centro penitenciario, pero se convirtió en una reacción simbólica ante situaciones que aumentaban la inseguridad ciudadana, ha perdido su carácter excepcional y se ha convertido en un medio de lucha contra la criminalidad común.

b) Pena de multa

La finalidad de la pena multa es “evitar la aplicación de penas privativas de libertad de corta duración” (Von Liszt, 1983, p. 83).

Aunque Von Liszt no era partidario de este tipo de penas pues la consideraba “no solo inútil, sino que provoca prejuicios más graves que los que produciría la impunidad completa del delincuente.

Mediante el artículo 52 del Código Penal, el legislador dispone de un sistema de cascada⁶, que le permite al juez convertir la pena de privación de libertad en la pena de multa, cuando llegue a la conclusión que el agente, en primer lugar, no merece una pena superior a dos años de privación de libertad.

c) Penas Limitativas de Derechos

Todas las penas son limitativas o restrictivas de derechos, y por ello García Caveró (2012, p. 693), dice que “las penas limitativas de derechos constituyen una restricción a otros derechos constitucionalmente reconocidos”.

A diferencia de las penas privativas de libertad, las penas limitativas de derechos requieren una mayor participación de las instituciones sociales y económicas.

En sus clases se encuentran: La Prestación de servicios a la comunidad, Pena de Limitación de días libres y la Pena de inhabilitación: Si bien varias personas consideran que la inhabilitación es una medida seguridad nuestro Código Penal la considera una pena, que consta de privar a una persona del ejercicio de uno o

⁶ Cascada normativa.

varios derechos políticos civiles o económicos; así como de funciones, profesiones, artes u oficios; tiene un sentido fuertemente punitivo.

d) Penas restrictivas de la libertad

Mediante las cuales el legislador previo las penas de expatriación de nacionales –derogada- y expulsión de extranjeros, tratándose una restricción de residencia, no afectando la libertad de movimiento.

Respecto a la expulsión de extranjeros: Es una pena conjunta a la pena privativa de libertad que se impone a los condenados extranjeros, constituyendo por completo una restricción de la libertad, pues consiste en la expulsión forzosa del extranjero y en la prohibición de volver a ingresar a territorio nacional.

Mediante el *Ius Puniendi*, el Derecho Penal integra variada tipología de penas que conforme al caso podrían ser eficaces para el fin de la pena discutido *ut supra*, sin embargo, no es la única forma de *Ius Puniendi* en el Derecho Peruano; y esta opción toma especial relevancia en la investigación debido a que permite orientar la dirección de hechos que afectan el orden la administración de justicia, pero por su ínfima lesividad no podrían activar el sistema penal. Esta opción es el Derecho administrativo Sancionador.

2.2.4. Derecho Administrativo Sancionador

Meini Méndez, al momento de presentar el libro de Rojas Rodríguez (2015), sostiene que en el Perú la doctrina administrativa tiene predominio en el tratamiento teórico y práctico de dicha rama, pero que es poco frecuente encontrar interés por el estudio del Derecho Administrativo sancionador.

Pues hay que dejar de ver al Derecho Administrativo sancionador como un derecho al que las garantías penales y procesales penales son trasladadas. Por ello presentaremos una línea de ideas que ayudarán a dar una solución al problema central de este trabajo de investigación; tales como, el *ius puniendi* del Estado, y las distintas manifestaciones de poder sancionador del Estado, estas son el Derecho Penal, el Derecho Disciplinario y el Derecho Administrativo sancionador propiamente dicho.

Dentro de las manifestaciones del poder sancionador del Estado, como ya se analizó en acápites anteriores encontramos el Derecho Penal cuya función no es un ideal metafísico, sino una función social, sin embargo, pese a que la mayoría está de acuerdo con dicha función social, existe diversidad de opiniones con respecto a su determinación (Guevara Cornejo, 2016, p. 26).

Para Rojas Rodríguez (2015), El Derecho Penal se encarga, en primer orden, de sancionar delitos. Para ello se vale del Código Penal y de leyes penales especiales, que protegen distintos bienes jurídicos⁷, citando a

⁷ Como son: la vida (p.e. el homicidio, el asesinato, el parricidio), la salud (p.e. lesiones), el patrimonio (p.e. hurto, robo, daños, extorsión), la libertad (p.e. secuestro, violación), la confianza y buena fe en los negocios (p.e. la usura o los atentados contra el sistema

Jescheck y Weigend explican el surgimiento del Derecho Penal a partir del Orden Social y el Ordenamiento Jurídico.

El instrumento más conocido del Derecho Penal –y al que debe su nombre para imponer sanciones - es la pena privativa de libertad, es decir, el encierro del delincuente en un establecimiento penitenciario. Pero esta pena no es la única que se aplica en nuestro ordenamiento, sino que junto a ella existen otras clases de pena, de las que se hablará más adelante.

La segunda manifestación es el Derecho disciplinario, y tal como señala Huergo (2007): “Entendida como la titularidad de la potestad disciplinaria (...) que les permite imponer sanciones a sus miembros cuando incumplen los deberes derivados de la pertenencia a la organización” (p. 173)

El Derecho Disciplinario se distingue de otras expresiones del derecho sancionador público, como el Derecho Penal (cuyas notas características se acaban de estudiar) y, como se verá más adelante, del Derecho Administrativo Sancionador.

Rojas Rodríguez (2015) señala que el Derecho Disciplinario implica:

- a) una organización pública, b) la facultad de imponer sanciones, c) que el sujeto pasivo de la sanción sea miembro de la organización, y, d) que los deberes infringidos se deriven de la pertenencia a la organización. La doctrina reconoce dos supuestos especiales que mati-

crediticio), el medio ambiente (p.e. contaminación de aguas), la seguridad pública (p.e. conducción en estado de ebriedad), la administración pública (p.e. desobediencia a la autoridad, peculado, o enriquecimiento ilícito), la fe pública (p.e. falsificación de documentos), entre otros.

zan la anterior definición, debido a que se aplican sanciones disciplinarias a quienes no integran la Administración: i) las sanciones a usuarios de servicios públicos sujetos a disciplina (internos en centros penitenciarios o estudiantes, por ejemplo); y, ii) las sanciones a titulados sujetos a disciplina en Colegios profesionales.

La tercera y última manifestación es el Derecho Administrativo sancionador propiamente dicho:

2.2.4.1. Derecho Administrativo Sancionador

El Derecho Administrativo Sancionador está presente en la interrelación cotidiana del Estado con sus administrados, es decir, aparece en cada sector de la vida diaria en que el Estado tiene presencia o interviene para regular dicha actividad. Así, si una empresa de telecomunicaciones infringe la normatividad del sector, puede ser pasible de una sanción si incurre en alguno de los supuestos calificados previamente como infracción. Igual sucede con el conductor de un vehículo: cuando infringe la normatividad del sector (el Código de Tránsito), se le impone una multa administrativa. Esta misma lógica puede apreciarse en el ámbito del transporte (aéreo, marítimo, fluvial), la libre competencia, la pesquería, el medio ambiente, la contratación pública, el ámbito tributario, etc.

Rojas Rodríguez (2015) citando a Goldschmidt, quien impuso la expresión Derecho Penal Administrativo; debido a que la administración resultaba un concepto más amplio, quien entendía que la administración posee fines propios que la potestad sancionadora coadyuvaba a alcanzar. Por tanto, la meta del Derecho penal ad-

ministrativo fue la absoluta despenalización del injusto administrativo. La propuesta de Goldschmidt tuvo una fuerte influencia en Europa y América, llegando incluso a ser acogida normativamente en Alemania, en la Ley de Simplificación del Derecho Penal Económico de 1949, gracias al impulso que dio a las ideas del citado autor uno de sus discípulos más distinguidos: Eberhard Schmidt. En efecto, en dicha norma alemana, se incluyó una cláusula normativa (la "Fórmula de Schmidt"), que intentaba resolver, en el derecho material, la delimitación entre el hecho punible criminal y el administrativo, bajo tres parámetros (Cordero Quinzacara, 2012, p. 137):

- a) La antijuridicidad y la antiadministratividad, separando los bienes jurídicos en portadores individuales de voluntad y como un medio de protección de bienes jurídicos primarios.
- b) Señala que la pena administrativa es propia de la actividad administrativa y esto lo aleja de los delitos jurídicos, que son aplicados por la autoridad judicial, siguiendo un procedimiento de la misma naturaleza y que culmina con una sentencia.
- c) La pena administrativa constituye un poder penal peculiar, incluso originario de la Administración, cuya aplicación o castigo no corresponde a la autoridad judicial.

Guevara Cornejo (2016, p. 34), respecto a la finalidad del Derecho administrativo sancionador:

Tiene esa característica de poder imponer sanciones ante el incumplimiento de sus normativas, (...) por medio de este Derecho lo que se busca también es imponer un límite a las administraciones públicas que detentan el poder del Estado al momento de imponer una sanción administrativa.

Concluyendo que tal como se ha desarrollado el Derecho administrativo sancionador es un Derecho administrativo y por lo tanto tiene como finalidad la gestión y defensa de los intereses públicos y generales, y si bien, como lo sostiene García Cavero (citando en Guevara Cornejo, 2016. p. 37), al cometer un ilícito administrativo se pone en peligro o se lesiona un derecho individual, no debe olvidarse que la finalidad principal de la sanción es “el mantenimiento del funcionamiento global del sector regulado”, es decir que lo que se busca es mantener el orden en los sectores que han sido regulados administrativamente.

Para poder analizar la diferencia existente entre el delito y la infracción administrativa es necesario tomar en cuenta las teorías que se han ido desarrollando a lo largo del tiempo, así pues, se pueden distinguir dos bloques en referencia a las posturas que se han desarrollado: las tesis diferenciadoras y las tesis unitarias, a las cuales se suma también las tesis eclécticas (Gómez Tomillo en Guevara Cornejo, 2016., p. 116).

a) Teoría unitaria

La que sostiene que el Derecho Penal como el Derecho Administrativo Sancionador poseen la misma naturaleza, es decir, que no existe un criterio esencial que los diferencie; también considera la teoría mayoritaria, que trae consigo la tesis denominada cuantitativa.

La Tesis cuantitativa que sostiene que no siempre hay una correlación entre los delitos y las infracciones (Bajo Fernández, 2001, p. 81 en Guevara Cornejo, 2016), Es decir, que en algunas oportunidades la administración tendrá la potestad de sancionar infracciones muy graves y dicha sanción será considerada más elevada a si se hubiese impuesto una penal, sobre todo en aquellos casos en los que la pena privativa de libertad es suspendida.

Algunos autores como Rodríguez Mourullo, sostienen que el ilícito penal y el ilícito administrativo no se diferencian ontológicamente por su contenido, sino que su diferencia radica en el ámbito de las sanciones, por lo que el ilícito será penal si le atribuyen una pena criminal y será administrativo si se le impone una sanción administrativa. El autor aclara que no existe diferencia cualitativa ni cuantitativa, sino que el ilícito en un determinado sector dependerá de la sanción que se le atribuya.

La profesora Zúñiga menciona (citada en Rojas Rodríguez, 2015, p. 618), respecto de la teoría unitaria:

Hay que decir en España resulta rotundamente mayoritaria la postura de identificación de ilícitos, considerando que simplemente existen diferencias de grado, cuantitativas entre una infracción penal y una administrativa, donde las más graves deben pertenecer al sistema penal y las más leves al ordenamiento administrativo sancionador.

Los defensores de esta teoría basan además sus argumentos en dos ventajas centrales. Por una parte, da lugar a la aplicación en el Derecho administrativo sancionador de los principios que el Dere-

cho penal ha desarrollado, y por otra parte también se puede señalar que al ser dos sectores que son sustancialmente iguales se aplicarán las mismas garantías (principio de imputación subjetiva, de personalidad, de legalidad, etc.)

b) Teoría Ecléctica

Una postura ecléctica es sostenida por Lascuráin:

Afirma que las diferencias cuantitativas desembocan en diferencias cualitativas pues tiene una serie de diferencias en la configuración de las normas, en su interpretación y en su aplicación. (Citado en Rojas Rodríguez, 2015, p. 619)

También conocida como tesis mixta puesto que su fundamento es admitir en un primer momento que entre infracción administrativa y penal existe una diferencia cuantitativa, pero no descarta tampoco la diferencia cualitativa, sosteniendo que ésta última surge en el contraste que existe entre los delitos centrales del sistema y las infracciones administrativas (Guevara Cornejo, 2016, p. 45).

Basándose en lo dicho por Lascuráin, se sostiene que el hecho de convertir alguna infracción administrativa como delito y que por lo tanto se tenga como consecuencia una pena, ha generado que las diferencias cuantitativas valgan tanto o más que las cualitativas (Antón Oneca, 1986, p. 21 a 22).

c) Teoría diferenciadora

En la teoría diferenciadora se sostiene que existen diferencias sustanciales entre el ilícito administrativo y el penal, es decir, existe una diferencia cualitativa.

Goldschmidt (citado en Rojas Rodríguez, 2015, p. 79), consideraba que:

La diferencia ontológica entre el injusto administrativo y el penal radicaba en que el Derecho Penal se encaminaba a proteger derechos subjetivos o bienes jurídicos individualizados, mientras que el Derecho Penal Administrativo debía operar frente a la desobediencia de los mandatos surgidos de la Administración.

Guzmán Napurí (2010, pp. 9-22) señala que en el Derecho administrativo sancionador peruano el legislador ha desarrollado el modelo objetivo, distinguiéndose así del Derecho penal. Esta afirmación es sustentada con los principios aplicados en ambas ramas, ya que si bien el Derecho administrativo sancionador aplica principios que provienen del Derecho penal los mismos se aplican de diferente manera para que se pueda ajustar a las particularidades del Derecho administrativo sancionador, la misma que se diferencia de la función jurisdiccional.

Por su parte, Kindhauser, si bien desarrolla una idea peculiar con respecto a la protección del bien jurídico sosteniendo en que esta protección debe considerarse la relación entre el bien y su titular en el Derecho penal, llega a sostener también que el Derecho penal es no sólo cuantitativa sino cualitativamente diferente del Derecho administrativo sancionador.

Asimismo, Carruitero Lecca, ha señalado que existen principios tales como el de legalidad, *ne bis in idem*, tipicidad, entre otros que el Derecho administrativo sancionador ha adoptado del Derecho penal, pero a su vez sostiene que en su naturaleza se puede encontrar una sustancial diferencia y son estas diferencias las que hacen que ambas ramas no funcionen de la misma manera, así pues y sólo por mencionar una de las diferencias, el Derecho penal es un Derecho de última ratio en cambio el Administrativo sancionador es de aplicación inmediata, es decir, que en el Derecho administrativo sancionador al ser los órganos especializados los procesos serán rápidos.

d) Tesis que rige en el Perú

En el Perú no se ha establecido un criterio definitivo en cuanto a este debate, pero a criterio de Rojas Rodríguez (2015, p. 82) , es sencillo encontrar la tesis regente en nuestro ordenamiento jurídico, a partir de un análisis de la normatividad vigente (Normas de rango constitucional, Normas penales, Normas administrativas), pronunciamientos relevantes (en el Ministerio Público mediante el Dictamen Fiscal Nro. 385-2006 del 12 de febrero de 2007; en el Poder Judicial mediante sentencia de 28 de marzo de 2005 en el Exp. Nro. 078-2005; en el Tribunal Constitucional, en la Administración.

Por lo que, en el Perú, la doctrina y jurisprudencia admiten unánimemente que el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal provienen de un único *ius puniendi* del Estado. Pero hasta

ahí llega el acuerdo, es decir, se trata de una unanimidad en el plano puramente enunciativo.

En efecto, no es posible obtener una diferencia sustancial entre el ilícito penal y administrativo. La diferencia entre el ilícito penal y administrativo es una opción de política criminal que corresponde al legislador, bajo ciertos parámetros. Como dice Jalvo en el Derecho Disciplinario, pero con validez en el Derecho Administrativo Sancionador, se trata de valoraciones políticas las que, en función de la realidad social, cultural o histórica de cada ordenamiento determinan la configuración de un hecho como delito o infracción administrativa.

Pero, además, aclara Torío (1991, p. 2537), no se trata de una decisión legislativa totalmente libre, sino que resulta de una valoración previa regida por las reglas de la lógica:

Tal método valorativo presupone la descripción de rigurosa de las propiedades de la materia, es decir, del comportamiento, de su dirección de ataque, de su frecuencia, de las consecuencias sociales de su diseminación, etc., del significado de la norma infringida para la colectividad, de los efectos contraproducentes que la prohibición concreta conlleva, etc. Sobre tal cúmulo de datos emerge finalmente la valoración jurídica. Esta carece en el Estado de Derecho, por otra parte, del significado monolítico que posee en el Estado autoritario.

Afirmar la unidad entre el ilícito penal y el administrativo no conlleva a concluir que ambos deben diferenciarse por criterios cuantitativos. Al contrario, los parámetros numéricos o cuantitativos no son un criterio adecuado para diferenciar ambas clases de infracción. El fracaso de todo intento de diferenciación cuantitativa, es patente cuando se constata que en sede sancionadora extrapenal existen sanciones mucho más graves que en el Derecho Penal. Piénsese, en la inhabilitación de por vida que impone la no ratificación de magistrados por parte del Consejo Nacional de la Magistratura, por citar apenas un ejemplo.

En España, en cambio, los intentos por diferenciar ontológicamente el delito y la infracción administrativa persisten hasta la actualidad. La denominación de Derecho Administrativo Sancionador surge, a decir de Nieto, como fruto de la jurisprudencia contencioso administrativa de ese país, para explicar la existencia de una potestad sancionadora de la Administración distinta de la penal, aunque muy próxima a ella, y además en dotar a su ejercicio de medios técnico jurídicos suficientes, potenciando al efecto, las garantías del particular. Sin embargo, como se verá en un capítulo posterior de este trabajo, esta definición y la concepción que a ella subyace, no es pacífica. Aún hoy se discute si el Derecho Administrativo Sancionador es Derecho Penal.

El Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador tienen en común una herencia de carácter constitucional, pero que ambos han encaminado de distinta manera debido a la diferencia existente

entre ambos, así pues la Administración se encarga de gestionar intereses públicos , siendo que su finalidad y marco normativo ha sido dado por el legislativo, pero colabora reglamentariamente con las leyes, por lo que esta colaboración forma parte también de su gestión, cosa que no se da en el Derecho penal ya que los jueces penales no pueden intervenir en las normas que se manejan

En la sentencia emitida por Corte Suprema de Justicia de La República, recaída en la R.N. 1883-2012- Junín, de fecha cinco de marzo de dos mil trece, se tiene:

El hecho no es relevante y, por su insignificancia, carece de contenido típico. El principio de intervención mínima, que integra dos postulados básicos del Derecho penal preventivo: subsidiaridad o última ratio y carácter fragmentario del Derecho penal. (...) En todo caso, el Derecho administrativo sancionador es el indicado y proporcionalmente idóneo para dar cuenta de la conducta desplegada por el acusado.

2.3. ASPECTOS NORMATIVOS

2.3.1. Constitución Política del Perú

En artículo 138 de la Constitución, respecto al principio de proporcionalidad de las penas es un valor constitucional, y el artículo establece que “La potestad de administrar justicia (...) se ejerce por el Poder Judicial (...) con arreglo a la Constitución”, existe una presunción de que el *quántum* de las penas privativas de libertad impuestas por el juez penal guarda una relación de proporcionalidad con el grado de afectación del bien constitucional a que dio lugar la realización de la conducta típica.

2.3.2. Delito de Peculado Doloso

Se encuentra tipificado en el art. 387 del Código Penal (con la reforma que hubo en el año 1993 a través de la Ley Nro. 29198). Contando con los siguientes antecedentes:

Sin embargo, hubo en el Perú una reforma integral del delito de peculado en el Código penal peruano, a través de la Ley N° 29703 de fecha 09 de junio del 2011. Luego de un breve tiempo se produjo otra nueva modificación a través de la Ley Nro. 29758 de fecha 21 de julio de 2011.

Después la Ley Nro. 30111 del 26 de noviembre del 2013, modificó los delitos contra cometidos por los funcionarios públicos, incluyendo la pena multa en los delitos prescritos en los artículos 382, 384, 387, 388, 389,393, 393-A, 394, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del Código Penal.

Y la última modificatoria del 08 de abril de 2021, mediante Ley Nro. 31178, respecto de circunstancia agravante derivada de la comisión del delito durante calamidad pública o emergencia sanitaria y dicta otras disposiciones sobre la pena de inhabilitación en el código penal

2.3.2.1. Concepto del típico del delito de peculado doloso

Actualmente, para el concepto típico de peculado en el Derecho peruano tiene que determinarse por lo menos tres elementos concurrentes: La calidad de los bienes (caudales o efectos públicos), calidad de la persona (funcionario público) y la naturaleza de la relación que media entre sujeto y los bienes públicos (vinculación funcional). Con respecto a los primeros puntos el Código Penal no

se limita a los bienes públicos ni a los funcionarios públicos pues extiende la protección a los bienes privados y la sanción penal alcanza a los sujetos que no necesariamente son funcionarios públicos (Reátegui, 2017, p. 467).

Para un sector de la doctrina, el elemento patrimonial debería ser ponderado por encima de la sola infracción de un deber funcional por parte del funcionario público, de suerte de que el bien jurídico debería ser solamente el patrimonio de la administración pública, pero un patrimonio con características especial es que lo hacen diferente al patrimonio de los particulares (Reátegui, 2017. p. 414).

El Acuerdo Plenario Nro. 4-2005/CJ-116, ha establecido como doctrina legal los fundamentos descritos en los párrafos 6, 7 y 8; que para la presente investigación es de relevancia los fundamentos 6 y 7, los cuales señalan que:

El peculado es un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad.

El delito de Peculado se presenta como uno de los delitos de mayor relevancia cuando se trata de hacer frente del cual se busca combatir la corrupción (Cáceres, 2012, p. 17).

Es criterio reconocido por la doctrina, que los delitos cometidos por los funcionarios públicos en contra de la administración pública son delitos de infracción del deber, así se señala que “Los delitos de infracción del deber se caracterizan por la vulneración que hace el agente o sujeto cualificado /funcionario público”, sobre una norma extrapenal obligatoria que regula su desempeño funcional dentro de su ámbito de competencia, por lo tanto esta clase de delitos se fundamentan no en la condición de funcionario ni tampoco en la calificación abstracta, sino más bien el deber específico, cuya infracción consciente fundamenta su autoría” (Cáceres, 2012, p. 17).

En doctrina se ha establecido que el delito de peculado constituye un delito especial de infracción del deber fundamentado en instituciones positivas. Es delito especial porque típicamente restringe los contornos de la autoría a determinados sujetos cualificados, pero, al mismo tiempo, se trata de un delito de infracción del deber porque el fundamento de la responsabilidad penal a título de autor reside en el quebrantamiento de un deber positivo asegurado institucionalmente. En este sentido, en esta clase de delito rige el principio de autor único, por el cual el quebrantamiento de un deber institucional, o de una competencia institucional funcional concreta, se ha realizado mediante acción, u omisión, o bien mediante aportes que desde un punto de vista fáctico pudieran admitir la posibilidad de una graduación y diferenciación, pues es obligado especial responde siempre como autor único de un delito

de infracción del deber, con independencia de la diferenciación fenomenológica de las clases de autoría o participación que más bien pertenecen a la clasificación de los delitos de dominio de una competencia por organización (Oré, Lamas, Bramont-Arias & Nakazaki, 2016, p. 188).

Al momento de hablar del peculado hay que tener en cuenta que existen dos formas: El Peculado Culposos y el Peculado Doloso, el primero recae en que la conducta del agente (Funcionario o servidor público) no está orientada por el dolo, pero sí por la vulneración del deber de cuidado debido.

Para Cáceres Julca:

La conducta imprudente del funcionario público se dividirá en dos ámbitos: a) Imputación de la conducta (infracción del deber de cuidado), que se logra a través de la vulneración de los límites del riesgo permitido, el que debe manifestarse en un estado actual del riesgo que el Derecho Penal busca evitar, y dicho riesgo jurídicamente desaprobado debe concretizarse en el b) resultado típico, que se deben encontrar dentro de lo que la norma de cuidado quería evitar” (2012, p. 65)

Ahora bien, si definimos al peculado doloso, hay que distinguir que tal como Reátegui Sánchez (2017 p. 492), señala que:

El tipo penal en el artículo 387 del Código Penal, presenta cuatro modalidades: A) Peculado Doloso por apropiación para sí. B) Peculado doloso por apropiación para tercero. C) Peculado doloso por utilización para sí. D) Peculado doloso por utilización para tercero.

El Delito de peculado, en su primera modalidad dolosa, se configura cuando el funcionario o servidor público (sujeto activo), sea

para un beneficio personal o de terceros, se apropia de caudales o efectos que le están confiados en razón de su cargo. Se sanciona al Funcionario que ilegítimamente se apropia de los caudales o efectos públicos que administra, percibe o los tiene en custodia. El peculado se caracteriza por la retención indebida calificada, y la calificación se establece por la calidad de funcionario que el agente ostenta, que va dirigido contra el Estado.

Para Salinas Siccha (2014, p. 311), La conducta del Funcionario “peculador” se constituye en una apropiación sui generis. Él no sustrae los bienes, ellos ya están en su poder de disposición en función del cargo que desempeña. El sujeto simplemente no administra los bienes aplicándolos a la función pública para el que están destinados, sino dispone de ellos, como si formaran parte de su propio y exclusivo patrimonio.

Rojas Vargas (2007, p. 335). Argumenta que apropiarse es hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera funcional de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos.

La característica importante radica en que el funcionario Público no busca usar el bien de manera momentánea (como por ejemplo sucede en la modalidad de Peculado de uso), sino apropiarse de ella, actuando como dueño –*animus domini*- es decir, como si los caudales o efectos le fueran propios, reteniéndolos permanentemente. No pudiendo en tal forma ser considerados como peculado doloso por apropiación las simples demoras en la devolución.

La apropiación implica más que la sola negativa de devolver los caudales o efectos, el empleo privado de los bienes públicos.

Asimismo, Rojas Vargas (2007, p. 335) señala que la forma de apropiación puede recaer tanto en actos materiales de incorporación de los caudales o efectos públicos al patrimonio del autor, acrecentando su masa patrimonial, como en actos de disposición inmediata (venta, alquiler, préstamos, uso con ánimo de propietario, entrega a terceros, donaciones, etc.). En general puede materializarse en numerosos actos que, como expresión del poder del Funcionario o Servidor Público, implica en actividad comercial que ponga de manifiesto la ilícita disposición del patrimonio público que realiza el sujeto activo en el ámbito concreto de la apropiación lo utilización, no obviamente cuando la vinculación del sujeto activo y caudales o efectos se halle en un contexto de agotamiento.

2.3.2.2. Tipicidad Objetiva

a) Verbos rectores

La acción típica en el delito de peculado está conformada por los verbos rectores “apropiar” o “utilizar”. En cuanto al concepto de “apropiación”, parte de la doctrina distingue entre el acto del apoderamiento y la sustracción. Entendiendo que el “apoderamiento” será sustraer la cosa de la esfera de la custodia del legítimo tenedor para ingresarla en la propia esfera; por otro lado, la “sustracción” solamente implicaría “apartar, separar, extraer”

la cosa de la esfera de custodia en que el bien se encontraba legalmente.

b) Magnitud del perjuicio patrimonial

Asimismo, para configurarse el delito de peculado doloso, es necesario que, con la conducta de apropiación o utilización de los bienes públicos, por parte del agente, se haya causado perjuicio al patrimonio del Estado o una entidad estatal.

En la ejecutoria suprema de fecha 13 de marzo de 2003, Exp. Nro. 3858-201- La Libertad, se menciona que “En el Delito de peculado tanto en su modalidad dolosa como culposa, se sanciona la lesión sufrida por la administración pública al ser despojada de la disponibilidad de sus bienes”.

Es así que la pericia valorativa toma especial importancia, pues resulta del hecho que, según la Corte Suprema, primero permite apreciar el destino de los mismo y tercero permite establecer la diferencia entre lo que ha ingresado con las salidas del patrimonio estatal (Rojas Vargas, 2007, p. 347)

Salinas Siccha (op. Cit. p. 316) dice que no hay forma de tipificar una conducta determinada como peculado, sancionado en el artículo 387 del Código Penal, si no con-

curre el elemento objetivo de perjuicio patrimonial al Estado, aclarando además que el perjuicio patrimonial no tiene nada que ver con el bien jurídico

Siendo así respecto a la problemática sobre el perjuicio patrimonial y la verdadera afectación inicial, se crea la interrogante respecto a si en verdad es relevante la cuantía del perjuicio patrimonial en el Delito de Peculado, pues el tipo no hace referencia a la cuantía, lo que importaría en esta figura sería la de castigar una conducta ilícita con una pena privativa de libertad sin importar que el monto del perjuicio ocasionado al Estado sea mínimo.

Mediante el proyecto de Ley Nro 4187/2010-PJ presentado por la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia al Congreso de la República, se propone reformular el delito de peculado atendiendo la racionalidad y eficiencia en la reacción penal.

En ella se señala que el “delito de peculado es reformulado conforme a las exigencias de racionalidad y eficiencia en la reacción penal”. En base a las cuales, no toda apropiación o utilización de caudales públicos debe ser reconducido a este delito, pues debe importar para estos casos el valor de lo apropiado o utilizado.

Para Cáceres Julca (2012. p. 18), mediante esta propuesta “se pretende hacer hincapié a un Derecho Penal de última ratio, el que no debería actuar en delitos donde el valor de lo apropiado es insignificante para llevar contra él un proceso penal, son aquellos delitos denominados de bagatela”

Sin embargo, la Comisión de Justicia, en su dictamen de fecha 13 de abril del 2011 señaló que el mencionado Proyecto de Ley estaría induciendo a apropiaciones pequeñas que no tendrían repercusión penal.

Varios juristas incluidos Salinas Siccha (2018) considera que el hecho de que el Delito de peculado no haya cuantía mínima es adecuado con una política frontal de la lucha contra la corrupción, pues “tan corrupto es aquel que se apropia de diez nuevos soles como aquel que se apropia de diez millones” (p. 319).

El Proyecto de Ley, mencionado *ut supra*, resalta que con estos criterios no se estaría favoreciendo a la impunidad, pues para ellos se encuentra el Derecho Administrativo, con sanciones drásticas como la destitución del Funcionario o Servidor Público, incluso con exigir que devuelva el dinero apropiado.

Entonces el criterio de medición cuantitativa del bien apropiado no sería de aplicación en casos donde el bien

configure bienes destinados a fines asistenciales, debido a que esta conducta refleja que “un mayor desvalor de la acción y de resultado de la conducta que realiza el funcionario responsable” (Cáceres Julca, 2012).

c) Bien Jurídico protegido.

La Constitución es la norma que contiene las decisiones valorativas fundamentales para poder elaborar un concepto de bien jurídico, previo a la ley penal, que sea obligatorio para ella; quedando fuera todo punto de vista moral del individuo

Se tiene por bien jurídico todas aquellas circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema (Roxin, 1976, p. 52)

Como objeto genérico, se protege el normal desarrollo de las actividades de la administración pública (Rojas Vargas, 2007, p. 480).

Al ser un injusto pluriofensivo⁸, el bien jurídico específico o particular, conforme al Acuerdo Plenario Nro. 4-2005 en su fundamento sexto, lo que se pretende proteger con

⁸ Tipo delictivo en el que la conducta afecta a más de un bien jurídico.

la tipificación del delito de Peculado, se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico penal: Garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública; y Evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebrantaba los deberes funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad.

Cáceres Julca (2012), indica que para determinar el bien jurídico protegido hay que tener en claro este punto desde dos perspectivas, una mediata, y otra inmediata (p. 31)

Entonces se podría entender que lo que se protege no es la propiedad de los bienes del Estado, sino la seguridad de su afectación a los fines para los cuales se ha reunido o creado. En razón a ello, la jurisprudencia a nivel nacional ha descartado que el Peculado sea un delito patrimonial.

d) Sujeto Activo

Al estar frente a un delito especial -o como Salinas Siccha (2018) menciona-, especialísimo; el tipo penal de Peculado tiene un círculo restringido de autores solo a las personas que cuenten con la condición de funcionario o servidores públicos, dejando en claro que solo será

responsable el funcionario que tenga una relación funcional específica.

Para ello, “el funcionario debe tener los bienes en función de los dispuestos por la ley, reglamentos, directivas u órdenes de autoridad competente en razón del cargo que desempeña” (Salinas Siccha, 2014, p. 341).

Pero no solo por ser Funcionario Público cumplirá con este elemento del tipo, sino que este Funcionario o Servidor deberá tener por cuestión de cargo, bajo su poder o vigilancia en percepción, custodia o administración los caudales o efectos de los que apropia o utiliza para sí o para otro.

2.3.2.3. Tipicidad subjetiva

En su modalidad dolosa requiere la presencia en el funcionario o servidor público del conocimiento y voluntad de que su conducta de apropiarse y utilizar acarrea un perjuicio patrimonial para la administración pública.

Es decir que el Funcionario o Servidor Público deberá tener el conocimiento de que no debe lesionar el patrimonio del Estado, y aun así decide trasgredir este deber de no lesividad al bien jurídico protegido.

Abanto Vásquez (2003), indica que “el dolo consiste en el conocimiento del carácter de bien público y de la relación funcional,

así como la intención de apropiarse o de dar uso privado a los bienes (p. 356).

Rojas Vargas (2007, p. 343), indica que se trata de un delito de comisión solo por dolo directo, no siendo posible su comisión por dolo eventual.

2.3.2.4. Antijuricidad

Una vez se verifique en la conducta analizada la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos de la tipicidad, el operador jurídico pasará a verificar si concurre alguna causa de justificación de las previstas en el artículo 20 del Código Penal.

Aquí es posible que se materialice un estado de necesidad justificante para proteger bienes jurídicos de mayor valor que el perjudicado, como puede ser la vida, integridad física o incluso la preservación de mayor patrimonio público.

Incluso también puede concurrir la causa de justificación de obrar en cumplimiento de una orden emitida por autoridad competente en ejercicio de sus funciones prevista en el inciso 9 del artículo 20 de CP.

2.3.2.5. Culpabilidad

Si la conducta no concurre en alguna causa de justificación, el operador jurídico continuará con el análisis para determinar si la conducta típica y antijurídica puede ser atribuida a su autor. En esta etapa tendrá que verificarse si al momento de actuar el

agente era imputable, es decir, mayor de 18 años de edad y no sufría de alguna anomalía psíquica que le haga inimputable.

Se verifica también que el agente al momento de exteriorizar su conducta de peculado, conocía la antijuricidad de su conducta, es decir, se verificará si el agente sabía o conocía que su conducta estaba prohibida por ser contraria a derecho. No es posible la concurrencia de una situación que sustente un error de prohibición.

Luego determinará si el agente pudo actuar o determinarse de manera diferente a la de realizar el hecho punible de apropiarse o utilizar en su propio beneficio o de otro, de caudales o efectos del Estado.

2.3.2.6. Consumación y tentativa

Al ser un delito de resultado, la consumación se realizará instantáneamente al producirse la apropiación de los caudales o efectos por parte del sujeto activo, vale decir, cuando incorpora parte del patrimonio público a su patrimonio personal.

CAPÍTULO III: CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

La investigación realizada tiene un diseño no experimental por cuanto pertenece a una investigación dogmática jurídica, de tipo básica; en tal sentido el análisis del marco teórico y dogmático involucrado en el capítulo II de la investigación es la base en la que se aborda la discusión.

Para llegar a un resultado se han considerado el análisis de cuatro casos tipos por medio del entendimiento, la crítica y la contrastación; además de la consideración de dos variables que son las razones de la afectación al principio de proporcionalidad y la escasa uniformidad en el criterio jurisdiccional, estas son: Los límites del poder penal considerando los principios de proporcionalidad y lesividad, relacionado al contexto en que se realiza la apropiación de los caudales del estado en el delito de peculado doloso y la importancia del cuántum de la afectación en el delito de peculado para garantizar la subsidiariedad de derecho penal para ofrecer otros instrumentos jurídicos no penales como sanción.

Siendo esto así, a continuación, se exponen los argumentos bajo los cuales se justifica la hipótesis de la investigación.

3.1. PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS CASOS TIPO

En las Fiscalías Provinciales Especializadas en los Delitos de Corrupción de funcionarios del Distrito Fiscal de Cajamarca, se encontraron 4 casos tipo para los cuales se ha creído conveniente elaborar la Tabla 1, pudiéndose observar los fundamentos que los Representantes del Ministerio Público aplican para no formalizar ni continuar con la investigación en virtud del Cuántum del monto

apropiado que representaría el perjuicio ocasionado (elemento del delito de Peculado) en relación a los principios de intervención mínima y última ratio.

Tabla 1: Resumen de los casos sobre la no formalización de la investigación en virtud del Quántum del monto apropiado en los Delitos de Peculado Doloso.

N° de Carpeta	Disposición	Principios	Decisión
1706045500-2016-128-0	No ha lugar a formalizar y continuar investigación preparatoria	De subsidiariedad (derivado del principio de mínima intervención) <i>Ultima ratio</i>	Fiscalía especializada en Delitos de Corrupción de funcionarios: No ha lugar a formalizar y continuar la investigación Fiscalía superior penal: Confirma la recurrida
1706045500-2018-151-0	No procede formalizar ni continuar con la investigación preparatoria.	De subsidiariedad (derivado del principio de mínima intervención)	Fiscalía especializada en Delitos de Corrupción de funcionarios: No ha lugar a formalizar y continuar la investigación
1706045500-2019-150-0	No procede formalizar ni continuar con la investigación preparatoria.	De subsidiariedad (derivado del principio de mínima intervención)	Fiscalía especializada en Delitos de Corrupción de funcionarios: No ha lugar a formalizar y continuar la investigación
1706045500-2020-206-0	Disposición de Archivo liminar	Principio de Mínima intervención,	Fiscalía especializada en Delitos de Corrupción de funcionarios: No procede formalizar ni continuar con la investigación preparatoria.

El análisis será desarrollado de una manera descriptiva mediante una interpretación cualitativa.

3.1.1. Carpeta Fiscal Nro. 2016-128

3.1.1.1. Hechos

Con fecha 08 de abril del año 2016, se intervino a la señora Eugenia Vásquez de Alegría quien en su calidad de Directora de la

I.E. N° 108 – Barrio Pueblo Nuevo de Cajabamba, se encontraba trasladando desde la ciudad de Cajabamba hacia Trujillo una bolsa que contenía productos aparentemente del programa “QALI WARMA”.

Los productos contenidos en la bolsa eran productos de primera necesidad valorizados en cincuenta y ocho soles.

Advirtiéndose que la investigada, al momento de rendir su declaración no negó los hechos y manifestó que llevaba esos productos a fin de intercambiarlos con otros que no hay en la zona y no para su consumo.

3.1.1.2. Análisis del caso

Los hechos a primer análisis configuran el delito de peculado, debido a que la investigada en su calidad de Directora de la Institución educativa Nro. 108 – Barrio Pueblo Nuevo de Cajabamba, habría actuado con *animus rem sibi habendi*⁹ frente a los bienes bajo su protección.

Empero, y considerando del principio de lesividad “la pena necesariamente precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por ley”.

⁹ Intención que tiene el sujeto activo de un delito de apropiarse de la cosa sustraída o retenida.

Asimismo, el principio de mínima intervención en el derecho penal, tiene doble significado, en primer lugar, implica que las sanciones penales se han de limitar al círculo de lo indispensable, en beneficio de otras sanciones o incluso de la tolerancia de los ilícitos más leves, es decir, que el derecho penal una vez admitida su necesidad, no ha de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes jurídicos que previamente se ha considerado dignos de protección, sino únicamente las modalidades de ataque más peligrosas para ellos.

Si bien el actuar de la investigada era reprochable, el quantum (58 soles) del perjuicio no sería relevante penalmente, toda vez que no produce una perturbación social que revista de relevancia penal.

Además, dado los eventos antes descritos la Unidad de Gestión Educativa Local – UGEL suspendió a la investigada de sus labores por el plazo de seis meses.

Por esos motivos la Fiscalía Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionario del Distrito Fiscal de Cajamarca, declara no ha lugar a formalizar y continuar investigación preparatoria como presunta autora del delito contra la Administración Pública en la modalidad de Peculado Doloso en agravio del Estado.

Sin embargo con fecha 18 de agosto del año 2016, la Procuraduría Pública Adjunta a cargo de Asuntos Judiciales del Ministerio

de Desarrollo e Inclusión Social, presenta un recurso de Queja, solicitando que se revoque la disposición recurrida y se ordene la formalización de la presente investigación, atendiendo a que la Representante del Ministerio Público no motivó la norma que le da marco para calificar el quántum del perjuicio patrimonial ocasionado como un criterio para calificarla como no relevante penalmente.

La Fiscalía Superior Penal del Distrito Fiscal de Cajamarca, resolvió, en atención al principio de última ratio y por el quántum del perjuicio ocasionado, que pese a que el comportamiento de la investigada no es aceptable, tampoco es pasible de acción penal, pues teniendo en cuenta el principio de Mínima Intervención, el Derecho Penal debe ser el último recurso que debe usar el Estado, los ataques leves a los bienes jurídicos deben ser atendidos por otras ramas del derecho u otras formas de control menos rigurosas.

3.1.2. Carpeta Fiscal Nro. 2018-151

3.1.2.1. Hechos:

La docente Domitila Nancy Vásquez Carhuatanta, docente de la Institución Educativa Divino Maestro del Caserío de Pampa de Sequez, La Florida – San Miguel, ostentó el cargo de Directora encargada de la Institución en mención, en merito a la Resolución Directoral UGEL N° 0030- 2016/ED-SM, siendo la responsable del Mantenimiento del Local Escolar, en virtud a lo cual se le deposita

la suma de s/. 7, 458.68 soles, para ser gastados, monto que fue retirado; en tal sentido se le imputa que de la verificación de trabajos realizada por personal de la UGEL de San Miguel, no ejecutó todos los trabajos propuestos en la ficha técnica de mantenimiento de locales.

En tal sentido, de lo verificado por el Ingeniero Civil Julio Cesar Balcazar Mendoza, responsable del Mantenimiento del Local Escolar de la UGEL de La Florida – San Miguel Cajamarca, de los trabajos de construcción realizados se obtiene un presupuesto de s/. 1,769.87, por tanto, existe una diferencia de s/. 3,480.13, que no se ha ejecutado, lo que hace presumir una apropiación de fondos del estado por parte de la docente denunciada; debiendo en este estado realizar el respectivo análisis a fin de determinar si se cumplen los elementos objetivos y subjetivos del delito de Peculado doloso por apropiación.

Así, en los actuados obra el formato de declaración de gastos presentada por la docente Domitila Vásquez, mediante el cual se verifica la ejecución de los trabajos como son: reparación de muros, reparación de puertas, reparación de instalaciones eléctricas, útiles escolares de escritorio, materiales para uso pedagógico, equipamiento menor, los mismos que fueron verificados y se encuentran ejecutados al 100%. Siendo que, solamente, investigan lo referente a los trabajos de construcción de veredas, por cuanto no pertenece al rubro reparación de muros.

Entonces, de las documentales y testimoniales recabadas, se puede apreciar que los gastos realizados por la denunciada Domitila Nancy Vasquez Carhuatanta, en el rubro denominado "Reparación de muros", de la I.E. Divino Maestro — Pampa de Sequiz de la Florida, efectivamente se han realizado, no existiendo sobrevaloración en ninguno tales gastos, como lo denunció el Especialista en Infraestructura de la UGEL de San Miguel; y si bien es cierto el monto total de lo gastado en este rubro asciende a s/. 4,902.00, y el presupuesto asignado de s/. 5,250.00, existe una diferencia de s/ 348.00.

3.1.2.2. Análisis del caso

Es atendible aplicar el principio de *mínima intervención*, pues en el presente caso no se ha producido una vulneración sustancial al bien jurídico protegido por el Estado, el monto de S/ 348 soles, motivo por el cual no resulta viable el ejercicio de la acción penal.

Siendo que conforme a la Resolución UGEL N° 702-2018/GR.CAJ-DRE-UGEL/SM, cesaron temporalmente el servicio laboral magisterial por un periodo de trescientos sesenta y cinco días calendarios sin goce de remuneraciones a la administrada Domitila Nancy Vásquez, es decir que la denunciada ha sido ya sancionada administrativamente.

La Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionario del Distrito Fiscal de Cajamarca, declara que no pro-

cede formalizar ni continuar con la investigación preparatoria seguida contra Domitila Nancy Vásquez Carhuatanta, por la presunta comisión del delito contra la administración pública, en su modalidad de peculado doloso y malversación de fondos en agravio del estado —ministerio de educación- I.E. Divino maestro.

3.1.3. Carpeta Fiscal Nro. 2019-150

3.1.3.1. Hechos:

Con fecha 4 de abril del 201, Norma Ramírez Palomino en su condición de Directora de la Institución Educativa N° 60 - San Pablo - Cajamarca en compañía con las profesoras Miriam Vargas Suárez y Nalda Tello Chico, se dirigieron a la Institución Educativa mencionada y al estar cerca, advirtieron que un grupo de madres de familia (sin precisar los nombres) estaba sacando material de la Institución.

Al ingresar a la referida Institución, observaron que la practicante Rosa Gladys Ortiz Castrejón también sacaba una caja de cartón con materiales donados por la UGEL —San Pablo, como papелotes, cartulina, papel de molde en buena cantidad, esto le había dado la profesora María Edisa Malaver Vigo, siendo que el portero Jorge Cabanillas, dijo que había dejado entrar a la profesora Edisa (quien se encontraba haciendo uso de una licencia) solo porque siguió órdenes y que en vacaciones (enero y febrero del 2019), la misma profesora habría llevado a su casa una pizarra acrílica y dos estantes de propiedad de la Institución.

3.1.3.2. Análisis del caso

Conforme a la denuncia se trataría del ilícito penal de Peculado Doloso por apropiación, siendo que la señora María Edisa Malaver Vigo, se habría llevado a su hogar un estante grande y una pizarra acrílica color blanco (bienes de la Institución Educativa Inicial Nro 60 – San Pablo), y el día 04 de abril del 2019, cuando se encontraba de licencia, en compañía de padres de familia y la practicante Rosa Ortiz Castrejón, habría ingresado a la Institución sin autorización, a sustraer materiales como papelotes, cartulinas y papel molde. Asimismo, la referida profesora devolvió, antes de tomar conocimiento de la denuncia interpuesta en el Despacho Fiscal, el estante de madera.

Dichos bienes (Pizarra acrílica y los materiales) estarían valorizados en S/. 200 y S/. 100 soles respectivamente.

Respecto a los materiales (papelotes, cartulinas y papel molde), se tiene que la denunciada no ha tenido a su cargo la percepción, administración o custodia de los materiales, pues se encontraba de licencia sin goce de remuneraciones por motivos particulares; siendo así se debe ser investigada por la presunta comisión de delito contra el patrimonio, tipo que se separa de la esfera de los delitos contra la administración pública.

Respecto a la pizarra acrílica, misma que fue sustraída de la Institución Educativa cuando la denunciada ostentaba el cargo de Directora, este sí habría estado bajo su custodia. Bien que tendría

la valoración de S/. 200 soles, y al no haber sido devuelta, la conducta se deviene en reprochable, sin embargo, esta conducta no podría considerarse relevante “penalmente”, debido a que existe otro mecanismo de sanción, una menor, como las sanciones administrativas a través de los órganos de control en este caso de la UGEL San Pablo, que permita la solución de este conflicto; por lo que, teniendo en cuenta los principio de intervención mínima y última ratio, que señala que la intervención del Estado solo se justifica cuando es necesario para el mantenimiento de su organización y que por eso solo se debe acudir al Derecho Penal, cuando han fracasado todos los demás controles, pues el derecho punitivo es el último recurso que han de utilizar el Estado, en tanto, no se castiga todas las conductas lesivas de bienes jurídicos, sino solo las que revisten mayor entidad, socialmente relevantes.

Por lo que el Fiscal califica el hecho denunciando como no justiciable penalmente, por lo que no formaliza ni continua la investigación preparatoria.

3.1.4. Carpeta Fiscal Nro 2020-206

3.1.4.1. Hechos

De la denuncia interpuesta por el Director de la Unidad de Medicamentos e Insumos de la Unidad de Santa Cruz- Cajamarca, contra Norvil Bustamante Idrogo, en su calidad de servidor de la Dirección de Medicamentos e Insumos de la Unidad Ejecutora Santa Cruz—Cajamarca, refiere que el denunciado, luego de una

visita inopinada por parte del encargado de la Dirección de medicamentos e insumos y drogas Fredy José Anastasio Juárez, fue encontrando sustrayendo tres mascarillas marca NITTA20—11B (respirador con válvula de exhalación), imputado que reconoció haber sustraído los productos y manifestó que dichas mascarillas las sacaba para su uso personal.

3.1.4.2. Análisis del caso

Respecto a la relevancia penal, conforme al Acuerdo Plenario Nro. 4-2005/CJ-116, se debe tener en cuenta los comportamientos típicos que la norma penal señala para limitar o restringir la relevancia penal de los actos del delito de peculado.

Siendo que la norma (artículo 387 del Código Penal) al describir la acción dolosa utiliza dos supuestos para definir los comportamientos típicos del activo como apropiar o utilizar, estos verbos deben contener además ciertos elementos para configurarse como sujeto elementos materiales del tipo penal, estos son:

La existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales o efectos, considerando a la relación funcional como el poder de vigilancia y control sobre la cosa, esto es la competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos; la percepción, entendida como la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa y lícita; la administración, que implica las funciones activas de manejo y conducción; y la custodia, que importa la

típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales o efectos públicos.

El destinatario, que puede ser para sí, el sujeto activo que actúa por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos y también puede cometer el delito para favorecer a terceros, con un acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero; y los caudales como bienes de contenido económico, incluido el dinero y los efectos son todos los objetos, cosas o bienes que representan valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables.

Respecto al Principio de Mínima intervención, el Derecho Penal sólo debe intervenir en la vida del ciudadano, en aquellos casos donde los ataques revisten lesividad para los bienes jurídicos de mayor trascendencia. Las ofensas menores son objeto de otras ramas del ordenamiento jurídico.

Aquí no se trata de proteger a los bienes jurídicos de cualquier peligro que los aquejan ni buscándolo a través de mecanismos más poderosos, sino de "programar un control razonable de la criminalidad", seleccionando los objetos, medios e instrumentos. Por eso, para que intervenga el Derecho Pena Penal junto a sus graves consecuencias su presencia debe ser absolutamente imprescindible y necesaria, ya que de lo contrario generaría una lesión inútil a los derechos fundamentales.

Respecto al archivo liminar sobre la presunta vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva, ésta, por el contrario, se da cuando la falta de relevancia penal del asunto denunciado o informado es más que manifiesta sin existir atisbo de sospecha de criminalidad.

En cuanto al *quántum* de la afectación, se tiene que las mascarillas fueron adquiridas por la Dirección de Salud Cajamarca II Chota, siendo consideradas caudales del Estado, no obstante el valor estimado de las mascarillas sería ínfimo, pues luego de consultar el precio con el proveedor GAPPER-Safety Products, refirió que el costo de cada una de ellas asciende a S/ 12.50 (doce soles con 50/100 soles), de lo que se aprecia, la irrelevancia para impulsar una sanción penal por el valor económico de las mismas, no siendo necesario analizar los demás elementos constitutivos del delito de Peculado Doloso por la mínima intervención del derecho penal en este caso.

Con lo cual resulta acertada la decisión del Representante del Ministerio Público, al no formalizar la investigación preparatoria en contra de Norvil Bustamante Idrogo, por la comisión del presunto delito contra la administración pública en agravio del Estado.

3.2. LOS LÍMITES DEL PODER PENAL CONSIDERANDO LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y LESIVIDAD, RELACIONADO AL CONTEXTO EN QUE SE REALIZA LA APROPIACIÓN DE LOS CAUDALES DEL ESTADO EN EL DELITO DE PECULADO DOLOSO

Como se ha visto con anterioridad el derecho penal tiene como función contener y reducir la potestad punitiva del Estado, esta función es cumplida por medio de principios tales como el de mínima intervención, de subsidiariedad, fragmentariedad, proporcionalidad y lesividad.

Para la Política criminal estos principios ejercen un control sobre el *ius puniendi* del Estado, ligando permanentemente al principio de proporcionalidad con el de legalidad, y más allá de que haya adquirido relevancia en el Derecho Penal porque las penas deben ser proporcionales a la culpabilidad, limitan el poder penal para obtener una legitimación democrática.

En cuanto a la naturaleza de control social del Derecho Penal, que está instaurado para que su trascendencia político-criminal activen las facultades del derecho penal para asuntos que signifiquen relevante afectación a los bienes jurídicos protegidos.

Este control social, implica también que exista una prohibición del exceso, tal como señala el fundamento 20 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 0012-2010-PI/TC de Tacna “en la medida de que guarde una relación de proporcionalidad atendiendo a la fuerza axiológica del bien afectado por la concreta conducta típica y a la gravedad de su particular modo de ejecución”, en relación al cuántum de la pena y el grado de afectación del bien constitucional.

Ahora, para llegar al objetivo general de la investigación es necesario observar más allá de su primer alcance y evidenciar la proporcionalidad entre el delito y la pena, para lo cual, debe existir un nexo equilibrado entre la intención de salvaguardar un derecho o bien jurídico protegido y los medios elegidos para mantener el orden.

Recordemos la estructuración preventiva del Derecho penal cumple un interés social, ofreciendo penas que persigan de manera conjunta la prevención general y especial con observancia al principio de proporcionalidad y culpabilidad.

Entonces cabe preguntarse ¿si un Juez que condena a un acusado por el delito de Peculado cuando el monto que decae de la acción es ínfimo, se estaría realizando un exceso en la aplicación del Derecho?

La respuesta es sí, porque los criterios deben ser equilibrados, así la finalidad sancionadora de la pena no se perdería, y esto gracias al adecuado estudio del principio de lesividad.

El principio de Lesividad¹⁰, entendido desde la perspectiva dogmática, para que una conducta sea considerada ilícita no sólo requiere una realización for-

10 Existe la distinción de la legitimación extrínseca (brindada por la Constitución y tratados internacionales) y a legitimación intrínseca (basada en una serie de principios), conocidos como límites materiales o garantías penales, dentro de los cuales se encuentran el principio de legalidad (entendido como el límite común de un Estado de Derecho); el Principio de prohibición de la analogía (entendida como el procesos por el cual son resueltos los casos no previstos por la ley, extendiéndoles a ellos las disposiciones previstas para casos semejantes); el Principio de Irretroactividad (excluyéndose la posible aplicación de leyes penales retroactivas cuando son desfavorables para el reo); El principio de Necesidad o de mínima intervención (del cual ha sido tratado con anterioridad);

mal, sino que además es necesario que dicha conducta haya puesto en peligro o lesionado a un bien jurídico determinado. Se le identifica con la máxima "*nullum crimen sine inuria*".

Por otro lado, podemos decir que el principio de lesividad, además de garantizar protección a los bienes jurídicos del Estado y limitar la intervención penal, es también un factor clave que puede ampliar y maximizar la aplicación del Derecho Penal.

El conflicto jurídico es más que necesario cuando se busca la intervención penal, pues si no se legitima que hubo una afectación hacia un bien jurídico, no media razón para activar el aparato de justicia.

El delito de peculado se caracteriza por la retención indebida calificada, y la calificación se establece por la calidad de funcionario que el agente ostenta, que va dirigido contra el Estado, siendo que en el tipo penal no se sanciona al funcionario por sustraer los bienes, porque estos ya están bajo su poder, y aprovechando esta situación no los administra como corresponde, sino que los aparta de su función principal y se coloca en situación de disponer de los bienes como propios.

Entonces es importante determinar el elemento objetivo del perjuicio patrimonial hacia los bienes del estado, pero dejando en claro que esto no tiene nada que ver con el bien jurídico protegido. Y es así que nace la problemática ¿si un funcionario de apropia de un bien que el Estado puso bajo su cuidado, pero este bien tiene un valor ínfimo, estaría afectando verdaderamente al Estado?

el principio de exclusiva protección de los bienes jurídicos en el que se encuentra el llamado Principio de Lesividad. (Montavani, 1979, p. 103)

Debemos aclarar que no es que las acciones no sean reprochables por el simple hecho de su comisión, sino que, por la aplicación de los principios, debe presentarse un filtro para que no se active el aparato de justicia penal cuando existen otros medios igual de eficaces.

En el tipo penal del delito de peculado no se hace referencia al cuántum de afectación del bien jurídico protegido, lo que desvirtúa el poder punitivo del Estado y lo supedita al simple hecho de castigar una conducta ilícita con una pena privativa de libertad, sin importar que el monto del perjuicio ocasionado al Estado sea mínimo.

¿Es necesario sancionar todas las conductas? ¿Dónde queda el principio de mínima intervención? Supeditar al poder punitivo del estado con la sola finalidad de “punir” sea cual fuere la conducta reprochable, desestima todo el sistema penal al pretender que se active el aparato de justicia en delitos de bagatela¹¹.

El límite punitivo del Estado evita que todos los comportamientos reprochables del hombre, por más dañinos a la moral y la ética o que afecten el orden de la sociedad, sean llevados ante competencia del Derecho Penal, sino que se deja a esta esfera se dirija a bienes jurídicos relevantes.

Ahora, no se sostiene que hay bienes jurídicos sin importancia, sino que existen lesiones a bienes jurídicos con mayor necesidad de protección que otros. El Derecho penal no puede nunca emplearse en defender intereses minoritarios y no necesarios para el funcionamiento del Estado de Derecho, siendo

¹¹ Delitos donde el valor de lo apropiado es insignificante para llevar contra él un proceso penal.

inadecuado recurrir a sus gravísimas sanciones si existe la posibilidad de garantizar una tutela suficiente con otros instrumentos jurídico no penales.

Relacionar el contexto en que se realiza la apropiación del patrimonio del Estado en el delito de peculado doloso, con los principios de proporcionalidad considerando la lesividad como un criterio para la limitación del poder punitivo del Estado, implica comprender qué hay detrás de las situaciones que llevan a estos funcionarios o servidores públicos a apropiarse de caudales del estado para fines personales.

El contexto entendido como un conjunto de circunstancias que rodean una situación y sin las cuales no se puede comprender correctamente un hecho, teniendo en cuenta los casos tipos analizados y su contexto, se puede observar que, en casos como los de la Carpeta Fiscal Nro 128-2016, en que una servidora pública tomó unos víveres valorizados en cincuenta soles del programa Qali Warma a fin de permutarlos por otros más variados para llevarlos a la misma institución y no para su consumo.

Se concluye que el actuar de la servidora es, sin duda, reprochable, pues los productos son bienes que forman parte del patrimonio del Estado, y, la Directora haciendo uso de su función tomó como suyos los productos y dispuso de ellos de una manera diferente a la esperada dado su cargo.

Considerando el principio de lesividad “la pena necesariamente precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por ley”, y esta puesta

en peligro, conforme al segundo¹² significado del principio de mínima intervención en el Derecho Penal, debe ser de bienes jurídicos que previamente se ha considerado dignos de protección con modalidades de ataque más peligrosas para ellos.

Sin embargo, como ya se dijo, no todos los comportamientos reprochables deben activar el aparato de justicia penal; por lo cual es necesario conectar este contexto al momento de analizar el caso y emitir una disposición que podría abrir un proceso largo y, que, a la larga, sería más costoso que el daño primeramente ocasionado.

3.3. LA IMPORTANCIA DEL QUÁNTUM DE LA AFECTACIÓN EN EL DELITO DE PECULADO PARA GARANTIZAR LA SUBSIDIARIEDAD DE DERECHO PENAL PARA OFRECER OTROS INSTRUMENTOS JURÍDICOS NO PENALES COMO SANCIÓN

El Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal provienen de un único *ius puniendi* del Estado, siendo la política criminal la única diferencia entre el ilícito penal y el administrativo, pues ambos tienen validez y valorizaciones que en función de la realidad social, cultural o histórica de cada ordenamiento determinan la configuración de un hecho como delito o como infracción administrativa.

Se entiende que la elección el Derecho Penal como medio para mantener el orden y proteger el bien jurídico, y de tener un hecho reprochable pero no tan

¹² Siendo el primero implica que las sanciones penales se han de limitar al círculo de lo indispensable, en beneficio de otras sanciones o incluso de la tolerancia de los ilícitos más leves, es decir, que el derecho penal una vez admitido su necesidad.

grave que puede activar dos ramas del Derecho (ej. El Derecho administrativo y el Derecho Penal), siempre se tendría que optar por el más eficaz. El derecho penal al ser de ultima ratio tiene una eficacia en casos de *última necesidad* cuando todo lo demás falló. Aplicar el derecho penal para cualquier circunstancia reprochable le quita la eficiencia como nexo equilibrado para mantener el orden.

Conforme al principio de subsidiariedad, la *última ratio*, ha de operar únicamente cuando el orden jurídico no pueda ser preservado y restaurado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal.

¿Cuándo es eficaz el derecho penal? Cuando las afectaciones a los bienes jurídicos protegidos sean tan graves que no haya otra opción que aplicar el derecho penal para equilibrar el control social.

Respecto al bien jurídico protegido en el delito de peculado doloso en el Acuerdo Plenario Nro. 4-2005 en su fundamento 6, señala que lo que se pretende proteger se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico penal: Garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública; y, evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebrantaba los deberes funcionales de lealtad y probidad.

Entonces, el patrimonio del Estado ayuda al normal desarrollo de las actividades de la Administración Pública¹³; pudiéndose entender que lo que se protege no es la propiedad de los bienes del Estado, sino la seguridad de su

¹³ Rojas Vargas (2007, p. 480) dice que el objeto genérico del tipo penal de Peculado Doloso es la protección de estas actividades.

afectación a los fines para los cuales se ha reunido o creado. En razón a ello, la jurisprudencia a nivel nacional ha descartado que el Peculado sea un delito patrimonial.

El patrimonio del Estado no es el eje central de protección, sino que se busca garantizar que los Funcionarios, abusando de su poder y quebrantando sus deberes vulnerando los intereses patrimoniales del Estado, siendo que el Funcionario tiene disponibilidad jurídica¹⁴ de los bienes y, actuando con *animus domini*, se apropia de estos caudales o efectos, como si fueran propios reteniéndolos permanentemente y empleándolos de manera privada.

De otro lado para entender la magnitud del perjuicio patrimonial, es necesaria la pericia valorativa pues esta permite saber a dónde fueron estos bienes y las diferencias que estas salidas han causado en la esfera de los intereses patrimoniales del Estado.

El patrimonio del Estado es un elemento objetivo sin cuya afectación no podría tipificarse el delito de Peculado, sin embargo se debe entender la problemática que esto también ocasiona, pues el tipo penal no hace referencia a un cuántum mínimo para su aplicación, que al parecer tiene el fin de castigar una conducta ilícita con una pena privativa de libertad sin considerar los otros tipos de pena o sanciones administrativas que tendrían menor impacto en los gastos que el Estado realizaría de apertura un proceso judicial en casos en lo que el cuántum es ínfimo.

¹⁴ Posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público

En el 2010 la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia propuso al Congreso de la República, un proyecto de ley a fin de que se ejerza la racionalidad y la eficiencia de la reacción penal, en tanto se introduzca un referente patrimonial de valoración en los delitos de Peculado doloso y culposo, cuando lo apropiado o utilizado sobrepasara las dos unidades impositivas tributarias (peculado doloso) y dos remuneraciones mínimas vitales (peculado culposo), poniendo a competencia del Derecho Administrativo las apropiaciones o utilización de bienes públicos que sean inferiores a dichos referentes.

Sin embargo, mediante el Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos recaído en el Proyecto de Ley Nro. 418/2010—PJ, durante el periodo anual de sesiones del año 2011, se desestima lo propuesto por la Corte, pues para ellos, el criterio de costo económico de los bienes apropiados se ha utilizado para agravar la conducta más no para descriminalizarla o sugerir espacios de reconducción disciplinaria.

Ahora, supeditar las facultades de *ius puniendi* al simple hecho de punir, es un uso inadecuado para recurrir a sus gravísimas sanciones si existe la posibilidad de garantizar una tutela suficiente con otros instrumentos jurídico no penales.

Cuando se dice que el quántum de la afectación en el delito de peculado doloso, garantizaría la subsidiariedad del derecho penal se pretende hacer hincapié en un Derecho Penal de Mínima Intervención —*última ratio*—, entonces, se debe buscar una mayor coherencia de la conducta delictiva a efectos de compatibilizarlos con las penas.

Si bien al momento de reformular el delito de Peculado se plantea un límite cuantitativo, que puede ser elevado y daría pie a que el delito de Peculado pase a ser un delito patrimonial dejando de lado la teoría de la infracción del deber; no se pretende que el Derecho se inactive en cuando a las apropiaciones “pequeñas”, que tienen, también, el carácter reprochable por el abuso de poder que comete el funcionario público al apropiarse de bienes públicos, y no responda por sus acciones, sino que se le sancione bajo los límites del principio de proporcionalidad.

La lucha contra la corrupción, problema que tiene especial repercusión en nuestro país, hace que se consideren a los delitos de bagatela como unos que merecen igual castigo que lo que verdaderamente dañan la esfera patrimonial del Estado. Aquí se coincide con Salinas Siccha (2014, p. 319), al sostener que “tan corrupto es aquel que se apropia de diez soles como aquel que se apropia de diez millones”; mas se debe respetar la subsidiariedad del Derecho Penal al no aplicarse siempre que algo suceda, sino cuando este “algo” es verdaderamente grave

El derecho Penal no debería actuar en aquellos casos donde el valor de lo apropiado es insignificante para llevar un proceso penal, lo cual no implica que las apropiaciones de mínima cantidad de los bienes del Estado, no sean sancionados, sino que sean llevados mediante otros medios, por ejemplo el derecho administrativo sancionador.

De caso tipo analizado Nro. 150-2018, el agente se apropió de materiales de escuela de su centro de trabajo dichos bienes tenían un valor de S/. 300 soles, nos hacemos las preguntas: ¿Es reprochable la acción del agente? Definitivamente. ¿Existen otros medios por los cuales se le podría sancionar? Sí. Una

vez encontrado culpable del hecho, el Derecho Administrativo Sancionador podría tomar acción en estos casos cuando el quántum de la afectación patrimonial del Estado no sobrepasa ni siquiera los S/. 400.00.

Del caso número 206-2020 del Director que se sustrajo tres mascarillas con respirador valorizadas en S/ 12.50 mismas que estaban bajo su cuidado, podemos observar dos cosas principales: 1. El hecho es reprochable, pues en tiempos de pandemia las mascarillas enviadas por el Estado vienen a ser fundamentales para evitar los contagios y el haberse aprovechado de su puesto como Director para apropiarse de estas mascarillas y ponerlas para su uso personal es una actitud reprochable; y 2. No es lo mismo apropiarse de tres mascarillas a un lote de éstas mismas.

Ambos hechos serían reprochables, pero activar el sistema penal por un monto ínfimo que puede ser castigado por otro medio, viene a significar un gasto mayor de los ingresos del Estado.

Finalmente, el criterio de medición cuantitativa del bien apropiado irá a la par con el contexto con el que se realizó la acción, pues no es lo mismo que un Funcionario se apropie de un ciento de hojas bond en una oficina estatal que solo cuenta con cien hojas semanales; a uno que tome un ciento de hojas bond en un lugar donde hay millares de estas; el desvalor de la conducta es el mismo, pero el resultado del primero causa más daño que el segundo.

Está entonces en manos del factor humano (Fiscal, Juez) entender no solo contexto en el que fueron realizados los hechos, con el fin de realizar un análisis justo, amparado en el uso correcto de los principios del Derecho, sino que se observe si el quántum de la afectación es de relevancia para el Estado.

Disponiendo claro que la entidad correspondiente sancione como es debido el comportamiento del funcionario que se haya apropiado de los bienes de Estado.

Mediante la argumentación deductiva se puede decir que el derecho administrativo sancionador es parte del *ius puniendi* y puede aplicarse en casos donde el cuántum de la afectación sea mínimo y para que se garantice la subsidiariedad del derecho penal es importante establecer un cuántum en el delito de peculado doloso por apropiación, entonces el derecho administrativo es viable para sancionar casos de peculado doloso con cuántum ínfimo.

CAPÍTULO IV: PROPUESTA LEGISLATIVA

Respecto al objetivo de elaborar una propuesta legislativa que determinará los criterios señalados en el objetivo general:

4.1. Exposición de motivos

Entiéndase como exposición de motivos a lo desarrollado en la discusión del presente trabajo de investigación.

4.2. Análisis costo beneficio

La presente propuesta legislativa no irroga gasto al erario nacional financiándose con cargo al presupuesto del Ministerio Público en lo que respecta a la ejecución de la notificación que se hace referencia en la fórmula legal, sin demandar recursos adicionales del tesoro público.

Se tienen como beneficiarios a la ciudadanía, toda vez que los Funcionarios o servidores Públicos que fuesen denunciados por Peculado Doloso por apropiación, tendrían la ocasión de que dichos casos queden archivados o con una opción de pena, sin que sus acciones queden impunes y el aparato de justicia sea activado por banalidades.

Asimismo, también se tiene que mencionar como beneficiario al proceso judicial en general toda vez que la presente propuesta legislativa permitirá que el aparato de justicia no se use en casos que no son de gran trascendencia.

4.2.1. Efectos de la vigencia de la norma en la legislación nacional

La propuesta no colisiona ni afecta el orden constitucional o legal vigente, por el contrario, permite otorgar el mecanismo para asegurar el uso ade-

cuado del derecho, así como la verdadera sanción para tales actuaciones, en cumplimiento de los derechos fundamentales y principios descritos en nuestra Constitución.

4.2.2. Vinculación con el acuerdo nacional

La iniciativa legislativa guarda relación con la Vigésima Octava Política de Estado referente a la Plena vigencia de la Constitución y de los derechos humanos y acceso a la justicia e independencia judicial, cuando se refiere que el Estado: (..) g) establecerá mecanismos de vigilancia al correcto funcionamiento de la administración de justicia, al respeto de los derechos humanos, así como para la erradicación de la corrupción judicial en coordinación con la sociedad civil.

4.2.3. Fórmula legal

El Congreso de la República

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 387 DEL DECRETO LEGISLATIVO Nro. 635, CÓDIGO PENAL

Artículo 1. Objeto de la Ley

Modificar el primer párrafo del artículo 387 del Código Penal, aprobado por Decreto Legislativo N° 635, con la finalidad de que en caso el monto no supere la cantidad equivalente a Dos (2) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), se pueda hacer efectivos otros tipos de pena o haciendo uso del Derecho Administrativo sancionador.

Artículo 2. Modificación del primer párrafo del artículo 387 del Código Penal, aprobado por Decreto Legislativo Nro. 635

Modifíquese el primer párrafo del artículo 387 del Código Penal, aprobado por Decreto Legislativo Nro. 635, quedando redactado de la siguiente manera:

Artículo 387. Peculado doloso y culposo

El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos que superen la cantidad equivalente a Dos (2) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Artículo 3. Vigencia de la Ley

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

Artículo 4. Derogatoria

Déjese sin efecto y deróguense las disposiciones que se opongan a la presente Ley.

Cajamarca, Setiembre de 2021.

Congresista de la República

CONCLUSIONES

1. Los criterios para establecer la lesividad en la configuración del delito de peculado doloso son el contexto, considerando a este como el conjunto de circunstancias y factores que se dan en torno al hecho; asimismo, es determinante el quantum de la afectación patrimonial para evaluar la lesividad de la conducta reprochable.
2. Existe la necesidad de evaluar la gravedad del comportamiento del agente; así que, considerando que, para imponer una sanción penal, es lícito tener en cuenta la prohibición de exceso; por lo que, en razón al principio de proporcionalidad, en las situaciones que no se han lesionado los intereses patrimoniales de la administración pública, no corresponde la sanción penal.
3. Si al evaluar el contexto en el que se realiza el peculado doloso, tal como la apropiación del patrimonio del Estado, así como el quantum de afectación del mismo, no corresponde dentro del alcance de la sanción penal porque se evalúa desde el principio de la proporcionalidad, es el Derecho Administrativo sancionador el más idóneo para corregir y sancionar conductas que afectan la administración pública.
4. La pena privativa de libertad que establece el delito de peculado doloso por apropiación, considerando los fundamentos del principio de proporcionalidad, no puede significar aplicar dicha sanción, incluso en casos mínimos de lesión del bien jurídico protegido.
5. De la propuesta normativa la fórmula legal a incluir es el monto de la afectación para que este no supere la cantidad equivalente a Una (1) Unidad Impositiva Tributaria (UIT) cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo.

RECOMENDACIONES

1. A los investigadores del derecho e intérpretes de nuestra norma jurídica en el ámbito penal, se tenga en estudio, análisis y posterior doctrina para investigaciones futuras una nueva redacción del artículo 387 del Código penal, en el extremo del cuántum de la afectación del bien jurídico protegido.
2. Al poder legislativo, se tenga en cuenta las conclusiones arribadas para la elaboración de una nueva redacción del tipo penal, a fin de tener un cuántum establecido en el tipo penal del Delito de Peculado Doloso por apropiación.
3. Los fiscales deben archivar las carpetas fiscales con casos en los que los cuántums de la magnitud del perjuicio económico hacia el patrimonio del Estado no supere la cantidad equivalente a Una (1) Unidad Impositiva Tributaria (UIT); a fin de no iniciar un proceso que no beneficia al Estado, y dejar que las competencias de las otras materias del Derecho tomen parte en el caso.

REFERENCIAS

- Abanto Vásquez, M. (2003). *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Lima: Editorial Palestra.
- Ávila Herrero, J. (2011). *El Derecho de Ejecución Penal de Cara al Presente Siglo: Problemas, Orientaciones, retos y perspectivas*. Recuperada de http://www.usmp.edu.pe/derecho/centro_derecho_penitenciario/revista/jose_avila_herrera.pdf.
- Bacigalupo Zapater, E. (1994). *Principios del Derecho penal. Parte General*. (2° ed). Madrid: Ed. Akal.
- Binder, A. (2004). *Introducción al derecho penal*. (2° ed actualizada). Buenos Aires Argentina: Editorial AD-HOC.
- Blanco Lozano, C. (2003). *Derecho Penal. Parte General*. Ed. La Ley.
- Bustos Ramírez, J. (1989). *La imputación Objetiva*. Recuperado de: https://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/11/5_imputacion-objetiva.pdf
- Bustos Ramírez, J. & Hernán Hormazabal, M. (2004). *Nuevo sistema de derecho penal*. Madrid: Editorial Trotta.
- Cáceres Julca, R. E. (2012). *El delito peculado*. Lima.: Editorial Gaceta Jurídica.
- Carrara, F. (1944). *Programa del curso de Derecho Criminal*. (t. 1). Buenos Aires: Depalma.
- Carmignani, G (1979). *Elementos de Derecho Criminal*. Bogotá: Temis.
- Caro, Coria, D. (2004). *Sobre el principio de irretroactividad de la ley penal penitenciaria perjudicial al condenado*. *Revista General de Derecho Penal*, 1, pp. 1-8. Recuperado de <http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/irretroactividadcaro-coria.pdf>.
- Coing, H. (1981). *Historia del Derecho y Dogmática Jurídica*. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 9, 245-257.
- Cordero Quinzacara, E. (diciembre, 2012). *El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal*. *Revista de Derecho Valdivia* 2. 131-157. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/1737/173725189006.pdf>

- Díaz Cutipa, P. (2018). *La Exigencia de un Monto Mínimo para la Configuración Típica del Delito de Peculado, Tacna 2014 – 2017*. Universidad Privada de Tacna, Perú.
- Domenech, I. (1997). El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional. *Jueces para la Democracia*, 28, pp. 69-75.
- Durand Migliardi, Mario. (2011). TEORÍAS ABSOLUTAS DE LA PENA: ORIGEN Y FUNDAMENTOS: CONCEPTOS Y CRÍTICAS FUNDAMENTALES A LA TEORÍA DE LA RETRIBUCIÓN MORAL DE IMMANUEL KANT A PROPÓSITO DEL NEO-RETRIBUCIONISMO Y DEL NEO-PROPORCIONALISMO EN EL DERECHO PENAL ACTUAL. *Revista de filosofía*, 67, pp. 123-144. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-43602011000100009>
- Esteban Nieto, N. (2018). Tipos de investigación.
- Fernández, J. (2009). ¿Qué es el principio de intervención mínima? *Revista Internauta de Práctica Jurídica* 23, 1-10.
- Fernández Ruiz, J. (1982) El Estado empresario. México.: Instituto de investigaciones jurídicas.
- Ferrajoli, L. (2012). El principio de lesividad como garantía penal. *Nuevo foro penal*, 8, pp. 100-114.
- Ferri, E. (1928). Principios de Derecho Criminal. Madrid: Editorial Reus.
- Frank, R. (1966). Estructura del Concepto de Culpabilidad. (Trad., por Sebastián Soler). Chile: Seminario de Derecho Penal Universidad de Chile.
- Freudenthal, B. (2003). Culpabilidad y reproche en el derecho penal (Trad., J. L Guzmán Dálbora & J. C. Faira). Buenos Aires.
- Fuentes Cubillos, H. (2008). El principio de proporcionalidad en derecho penal: Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena. *Ius et Praxis*, 14 (t.2), pp. 13-42.
- García Caverro, P. (2012). Derecho penal. Parte general. (2° ed.). Lima: Jurista Editores.
- García Pablos de Molina, A. (2000). Derecho Penal. España: Universidad Complutense de Madrid.
- Goldschmidt, J. (1943), La concepción normativa de la culpabilidad (Trad., por Margaritha de Goldschmidt & R. Núñez). Buenos Aire: Depalma.

- Gonzales Campos, R. (2006). *Una Concepción de la Culpabilidad para el Perú* (Tesis de doctorado). Universidad Mayor de San Marcos. Lima, Perú.
- Guevara Cornejo, M. (2016). Análisis del principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. (Tes. de pregrado en Derecho). Universidad de Piura.
- Guzmán Napurí, C. (2010). Las reformas al procedimiento administrativo sancionador provenientes del Decreto Legislativo N° 1029. Manual de actualización. Lima: Gaceta Jurídica.
- Hassemer, W. (1984). Fundamentos del Derecho penal. (Trad., F. Muñoz Conde & L. Arroyo Zapatero). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Hormazábal Malarée, H. (2005). Una necesaria revisión del concepto de culpabilidad. *Revista de derecho (Valdivia)*, 18, pp. 167-185.
- Huergo Lora, A. (2007). Las sanciones administrativas. Madrid: Iustel.
- Hurtado Pozo, J. (2011). Manual Derecho Penal. Parte General. (4° ed.). Lima: IDEMSA.
- Jakobs, G. (1995). Derecho penal. Parte general. Fundamentos y Teoría de la imputación. (Trad., por J. Cuello Contreras & J. L. Serrano Gonzáles de Murillo). Madrid: Marcial Pons Ediciones.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal. Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación*. (Trad. Cuello Contreras, J. & Serrano Gonzáles, J.). Madrid: Marcial Pons.
- Jescheck, H & Weigend, T (2002). *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (5° ed.). España.: Editorial Comares.
- Kant, I. (1797). La metafísica de las costumbres. (Trad., por A. Cortina Orts & J. Canal Sancho). Madrid.:Tecnos.
- Mantovani, F. (1979). Diritto penale Parte Generale. Milan: CEDAM (Casa Editrice Dott. Antonio Milani).
- Martínez Huamán, I & Muñoz Chudán, T. (2018). *Empirismos normativos en los límites del principio de lesividad en el delito de peculado de uso* (Tesis de pregrado). Universidad Señor de Sipán, Perú.
- Martos Núñez, J. (1987). El principio de intervención penal mínima. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 40, pp. 99-134.

- Meini Mendez, I. (2013). La pena: función y presupuestos. *Revista Derecho PUCP* 71, 141 - 167. Recuperado de: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201302.006>
- Mezger, E. (1958). *Derecho penal. Parte General: Libro de estudio*. (Trad., por Conrado Finzi). Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.
- Nakazaki Servigon, C., Oré., Lamas., Bramont-Arias. (2016). *Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
- Ortiz Ortiz, S. (1993) *Los fines de la pena*. México: Instituto de Capacitación de la Procuraduría General de la república de México.
- Parma, C. (1997). *Culpabilidad: lineamientos para su estudio*. Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Peña Cabrera, R (1997) *Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General*. (3° ed.). Lima: Grijley.
- Poliano Navarrete, M. (2016). *Lecciones de Derecho Penal parte general*. (t. 2) (2° ed.). Madrid-España: TEcnos.
- Quintero Olivares. G. (1981). *Introducción al Derecho Penal, parte general*. Barcelona.: Editorial Barcanova.
- Ramón Berdugo. J & Gómez de la Torre (08 de enero de 2004). Principio de mínima intervención. [Ponente principal]. Audiencia Provincial de Córdoba.
- Ramos, M. & Zanazzi, S. (2015). Los delitos de peligro y el principio de lesividad Panel: Delitos de Peligro. Recuperado de <http://catedrade-luca.com.ar/wp-content/uploads/2015/01/ramos-maria-angeles-y-zanazzi-sebastian.-delitos-de-peligro-y-el-principio-de-lesividad.pdf>
- Ramos Núñez, C. (2005). *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. Lima.: Gaceta Jurídica Editores.
- Reátegui Sánchez, J. (2017). *Delitos contra la administración pública en el código penal*. Lima.: Jurista Editores.
- Reyes Echendía, A. (1988). *La culpabilidad*. Bogotá: Temis.

- Rojas Rodríguez, H. (2015). *Los principios constitucionales limitadores del Ius Puniendi ¿Qué límites rigen el Derecho Administrativo Sancionador en el Perú?* Lima, Perú: Fondo editorial PUCP.
- Rojas Vargas, F. (2007). *Delitos contra la administración pública*. Lima: GRIJLEY.
- Roxin, C (1976). *Sentido y Límites de la pena estatal en problemas básicos del Derecho Penal*. Alemania.: Reus.
- Salinas Siccha, R. (2014). *Delitos contra la Administración Pública*. (3° ed.). Lima: Grijley.
- Salinas Siccha, R. (2018). *Derecho Penal Parte especial (t. 1)*. Lima: Editorial IUSTITIA S.A.C.
- Soler, S. (1978). *Derecho Penal Argentino (t. 5)*. Bueno Aires: Tipográfica editora Argentina.
- Torío, A. (1991). Injusto penal e injusto administrativo (presupuestos para la reforma del sistema de sanciones. Estudios sobre la Constitución Española, homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría 3, 2537. Madrid: Civitas.
- Torres, A. (2015). La operatividad del principio de lesividad desde un enfoque constitucional. *Revista pensamiento penal*, 16.
- Velásquez Velásquez, F. (1995). *Derecho Penal Parte General*. (2° ed). Bogotá: Temis.
- Vergaray Béjar, V. & Gómez Apac, H. La potestad sancionadora y los principios del procedimiento sancionador. Sobre la ley del procedimiento administrativo general. Libro homenaje a José Alberto Bustamante Belaúnde. Lima: UPC Fondo editorial.
- Villegas, M. (2006). Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto de Código Penal 2, 36. Recuperado de: http://www.politicacriminal.cl/ri_02/a_3_2.pdf.
- Villegas Fernández, J. (2009). ¿Qué es el Principio de Intervención Mínima? *Revista Internauta de Práctica Jurídica* 23, 1-10. Recuperado de https://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num23/Principio.pdf
- Villavicencio, F. (2016). *Derecho Penal. Parte General (6° ed.)*. Lima.: Grijley E.I.R.L.
- Vignolo Cueva, O. (2008). Principales implicancias de la sanción administrativa. *Jus Gestión Pública*, 175 y ss.

- Von Liszt, F. (1983). *La idea del fin en el derecho penal*. (Trad. C. Pérez del Valle) Granada: Comares,
- Weber, H. (1982). *Exposición comentada y comparada del Código Penal de 1863* (vol. 3). Lima: Librería e Imprenta Gil.
- Welzel, H. (1964). *El nuevo sistema de derecho penal*. (Trad., por J. Cerezo Mir). Barcelona: Ariel.
- Zaffaroni, E. & Hagemeyer, I. (1989). *Tratado de Derecho Penal* (trad., por Feuerbach). Buenos Aires.: Hamurabi.

7.1. ANEXOS

180



MINISTERIO PÚBLICO
FISCALÍA DE LA NACIÓN

"Año de la Consolidación del Mar de Grau"

FISCALÍA ESPECIALIZADA EN
DELITOS DE CORRUPCIÓN DE
FUNCIONARIOS DE CAJAMARCA

CASO N° 1706045500-2016-128-0

Fiscal Responsable: [REDACTED]

DISPOSICION N° 03-2016

NO HA LUGAR A FORMALIZAR Y CONTINUAR INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

Cajamarca, veintiuno de julio
del año dos mil dieciséis.--

VISTA: La presente carpeta fiscal que contiene la denuncia presentada contra [REDACTED] como presunta autora del delito contra la Administración Pública en la modalidad de Peculado Doloso en agravio del Estado – Programa Nacional de Alimentación Escolar – QALI WARMA, representado por el Procurador Público Anticorrupción de Cajamarca; y **CONSIDERANDO:**

I.- PARTE EXPOSITIVA.-

1.1.-HECHOS QUE SE INVESTIGAN:

PRIMERO: De conformidad con el acta de intervención Policial S/N°-2016-REGPOL-CAJ/CR-PNP-CJBBAA*B*/SIDyF, adjuntada a la denuncia penal, mediante la cual se realizó un operativo policial en base a una llamada telefónica anónima de parte de una persona de sexo femenino, el mismo que se llevó a cabo al promediar las 20.10 horas del día 08 de abril del 2016, donde se intervino al ómnibus de la empresa HORNA, con placa de rodaje N° T2Z-95, interviniendo en él, a la señora [REDACTED] persona se encontraba a bordo, viajando en el asiento N° 02, a quien se le solicitó su boleto de viaje, presentando uno con el N° 006425, engrapado al ticket de equipaje N° 09883, ambos con el nombre de la empresa MISAC TRANSPORTISTAS S.A.C., por tal motivo a dicha persona se le invitó a mostrar su equipaje, el mismo que se encontraba en la bodega del mencionado vehículo, y al momento de solicitarle que abra una bolsa de su propiedad, se negó afirmando que era una encomienda que le habían encargado y pese a la negativa se logró abrir dicha bolsa, encontrándose en ella lo siguiente: Dos latas de conserva de pescado en trozos de atún marca Perfecta, de fecha de vencimiento 12-2014, una lata de filete de caballa en aceite, marca Jesús del Mar, nueve paquetes pequeños de color morado, conteniendo cada uno galletas de quinua, dos bolsas de azúcar rubia de 500 gr, tres bolsas de hojuela de avena con kiwichua pre cocida, dos bolsas de hojuela de avena, cinco bolsas de hojuela de avena con quinua, una bolsa de arroz, al parecer productos del programa "QALI WARMA".

2- PARTE CONSIDERATIVA.-

2.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

SEGUNDO: Los hechos así descritos configuran el delito contra la Administración Pública en la modalidad de Peculado Doloso establecido en el primer párrafo del artículo 387°, concordante con el tercer párrafo del mismo cuerpo legal que establece: *"El funcionario o servidor Público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días multa.(...)*
Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieron destinados a fines

16

asistenciales o a programas de apoyo social. En esos casos, la pena privativa de libertad será no menos de ocho ni mayor de doce años y con treientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa.”

Así, Salinas Siccha, señala “Se configura el delito de peculado por apropiación cuando el agente se apodera, adueña, atribuye, queda, apropia o hace suyo los caudales o efectos del Estado que le han sido confiados en razón del cargo que desempeña al interior de la administración pública para percibirlos, custodiarlos o administrarlos. El agente obra con animus rem sibi habendi. El beneficiario con el apoderamiento puede ser el autor del hecho que siempre será funcionario o servidor público o en su caso, un tercero que, como veremos, puede ser tanto un funcionario o servidor público como una persona ajena a la administración.

(...)

La forma de apropiación puede recaer tanto en actos materiales de incorporación de los caudales o efectos públicos al patrimonio del autor, acrecentando su masa patrimonial, como en actos de disposición inmediata (venta, alquiler, préstamo, uso con ánimo de propietario, entrega a terceros, donaciones, etc.). En general, puede materializarse en numerosos actos que, como expresión del poder del funcionario o servidor público, impliquen actividad comercial que ponga de manifiesto la ilícita disposición del patrimonio público que realiza el sujeto activo en el ámbito concreto de la apropiación, no obviamente cuando la vinculación entre sujeto activo y caudales o efectos se halle en un contexto de agotamiento.”

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

En esa misma línea, el principio de intervención mínima en el derecho penal, denominado también “principio de ultima ratio”, “tiene un doble significado: en primer lugar implica, que las sanciones penales se han de limitar al círculo de lo indispensable, en beneficio de otras sanciones o incluso de la tolerancia de los ilícitos más leves, es decir, el derecho penal una vez admitido su necesidad, no ha de sancionar todas las conductas lesivas a los bienes jurídicos que previamente se ha considerado dignos de protección, sino únicamente las modalidades de ataque más peligrosas para ellos. (...) En segundo lugar la intervención mínima en el derecho penal responde al convencimiento del legislador, de que la pena es un mal irreversible y una solución imperfecta que debe utilizarse solamente cuando no haya más remedio, es decir, tras el fracaso de cualquier otro modo de protección obliga a reducir al máximo el recurso al derecho penal. Por tanto el recurso al derecho penal ha de ser la “última ratio” o lo que es lo mismo el último recurso a utilizar a falta de otros medios lesivos.”

CUARTO.- El numeral 2) del artículo 330º del Código Procesal Penal establece que “las Diligencias Preliminares tienen por finalidad inmediata realizar los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tendido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas en su comisión, incluyendo a los agraviados, y dentro de los límites de la Ley, asegurarlas debidamente”. La Investigación

1 <http://docplayer.es/14437213-El-delito-de-peculado-en-la-legislacion-jurisprudencia-y-doctrina-peruana-por-ramiro-salinas-siccha-1.html>
2 En http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4stAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUjAxNjtlUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQZapUt-ckhlQaptWmQOcSoAai9aTzUAAAA=WKE

Preliminar es aquella investigación de un lapso temporal corto, previa a la apertura formal de la investigación preparatoria, mediante la cual se conforma o descarta si un hecho tiene relevancia jurídico – penal, y se determina o individualiza a la persona que ha participado en ella. Por su naturaleza es considerada, como una etapa pre procesal o pre jurisdiccional, dado que no necesita de disposición fiscal de inicio de investigación, ya que esta se inicia por el solo hecho del conocimiento de la denuncia, sin embargo, ante una denuncia de parte, se estila emitir una disposición fiscal, pero que no requiere ser notificada o puesta en conocimiento del juez de la investigación preparatoria; por lo que, como consecuencia de ello, la aplicación del criterio de oportunidad y de acuerdo preparatorio, y el archivo o sobreseimiento de la investigación no requiere intervención y aprobación del juez, como sí ocurre cuando se dispone la formalización de continuación de investigación preparatoria; así como que el plazo de prescripción de la acción penal sigue corriendo, es decir, no se suspende. Dada su naturaleza y su corta duración, su finalidad responde a una doble connotación: inmediata: realizar actos urgentes o inaplazables para determinar si ha tenido lugar los hechos y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión y la individualización de las personas involucradas en su comisión; mediata: determinar si existen indicios reveladores y suficientes de la existencia del delito, la acción penal no haya prescrito, se ha individualizado al imputado y si cumple con los requisitos de procedibilidad. La actividad probatoria que despliega el fiscal no tiene el carácter de prueba, solo de evidencia e indicio de los hechos, por ello, las actas, constataciones, recojo de evidencias perennización de la escena del delito y otros, tiene la calidad de prueba pre constituida, dada su naturaleza irrepetible, en razón de que su actuación responde a una urgencia natural, y su incorporación al juicio a efectos de su valoración se realizará mediante su lectura o a través de los órganos de prueba.³

QUINTO. - A su vez, el numeral 1) del artículo 334º del citado Cuerpo Normativo, establece que si el Fiscal al calificar la denuncia y después de haber realizado o dispuesto realizar diligencias preliminares, considera que el hecho denunciado no constituye delito, no es justiciable penalmente, o se presentan causas de extinción, previstas en la Ley, declarará que no procede formalizar y continuar con la investigación Preparatoria, así como se ordenará el archivo de lo actuado.

ANÁLISIS DEL CASO:

SEXTO.- La imputación que recae sobre la investigada [REDACTED] en su calidad de Directora de la I.E. N° 108 – Barrio Pueblo Nuevo de Cajabamba, consiste en que en circunstancias que se trasladaba desde la ciudad de Cajabamba hacia Trujillo en el ómnibus de la empresa Horna, fue intervenida, encontrando entre su equipaje una bolsa conteniendo dos latas de conserva de pescado en trozos de atún marca Perfecta, una lata de filete de caballa en aceite, marca Jesús del Mar, nueve paquetes pequeños de color morado, conteniendo cada uno galletas de quinua, dos bolsas de azúcar rubia de 500 gr, tres bolsas de hojuela de avena con kiwichua pre cocida, dos bolsas de hojuela de avena, cinco bolsas de hojuela de avena con quinua, una bolsa de arroz, al parecer productos del programa "QALI WARMA"; por lo que en este estadio de la investigación, es menester realizar un análisis a fin de determinar si los elementos subjetivos y objetivos del tipo penal de peculado se cumplen.

SÉPTIMO: De los actuados se tiene a folios 54, el boleto de viaje a nombre de la investigada [REDACTED] de fecha 08 de abril del año en curso; asimismo, un ticket n° 09883 para reclamar equipaje, documentos con los que la investigada se trasladaría a la ciudad de Trujillo, llevando consigo los productos de QALIWARMA, detallados; ante lo cual la imputada en su declaración de folios 109-110, no niega los hechos sino que manifiesta que los llevaba con la intención de intercambiar con otros productos que no hay en la zona, ya que los padres de familia son de escasos recursos y habían aceptado este intercambio de modo que su persona los tenía que llevar a la ciudad de Trujillo para cambiarlos por insumos, que de ninguna manera dichos productos eran para su consumo; dicho que se corrobora con las

Hecho de la Fiscalía
 Ministerio Público Cajabamba

3 PAUCAR TORRES, Vladimir: "Justificación de la Ampliación de los Plazos de Investigación a Sugerencia del Tribunal Constitucional", en Gaceta Penal & Procesal Penal – Diciembre del 2011 – Tomo 30, publicación de Gaceta Jurídica, página 184, 185.

133

declaraciones testimoniales de los padres de familia de la I.E. N° 108 – Barrio Pueblo Nuevo de Cajabamba, señoras [REDACTED] fs. 118; Laura Juliana Villanueva Robles, fs. 120; [REDACTED], fs. 122; [REDACTED] fs. 124 y [REDACTED], fs. 126; quienes aceptan haber firmado a folios 99 por el contenido del acta de fs. 97-98.

OCTAVO: En esa línea de ideas, se aprecia que si bien la directora acusada no habría tenido la intención de apropiarse de los productos alimenticios del Programa QALIWARMA, sino que los trasladaba a la ciudad de Trujillo para un cambio con otros productos, ello importa una conducta reprochable, pues de su declaración se advierte que tenía pleno conocimiento de la Resolución de Secretaría General N° 602-2014-MINEDU, de fecha 27 de mayo 2014 y la Norma Técnica para la Cogestión del Servicio Alimentario del Programa Nacional Escolar QALIWARMA, obrantes a fs. 56-60 y que textualmente informan los deberes que tenía para con los alimentos que se le entregaba mensualmente; no obstante, de las conclusiones de la pericia contable - y que obra en anillado anexo a la carpeta fiscal -, se advierte que el importe de la valorización de los productos alimenticios es de S/. 58.00, evidenciándose que el comportamiento de la actora es una conducta reprobada jurídicamente porque no es aceptable que en su calidad de directora de una institución educativa inicial, bajo cualquier supuesto, traslade productos del programa QALIWARMA que se encontraban bajo su custodia y que debían ser utilizados en beneficio de los alumnos de la entidad; sin embargo por el cuántum del perjuicio ocasionado, dicha conducta no sería relevante penalmente, debido a que existe otro mecanismo de sanción, una menor, como las sanciones administrativas, que permiten la solución de este conflicto, puesto que el hecho en sí mismo no produce una "perturbación social" que revista de relevancia penal a la conducta, de modo que se justifique la intervención drástica del Derecho Penal mediante la pena, por cuanto el hecho no trasgrede las barreras mínimas que habilitan la actuación del Derecho Penal, y por tanto, mereciendo la conducta desplegada una sanción de tipo administrativa, en atención al principio de última ratio, corresponde archivar los actuados por el delito imputado.

NOVENO: De otro lado, de la declaración de la investigada [REDACTED] se advierte que estaría suspendida en sus labores por el plazo de seis meses; no obstante en autos no se tiene acreditada tal versión y no existe documento alguno que así lo señale, por lo que deberán remitirse copias de los actuados a la UGEL de Cajabamba a fin de que su titular actúe conforme a sus atribuciones.

3.- PARTE RESOLUTIVA:

En consecuencia, este Ministerio Público, de conformidad con lo establecido en el inciso 1 del artículo 334° del Código Procesal Penal vigente, en concordancia con artículo 12 (inciso 2) y 94 (inciso 2) del Decreto Legislativo N° 052-Ley Orgánica del Ministerio Público: **DISPONE:**

PRIMERO: DECLARAR NO HA LUGAR A FORMALIZAR Y CONTINUAR INVESTIGACIÓN PREPARATORIA contra [REDACTED] como presunta autora del delito contra la Administración Pública en la modalidad de Peculado Doloso en agravio del Estado – Programa Nacional de Alimentación Escolar – QALI WARMA, representado por el Procurador Público Anticorrupción de Cajamarca; archivándose lo actuado en el modo y forma de ley.

SEGUNDO: REMÍTANSE copias certificadas de los actuados a la UGEL de Cajabamba a fin de que su titular actúe conforme a sus atribuciones.

NOTIFIQUESE a las partes con arreglo a ley.

[REDACTED]
FISCAL PROVINCIAL
Por: Pto. Escriba Darío de Cercoza de Fontecha
Ministerio Público Cajamarca



PRIMERA FISCALÍA SUPERIOR PENAL
CAJAMARCA

188
cuenta
debe y no

DISPOSICIÓN N° 114 -2016-MP-PFSP-CAJ

Caso No. 2016-128-0

ELEVACION DE ACTUADOS (QUEJA)

**Fiscalía Provincial Corporativa Especializada
en Delitos de Corrupción de Funcionarios de
Cajamarca.**

Cajamarca, diez de Octubre

Del año dos mil dieciséis.

VISTOS:

El escrito presentado por [REDACTED], abogado de la Procuraduría Pública Adjunta a cargo de los Asuntos Judiciales del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, corriente a folios 134-140, contra la Disposición N° 03-2016, de fecha 21 de Julio del 2016, obrante a folios 130-133, que dispone declarar NO HA LUGAR A FORMALIZAR Y CONTINUAR INVESTIGACION PREPARATORIA contra [REDACTED], como presunta autora del delito contra la Administración Pública en su modalidad de Peculado doloso, en agravio del Estado-Programa Nacional de Alimentación Escolar-QALI WARMA, representado por el Procurador Público Anticorrupción de Cajamarca.

CONSIDERANDO:

Primero: De la admisibilidad del requerimiento de elevación.

Se desprende de los antecedentes que el recurrente presenta a fs. 134-140, requerimiento de elevación de lo cual se advierte lo siguiente:

- a) Fecha de notificación al denunciante: 12 de Agosto del 2016, conforme es de verse del cargo de notificación de folios 55 obrante en la carpeta auxiliar.
- b) Fecha de impugnación: 18 de Agosto del 2016.

De tal forma, estando a la fecha de notificada la disposición y la fecha de interpuesto el requerimiento de elevación, el recurso impugnatorio



Un Fideicomisario Fidei de Cajamarca
Primera Fiscalía Superior Penal de Cajamarca



189
ciento
ochenta y

se encuentra dentro del plazo establecido por el artículo 334° inciso 5 del Código Procesal Penal vigente.¹

Segundo: Cargos de la denuncia.

Conforme a los antecedentes, se desprende del Acta de Intervención Policial S/N-2016-REGPOL-CAJ/CR-PNP-CJBBAA”B”/SIDyF, adjuntada a la denuncia penal de folios 01-04, mediante la cual se realizó un operativo policial en base a una llamada telefónica anónima de parte de una persona de sexo femenino, el mismo que se llevó a cabo al promediar las 20:10 horas del día 08 de Abril del 2016, donde se intervino al ómnibus de la empresa HORNA con placa de rodaje N° T2Z-95, interviniendo a la señora [REDACTED] persona que se encontraba a bordo viajando en el asiento N° 02 a quien se le solicitó su boleto de viaje, presentando uno con el N° 006425, engrapado al ticket de equipaje N° 09883, ambos con el nombre de la empresa MISAC TRANSPORTISTAS SAC., por tal motivo a dicha persona se le invitó a mostrar su equipaje, el mismo que se encontraba en la bodega del mencionado vehículo, y al momento de solicitarle que abra una bolsa de su propiedad, se negó afirmando que era una encomienda que le habían encargado y pese a la negativa se logró abrir dicha bolsa, encontrándose en ella lo siguiente: Dos latas de conserva de pescado en trozos de atún marca Perfecta, de fecha de vencimiento 12-2014, una lata de filete de caballa en aceite, marca Jesús del Mar, nueve paquetes pequeños de color morado, conteniendo cada uno galletas de quinua, dos bolsas de azúcar rubia de 500 grs., tres bolsas de hojuela de avena con kiwicha pre cocida, dos bolsas de hojuela de avena, cinco bolsas de hojuela de avena con quinua, una bolsa de arroz, al parecer del programa “QALIWARMA”.

Tercero: Contenido de la Disposición Fiscal materia de impugnación.

La señorita Fiscal Provincial en la disposición materia de impugnación dispone no ha lugar a formalizar y continuar investigación preparatoria contra [REDACTED] como presunta autora del delito contra la Administración Pública en la modalidad de Peculado doloso, en agravio del Estado-Programa Nacional de Alimentación escolar-QALIWARMA, representado por el Procurador Público Anticorrupción de Cajamarca; atendiendo que la referida investigada si bien no habría tenido la intención de apropiarse de los productos alimenticios del Programa QALIWARMA, sino que los trasladaba a la ciudad de Trujillo para un



¹ Art. 334° inc. 5° CPP: El denunciante que no estuviere conforme con la Disposición de archivar las actuaciones o de reservar provisionalmente la investigación, requerirá al Fiscal, en el plazo de cinco días, eleve las actuaciones al Fiscal Superior.

190
ciento
noventa

cambio con otros productos, ello importa una conducta reprochable, pues de su declaración se advierte que tenía pleno conocimiento de la Resolución de Secretaría General N° 602-2014-MINEDU, de fecha 27 de mayo 2014 y la Norma Técnica para la Congestión del Servicio Alimentario del Programa Nacional Escolar QALIWARMA, obrantes a fs. 56-60 y que textualmente informan los deberes que tenía para con los alimentos que se le entregaba mensualmente; no obstante, de las conclusiones de la Pericia Contable – y que obra en anillado anexo a la carpeta fiscal-, se advierte que el importe de la valorización de los productos alimenticios es de S/. 58.00 soles, evidenciándose que el comportamiento de la actora es una conducta reprobada jurídicamente porque no es aceptable que en su calidad de directora de una institución educativa inicial, bajo cualquier supuesto, traslade productos del programa QALIWARMA que se encontraban bajo su custodia y que debían ser utilizados en beneficio de los alumnos de la entidad; sin embargo por el cuántum del perjuicio ocasionado, dicha conducta no sería relevante penalmente, debido a que existe otro mecanismo de sanción, una menor, como las sanciones administrativas, que permiten la solución de este conflicto, puesto que el hecho en sí mismo no produce una “perturbación social” que revista de relevancia penal a la conducta, de modo que se justifique la intervención drástica del Derecho penal mediante la pena, por cuanto el hecho no trasgrede las barreras mínimas que habilitan la actuación del Derecho penal, y por tanto, mereciendo la conducta desplegada una sanción de tipo administrativa, en atención al principio de última ratio, corresponde archivar los actuados por el delito imputado.

Cuarto: Fundamentación del requerimiento.

El abogado [REDACTED] de la Procuraduría Pública Asdjnunta a cargo de los Asuntos Judiciales del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, en los fundamentos expuestos en el requerimiento de elevación presentado, solicita que se revoque la disposición recurrida y se ordene la formalización de la presente investigación, atendiendo que la referida disposición carece de motivación de derecho, al no indicar el representante del Ministerio Público cuál es la norma que le da marco para calificar al quantum del perjuicio ocasionado, como un criterio que le permita calificar la conducta ilícita de la investigada, como no relevante penalmente. Omitiendo considerar que el tipo penal prescrito en el artículo 387 no hace referencia a cuantía alguna, por lo que el perjuicio ocasionado al Estado, por más mínimo que sea, configura el delito de peculado, por ser el delito de peculado una figura delictiva específica, que para su calificación no se tiene en cuenta el monto del desmedro patrimonial, por lo que no se observa al quantum como parte del tipo penal. Asimismo, señala que la ejecutoria suprema de fecha 13 de enero de 2004, considera “que en



191
Eiout
Novita

nuestra legislación penal, en los delitos cometidos por funcionarios públicos – peculado- no se requiere establecer la naturaleza penal de los hechos en vía extrapenal, ya que en estos delitos no importa la cuantía de los caudales públicos apropiados o ilícitamente utilizados, configurándose este cuando los bienes estatales son usados para fines ajenos al servicio y realizados por funcionario o servidores públicos”.

Agrega que en cuanto a la afirmación del fiscal de que el hecho en sí mismo no produzca una perturbación social, indicar que la perturbación social es incommensurable, porque la alteración que han sufrido los menores beneficiarios de la Institución Educativa N° 108 Barrio Pueblo Nuevo de Cajabamba es irreparable, ya que el perjuicio que se les ha ocasionado en su salud y en el no poder mantenerse atentos en clase para aumentar sus conocimientos no se pueden medir, debido que el alimento que un menor en estado de pobreza extrema, no ha consumido en su momento no lo puede consumir posteriormente.

Por último, señala que no se ha realizado un análisis concienzudo de los medios probatorios, ya que es de apreciarse de las circunstancias en las cuales fue intervenida la denunciada, que esta tenía la intención dolosa de apropiarse de los productos alimenticios entregados para su custodia, ya que se aprecia en el acta de intervención policial que la imputada niega que la bolsa que contenía los productos alimenticios sea suya, indicando que era una encomienda que habrían encargado; para posteriormente variar su versión, indicando que lo que pretendía era realizar un cambio irregular de los productos en la ciudad de Trujillo, sin precisar con quien y para que.

Quinto: Pronunciamiento de la Fiscalía Superior.

5.1. Delito denunciado.

Que, el delito contra la Administración Pública en su modalidad de Peculado doloso, se encuentra previsto y sancionado en el artículo 387° primer párrafo del Código Penal, el mismo que se configura cuando el funcionario o servidor público se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, siendo pasible el sujeto activo de una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.

El precepto normativo que describe la acción típica del delito de peculado utiliza dos supuestos para definir los comportamientos típicos del sujeto activo; **apropiar o utilizar**, los mismos que deben contener ciertos **elementos materiales** que vienen a ser: **a) La existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos.** Se entiende por



1923
es cont
Nombri

relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo; **b) La percepción**, no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita. **La administración**, que implica las funciones activas de manejo y conducción. **La custodia**, que importa la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos; **c) La apropiación o utilización**; en el primer caso estriba en hacer suyo caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándolos en situación de disponer de los mismos; en el segundo caso: utilizar, se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero; **d) El destinatario**: para sí, el sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros; para otro se refiere, al acto del traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero; **e) Caudales y efectos**, los primeros, son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero; los efectos, son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables. En síntesis todos los elementos antes indicados, además del **dolo** es decir conocimiento y voluntad, se requieren a fin de que se configure el delito de peculado doloso, que es materia del presente delito investigado.

El delito de Peculado es un delito especial, que exige como elemento constitutivo para la configuración del tipo penal, una determinada cualidad del agente, lo que conlleva a establecer que la esfera de los autores esta limitada (no esta abierta a cualquiera) ha determinados sujetos (...)². Para la configuración del delito de peculado no importa la cuantía de los caudales públicos apropiados o ilícitamente utilizados, solamente que sean utilizados para fines ajenos (...)³.

5.2. Análisis de los antecedentes.

Que, revisados los antecedentes, se advierte que [redacted] en su condición de directora de la institución educativa N° 108-Barrio Pueblo Nuevo de Cajabamba, en circunstancias que se trasladaba desde la ciudad de Cajamarca hacia Trujillo en el ómnibus de la empresa



² Corte Suprema de Justicia, Primera Sala Penal Transitoria. R. N. N° 375-2004. Ucayali. AVALOS RODRÍGUEZ Constante Carlos / ROBLES BRICEÑO, Meri Elizabeth. *Modernas Tendencias Dogmáticas en la Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema*. Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 151.

³ Corte Suprema de Justicia, Primera Sala Penal Transitoria. R. N. N° 512-2003. Arequipa. AVALOS RODRÍGUEZ Constante Carlos / ROBLES BRICEÑO, Meri Elizabeth. *Modernas Tendencias Dogmáticas en la Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema*. Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 296.

193
cient
Novena y

Horna, fue intervenida encontrando entre su equipaje una bolsa conteniendo productos al parecer del programa QALIWARMA, siendo que con fecha 21 de Julio del año en curso mediante Disposición N° 03-2016, emitida por la Fiscalía Especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Cajamarca, se declara no ha lugar a formalizar y continuar la investigación preparatoria contra la persona antes mencionada por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública en la modalidad de Peculado doloso en agravio del Estado-Programa Nacional de Alimentación Escolar-QALIWARMA, representado por el Procurador Público Anticorrupción de Cajamarca.

De lo que se puede colegir, que el presente caso se ha resuelto archivarlo, atendiendo al principio de última ratio, y por el quantum del perjuicio ocasionado, por lo que dicha conducta no sería relevante penalmente, archivo con el cual concuerda esta Fiscalía Superior, siendo que de los actuados se puede advertir en la declaración de folios 109-110 la investigada refiere que llevaba los productos de QALIWARMA con la intención de intercambiar con otros productos que no hay en la zona, y que de ninguna manera dichos productos eran para su consumo, dicho que se corrobora con las declaraciones testimoniales de los padres de familia de la Institución Educativa N° 108-Barrio Pueblo Nuevo de Cajabamba, señoras

[REDACTED]

[REDACTED] obrantes a folios 118, 120, 122, 124 y 126, respectivamente. Debiéndose precisar que si bien el comportamiento de la recurrente no es aceptable que en su calidad de directora de una institución educativa traslade productos del programa QALIWARMA los mismos que se encontraban bajo su custodia, 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, máxime si el importe de la valorización de los productos alimenticios es de S/ 58.24 soles, conforme al Informe Pericial Contable anexado a la carpeta fiscal.



Ahora bien, cabe señalar que en virtud *“del principio de subsidiaridad del derecho penal derivado del principio de MINIMA INTERVENCION, el Derecho penal debe ser el último recurso que debe usar el Estado, debido a la gravedad que revisten sus sanciones. Los ataques leves a los bienes jurídicos deben ser atendidos por otras ramas del derecho o por otras formas de control social”*⁴, lo cual debe ser respetado por los operadores del derecho a fin de efectivizar los principios procesales del Derecho Penal, y teniendo en cuenta que la sobre carga procesal penal existente, determina la prioridad de intereses penalmente

⁴ Villavicencio Terreros, Felipe. Manual de Derecho Penal: Parte general, Editorial Grijle-Lima, Marzo del 2006. pp 93.

194
© iur
Amor y

relevantes, cuando los bienes jurídicos trascendentes se encuentren amenazados o vulnerados, máxime si teniendo en cuenta el análisis económico del Derecho, lo resuelto por los magistrados en la sede que fuere fiscal o penal, sirve de criterio orientador a los ciudadanos potenciales partes de un proceso penal. Así pues al ser el Derecho Penal el último medio de control social se debe recurrir a él una vez agotado todos los medios de solución de conflictos que la ley establece.

Al respecto, Santiago Mir Puig sostiene que “Para proteger los intereses sociales el Estado debe agotar los medios menos lesivos que el Derecho Penal antes de acudir a éste, que en este sentido debe constituir un arma subsidiaria, una última ratio. Deberá preferirse ante todo la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción, como una adecuada política social. Seguirán a continuación las sanciones no penales: así civiles (por ejemplo impugnabilidad y nulidad de negocios jurídicos, repetición por enriquecimiento injusto, reparación de daños y perjuicios) y administrativas (multas, sanciones disciplinarias, privación de concesiones, etc.). Sólo cuando ninguno de los medios anteriores sea suficiente estará legitimado el recurso de la pena o de la medida de seguridad. Importa destacarlo especialmente frente a la tendencia que el Estado social tiene a una excesiva intervención y a una fácil huida al derecho penal. Pero también el estado social puede conseguirlo si hace uso de sus numerosas posibilidades de intervención distintas a la prohibición bajo sanción”⁵

Respecto al carácter fragmentario del derecho penal; Mir Puig señala que “Un segundo principio derivado de la limitación del derecho penal a lo estrictamente necesario, es el postulado del carácter fragmentario del derecho penal. Significa que el derecho penal no ha de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos. Así, no todos los ataques a la propiedad constituyen delito, sino sólo ciertas modalidades especialmente peligrosas, como el apoderamiento subrepticio, violento o fraudulento”⁶.

De otro lado, cabe precisar que la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia en el R.N. N° 1336-2012 de fecha 10 de Enero del 2013, en el cuarto considerando ha señalado “Por lo demás, debido a que los montos cuestionados como objeto de apropiación no se condice con los principios de subsidiariedad y ultima ratio que informa el derecho penal, pues deben priorizarse otras vías distintas a la penal para la solución de conflictos de relevancia jurídica, donde sólo determinados bienes jurídicos, importantes, necesarios e indispensables para la viabilidad de las interrelaciones y la cohesión del sistema social y política ingresan al ámbito penal, los que a su vez configuren un alto grado de insoportabilidad

⁵ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Editorial Reppertor. Séptima edición. Barcelona España, 2004. Pág. 127.

⁶ MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. Pág. 127-128.



195
Cine
Nomb v

social.

Por consiguiente, dado que los montos objeto de apropiación son ínfimos y no son significativos para concluir que todo el aparato estatal se encuentre gravemente lesionado. En consecuencia el comportamiento del imputado no constituye apropiación".

El Tribunal Constitucional ha señalado respecto al ejercicio de la acción penal, que se trata de una facultad discrecional reconocida por el poder constituyente al Ministerio Público, pero ha precisado también que en tanto órgano constitucional constituido y por ende sometido a la Constitución, éste no puede ejercerla irrazonablemente, con desconocimiento de los principios y valores constitucionales, ni tampoco al margen del respeto de los derechos fundamentales.⁷

Por último, es conveniente tener presente lo vertido por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de fecha 15 de Febrero del 2007, cuyos fundamentos 2 a 19 constituye Doctrina Jurisprudencial de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, siendo que en su fundamento 8 señala lo siguiente: "Precisamente el contenido principal de la presunción de inocencia comprende la interdicción constitucional de la sospecha permanente. De ahí que resulte irrazonable el hecho que una persona esté sometida a un estado permanente de investigación fiscal o judicial. Ello es así en la medida que si bien es cierto que toda persona es susceptible de ser investigada, no lo es menos que para tal efecto se exija la concurrencia de dos elementos esenciales: 1) Que exista una causa probable y 2) una búsqueda razonable de la comisión de un ilícito penal"⁸.

POR ESTAS CONSIDERACIONES esta Primera Fiscalía Superior Penal, de conformidad con las facultades conferidas en el Dec. Leg. 052-Ley Orgánica del Ministerio Público y en el inciso 6° del Artículo 334° del Código Procesal Penal, **RESUELVE:**

Primero: Declarar **INFUNDADO** lo solicitado en el requerimiento de elevación corriente a fojas 134-140.

Segundo: **CONFIRMAR** la Disposición N° 03-2016 de fecha veintiuno de Julio del 2016, que dispone declarar **NO HA LUGAR A FORMALIZAR Y CONTINUAR INVESTIGACION PREPARATORIA** contra [REDACTED] como presunta autora del delito contra la Administración Pública en su modalidad de Peculado doloso, en agravio del Estado-Programa Nacional de Alimentación Escolar-QALI WARMA, representado por el Procurador Público Anticorrupción de Cajamarca.

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional del 22-09-2008. Exp. N° 2725-2008-PHC/TC, FJ. 3. (Caso Chauca Temoche).

⁸ STC N° 05228-2006-PHC-TC. Caso GLEISER KATZ.



Tercero: DEVUELVASE los actuados a la Fiscalía de origen para que cumpla con lo ordenado en la presente disposición. NOTIFICANDOSE y OFICIANDOSE conforme a ley.

196
Cint
Novata v.

OTROSIDIGO: Interviniendo el suscrito por disposición superior.



Fiscalía Superior Penal de Cajamarca
Dpto. Fiscal de Cajamarca



53
Fiscalía
Joh

CASO N°: 1706045500-2019-150-0
FISCAL RESPONSABLE: LUISA CUZCO ALCÁNTARA

DISPOSICIÓN DE ARCHIVO LIMINAR

DISPOSICIÓN N° 02-MP-2°DFPCEDCF-CAJ

Cajamarca, dieciséis de julio
Del dos mil diecinueve.

I. VISTO:

La Disposición de reserva provisional y la declaración de la Directora de la Institución Educativa N° 60 - San Pablo, [REDACTED]

II. HECHOS DENUNCIADOS:

Del contenido del oficio N° 010-2019-GR-CAJ-DRE/UGEL-SP(IEI.N°60/P.A.), de fecha 4 de abril del 2019, suscrito por [REDACTED], en su condición de Directora de la Institución Educativa N° 60 - San Pablo, se tiene que el día 4 de abril del 2019 a horas 06:00 p.m., aproximadamente, conjuntamente con las profesoras Miriam Vargas Suárez y Nalda Tello Chico se dirigieron a la Institución Educativa N° 60 de San Pablo y al estar cerca, advirtieron que un grupo de madres de familia (sin precisar los nombres) estaban sacando material de la Institución; por lo que, la profesora Nalda Tello Chico procedió a tomarles fotografía. Al ingresar al referido Jardín, observaron que la practicante [REDACTED] también estaba sacando una caja de cartón con materiales donados por la UGEL - San Pablo, como papelotes, cartulina, papel de molde en buena cantidad, esto le había dado la profesora [REDACTED] luego la profesora [REDACTED] salió de su aula y todavía dijo en voz alta ¡Qué pasa! Y se dirigieron a la UGEL; por lo que, preguntó al portero [REDACTED] porque le ha permitido ingresar al aula a la profesora [REDACTED], ya que ella está de licencia y por ningún motivo puede ingresar al aula y a la institución si autorización, le dijo también que él sabía que la denunciada María Edisa Malaver Vigo, en vacaciones de este año (enero y febrero 2019) se había llevado a su casa una pizarra acrílica y dos estantes de propiedad de la Institución, incluso éste lo habría ayudado, pero éste dijo que solo obedeció órdenes porque la ahora denunciada era la directora y que estaba apto a dar su declaración. Concluye solicitando que se investigue la sustracción de los bienes de la Institución Educativa por parte de la profesora María Edisa Malaver Vigo.

Señala la Ley N° 27091 del 2000, Art. 17, inciso 1º, que el Fiscal es el titular de la función pública de fiscalización y de la representación procesal en el ámbito de la jurisdicción penal.

III. FUNDAMENTOS DE LA DISPOSICIÓN:

PRIMERO: De la Competencia asignada a las Fiscalía Especializada en delitos de corrupción de Funcionarios

Mediante Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 028-2010-MP-FJ-JFS de fecha 18 de marzo de 2010, cuyo artículo primero, señala la creación de la Fiscalía Especializada en

34
Principio
último

Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, con sede en esta provincia; asimismo mediante Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 798-2010-MP-FN de fecha 03 de mayo de 2010, se precisa que las Fiscalías Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios son competentes para conocer las denuncias y procesos penales por delitos Contra la Administración Pública previstos en las Secciones II (Concusión), III (Peculado) y IV (Corrupción de Funcionarios) del Capítulo II, Delitos cometidos por Funcionarios Públicos, Libro Segundo de la Parte Especial del Código Penal, así como los delitos conexos a los señalados en la parte considerativa de la citada Resolución.

SEGUNDO.- El Derecho Penal como "ultima ratio"

Que, nuestro sistema jurídico interno, prevé los ámbitos y mecanismos para la solución de conflictos de diversa naturaleza (civiles, administrativos, laborales, etc); de tal modo que, el ámbito penal es considerado como instrumento de "última ratio", en la medida en que obedece a una función del control social formal en que se utiliza el "jus puniendi" como último instrumento para restablecer el orden social vulnerado, por lo que, consecuentes con la función de defensores de la legalidad, la independencia de los órganos judiciales y la recta administración de justicia, este Ministerio Público, deberá hacer prevalecer tales principios, en forma lógica y racional.

TERCERO.- Tipificación jurídica

Que, corresponde a este Despacho Fiscal, realizar la calificación jurídica de los hechos denunciados, los mismos que, según la denuncia se trataría del ilícito penal de **Peculado Doloso** establecido en el primer párrafo del artículo 387², concordante con el tercer párrafo del mismo cuerpo legal que establece: *"El funcionario o servidor Público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años (...)*

Así, Salinas Siccha, señala *"Se configura el delito de peculado por apropiación cuando el agente se apodera, adueña, atribuye, queda, apropia o hace suyo los caudales o efectos del Estado que le han sido confiados en razón del cargo que desempeña al interior de la administración pública para percibirlos, custodiarlos o administrarlos. El agente obra con animus rem sibi habendi. El beneficiario con el apoderamiento puede ser el autor del hecho que siempre será funcionario o servidor público o en su caso, un tercero que, como veremos, puede ser tanto un funcionario o servidor público como una persona ajena a la administración.(...)*

La forma de apropiación puede recaer tanto en actos materiales de incorporación de los caudales o efectos públicos al patrimonio del autor, acrecentando su masa patrimonial, como en actos de disposición inmediata (venta, alquiler, préstamo, uso con ánimo de propietario, entrega a terceros, donaciones, etc.). En general, puede materializarse en numerosos actos que, como expresión del poder del funcionario o servidor público, impliquen actividad comercial que ponga de manifiesto la ilícita disposición del patrimonio público que realiza el sujeto activo en el ámbito concreto de la apropiación, no obviamente cuando la vinculación entre sujeto activo y caudales o efectos se halle en un contexto de agotamiento."²

² <http://docplayec.es/14457213-El-delito-de-peculado-en-la-legislacion-jurisprudencia-y-doctrina-peruana-por-ramiro-salinas>

35
Trámite
Caso

CUARTO.- Del detalle y precisión de los hechos denunciados por parte de la denunciante

Mediante Disposición N° 01-MP-2°DFPCEDCF-CAJ, éste despacho fiscal, dispuso reservar provisionalmente la investigación, estando que, no se comprendía los hechos denunciados, ni a la persona que se denunciaba, pues la denunciante señalaba la sustracción de bienes por parte de los padres de familia, para luego indicar que es por la profesora [REDACTED] quien además se encontraría de licencia; luego señalaba que ha tomado conocimiento que en el periodo vacacional la referida profesora denunciada se ha llevado una pizarra acrílica y dos estantes (el resaltado es nuestro). Es decir, que no existía una narración clara de los hechos respecto a la fecha de la sustracción, de quienes lo habrían realizado la sustracción o apropiación; así como la debida identificación, individualización de los materiales apropiados o sustraídos; pues no se ha precisado las características de los muebles sustraídos, así como la cantidad del material; ello a fin de atribuir la presunta apropiación de los bienes, pues al tratarse de bienes del Estado ellos deben estar inventariados, por lo que la Directora actual puede identificarlos. Por ello, se dispuso recabar la declaración de la denunciante a fin de detallar y precisar los hechos materia de denuncia, así como determinar si la denunciada, profesora [REDACTED], a la data de los hechos materia de denuncia ostentaba la condición de Directora de la referida Institución Educativa, dado que la propia denunciante señaló que ésta se encontraría de licencia; ello a fin de determinar, además el vínculo funcional con los bienes presuntamente apropiados, y por ende la competencia de esta Fiscalía Especializada.

Al respecto, de fojas 15 a 18, obra la declaración de la denunciante [REDACTED] De Arribasplata, quien señala que es Directora de la Institución Educativa Inicial N° 60 - San Pablo en ocho oportunidades; siendo para este año designada por la UGEL de San Pablo como Directora Encargada provisionalmente desde el 01 de marzo del 2019 hasta el 31 de abril del 2019, y desde el 31 de abril le adjudican la plaza de dirección como Directora encargada hasta el 31 de diciembre del 2019; y con respecto a la denunciada [REDACTED], indica que ésta ha sido Directora de dicha Institución desde el año 2013 hasta el 31 de diciembre del 2018, y que desde el 1 de abril del presente año se encuentra con licencia sin goce. Asimismo, señala que los hechos denunciados, habrían ocurrido el quince de febrero del presente año, cuando la profesora [REDACTED] se apersonó a la referida Institución Educativa y manifestó al portero que saque del ambiente un estante grande y una pizarra acrílica color blanco para llevársela a su casa; del mismo modo, el día 4 de abril del presente, ésta en compañía de padres de familia y la practicante [REDACTED] habría ingresado a la Institución sin autorización, estando de licencia, aprovechándose que la denunciante se encontraba en una capacitación, a sustraer materiales como papelotes, cartulinas y papel molde en buena cantidad. No obstante, el 24 de abril de 2019, devolvió a la Institución Educativa el estante de madera, hecho que informó a la UGEL.

En ese sentido, la denunciante ha cumplido con precisar los hechos denunciados, así como la individualización de la presunta responsable y los bienes sustraídos; así se tiene que, la señora María Edisa Malaver Vigo, en el mes de febrero del presente año, periodo vacacional, habría llevado a su casa un estante grande y una

36
Heinlein
re

pizarra acrílica color blanco (bienes de la Institución Educativa Inicial N° 60 - San Pablo); y el día 4 de abril del presente, cuando se encontraba de licencia, en compañía de padres de familia y la practicante [REDACTED] habría ingresado a la Institución sin autorización, a sustraer materiales como papelotes, cartulinas y papel molde en buena cantidad. Asimismo, la denunciante ha señalado que la referida profesora devolvió a la Institución Educativa el estante de madera el día 24 de abril de este año.

Siendo así, corresponde pronunciarnos respecto a la presunta apropiación de la pizarra acrílica y los materiales por parte de la denunciada [REDACTED]; los mismos que estarían valorizados según la declaración de la actual Directora, en S/. 200.00 y S/. 150.00, respectivamente. Precisando, que no corresponde pronunciarnos respecto al estante, por cuanto éste según la declaración y el oficio N° 026-2019-GR-CAJ-DRE/UGEL-SP/IEI.N°60/D de la denunciante [REDACTED] obrante de fojas 20, ha sido devuelto el 24 de abril del 2019; y dicha devolución se ha producido antes de que la denunciada tome conocimiento de la presente denuncia, puesto que ésta a la fecha no ha sido notificada, conforme se tiene de los cargos de la carpeta derivada, y la reserva provisional de la denuncia, donde correspondió notificar únicamente a la denunciante a fin de que precise los hechos denunciados.

QUINTO.- Fundamentos de la derivación de parte de los actuados

➤ **Respecto a los materiales (como papelotes, cartulinas y papel molde).-**

Estos hechos habrían ocurrido, el 4 de abril del presente año, cuando (según la denunciante) la profesora [REDACTED], en compañía de padres de familia y la practicante [REDACTED] habría ingresado a la Institución sin autorización, a sustraer materiales como papelotes, cartulinas y papel molde en buena cantidad. Asimismo, señala que en esa fecha dicha denunciada se encontraba de licencia.

Al respecto, se ha recabado la Resolución Directoral N° 000531-2019-GR.CAJ-DRE-UGEL/SP de fecha 08 de abril del 2019, obrante de fojas 30; mediante la cual se concede licencia sin goce de remuneraciones por motivos particulares a la docente de educación inicial [REDACTED] profesora de la I.E. N° 060-San Pablo, a partir del 04 de abril del 2019 hasta el 30 de junio del 2019. Con lo que se corrobora la situación laboral de la denunciada.

Del mismo modo, obra de fojas 32 y 31, la Resolución Directoral N° 000165-2015 de fecha 05 de marzo del 2015, y Resolución Directoral N° 001129-2017 de fecha 21 de setiembre del 2017; mediante las cuales se designa a la hoy denunciada, como Directora de la referida I.E., desde el 01 de marzo del 2015, y se amplía hasta el hasta el 28 de febrero del 2019.

Si ello así, se acredita que la denunciada a la fecha de ocurrido los hechos, esto es 4 de abril del 2019, no se desempeñaba como Directora de la I.E. N° 060-San Pablo, sino como docente de educación inicial y que justo para ese día se encontraba de licencia, según la Resolución Directoral N° 000531-2019-GR.CAJ-DRE-UGEL/SP. En ese sentido, la denunciada no ha tenido a su cargo la percepción, administración o custodia de los materiales que se señala se habría apropiado; ello al corresponder únicamente a las Directoras de las Instituciones Educativas, salvo prueba en contrario; sin embargo, en este caso, la denunciada para la presunta apropiación, se encontraba de licencia sin goce.

37
Fiscalía
Alto

Siendo así, la denunciada [REDACTED] no ha mantenido una relación funcional con los bienes presuntamente apropiados, al momento de la comisión de los hechos; por ende, debe ser investigada por la presunta comisión de delito contra el patrimonio, tipo penal que no se encuentra dentro del catálogo de delitos de competencia de esta Fiscalía Especializada, por lo que, se deberá de derivar a la Fiscalía Provincial Penal de San Pablo, a fin de que proceda conforme a sus atribuciones, respecto a la sustracción de materiales (como papelotes, cartulinas y papel molde) de la I.E. N° 060-San Pablo.

SEXTO.- Fundamentos de la No procedencia a Formalizar Ni Continuar con la Investigación Preparatoria

➤ **Respecto a la pizarra acrílica.-**

Estos hechos habrían ocurrido, el quince de febrero del presente año, cuando (según la denunciante) la profesora [REDACTED] se apersonó a la referida Institución Educativa y manifestó al portero que saque del ambiente una pizarra acrílica color blanco para llevarse a su casa. Además la denunciante ha señalado que esa fecha corresponde al periodo vacacional.

Al respecto, y con finalidad de establecer el vínculo funcional con el bien presuntamente apropiado, se ha recabado la Resolución Directoral N° 001129-2017 de fecha 21 de setiembre del 2017, obrante de fojas 31, mediante la cual se dispuso ampliar el periodo de vigencia de la designación efectuada a través de la Resolución Directoral N° 000165-2015, a favor de [REDACTED] como Directora de la I.E. N° 060 hasta el 28 de febrero del 2019; precisando que por la Resolución Directoral N° 000165-2015 de fecha 05 de marzo del 2015, obrante de fojas 32, se designó a la hoy denunciada como Directora de la señalada I.E., por un periodo de tres (3) años, a partir del 01 de marzo del 2015. Con lo que queda acreditado el vínculo funcional de la denunciada con el bien presuntamente apropiado, al haber ocurrido dicha sustracción aproximadamente el quince de febrero del presente año, cuando ésta aún se desempeñaba como Directora de la Institución Educativa Inicial N° 60 - San Pablo.

En ese sentido, la imputación recae sobre la denunciada [REDACTED] como Directora de la I.E. N° 060, haberse apropiado de una pizarra acrílica, valorizada según la denunciante en la suma de S/. 200.00, por cuanto esta no habría sido devuelta según el oficio N° 026-2019-GR-CAJ-DRE/UGEL-SP/IEI.N°60/D suscrito por la misma denunciante.

Bajo ese contexto, si bien es cierto, los hechos representa una conducta reprochable jurídicamente de la denunciada en su calidad de Directora de la I.E. N° 060-San Pablo; sin embargo, por el cuántum del monto apropiado, que representaría el perjuicio ocasionado (elemento objetivo del delito de peculado), dicha conducta no podría considerarse relevante "penalmente", debido a que existe otro mecanismo de sanción, una menor, como las sanciones administrativas a través de los órganos de control en este caso de la UGEL San Pablo, que permiten la solución de este conflicto; por lo que, teniendo en cuenta los *principios de intervención mínima y última ratio*, que señalan que la intervención del Estado sólo se justifica cuando es necesario para el mantenimiento de su organización y que por eso sólo debe acudir al Derecho Penal cuando han fracasado todos los demás controles, pues el derecho punitivo es el último

[REDACTED]

36
Fiscalía
06/10/11

recurso que ha de utilizar el Estado, en tanto, no se castiga todas las conductas lesivas de bienes jurídicos, sino sólo las que revisten mayor entidad, socialmente relevantes².

Asimismo, en virtud "del principio de subsidiariedad del derecho penal derivado del principio de MINIMA INTERVENCION, el Derecho penal debe ser el último recurso que debe usar el Estado, debido a la gravedad que revisten sus sanciones. Los ataques leves a los bienes jurídicos deben ser atendidos por otras ramas del derecho o por otras formas de control social"³, lo cual debe ser respetado por los operadores del derecho a fin de efectivizar los principios procesales del Derecho Penal. Así pues al ser el Derecho Penal el último medio de control social se debe recurrir a él una vez agotado todos los medios de solución de conflictos que la ley establece.

Del mismo modo, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia en el R.N. N° 1336-2012 de fecha 10 de Enero del 2013, en el cuarto considerando ha señalado "Por lo demás, debido a que los montos cuestionados como objeto de apropiación no se condice con los principios de subsidiariedad y ultima ratio que informa el derecho penal, pues deben priorizarse otras vías distintas a la penal para la solución de conflictos de relevancia jurídica, donde sólo determinados bienes jurídicos, importantes, necesarios e indispensables para la viabilidad de las interrelaciones y la cohesión del sistema social y política ingresan al ámbito penal, los que a su vez configuren un alto grado de insoportabilidad social. Por consiguiente, dado que los montos objeto de apropiación son ínfimos y no son significativos para concluir que todo el aparato estatal se encuentre gravemente lesionado. En consecuencia el comportamiento del imputado no constituye apropiación".

Siendo así, en el presente caso al ser el monto del bien presuntamente apropiado, una cantidad que no justifica poner en marcha el aparato estatal que demanda la utilización de recursos considerables, por cuanto, merecería una sanción de tipo administrativa, en atención al principio de última ratio, principio de mínima intervención y principio de subsidiariedad; se procede a archivar en ese extremo dicha investigación; conforme lo señala el numeral 1 del artículo 344° del Código Procesal Penal, el cual señala: si el Fiscal al calificar la denuncia o después de haber realizado o dispuesto realizar diligencias preliminares, considera que el hecho denunciado no constituye delito, no es justiciable penalmente, o se presentan causas de extinción previstas en la Ley, declarará que no procede formalizar y continuar con la investigación Preparatoria, así como ordenará el archivo de lo actuado.

De otro lado, y conforme se viene señalado, es la UGEL de la Provincia de San Pablo, a través de su órgano de control, quien debe proceder conforme a sus atribuciones e imponer la sanción administrativa de ser el caso.

Por lo que estando a lo antes expuesto y a lo prescrito en las normas legales antes citadas, esta Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca;

² MIR PUIG citado por Caro Coria: el Derecho Penal solo protege bienes jurídicos, ello no significa que todos estos deban ser tutelados penalmente, ni tampoco que todo ataque en su contra deba determinar la intervención punitiva, pues ambas pretensiones se opondrían, respectivamente al principio de subsidiariedad y al carácter fragmentario del Derecho Penal.

³ Villavicencio Terreros, Felipe. Manual de Derecho Penal: Parte general, Editorial Grijle-Lima, Marzo del 2006. pp 93.

39
Trámite
nuevo

IV.- DISPONE:

PRIMERO: REMITIR Copias Certificadas de la denuncia y demás actuados, a Fiscalía Provincial Penal de San Pablo, para que proceda conforme a sus atribuciones, en atención al considerando quinto de la presente disposición.

SEGUNDO: En atención a los fundamentos expuesto en el considerando sexto, de la presente disposición: **NO PROCEDE FORMALIZAR Y CONTINUAR CON LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA** en contra de [REDACTED] por el delito contra la Administración Pública en la modalidad de **Peculado Doloso**, en agravio del Estado - I.E. N° 060 - San Pablo, representado por el Procurador Público Anticorrupción de Cajamarca; archivándose lo actuado en el modo y forma de ley. En consecuencia, **ARCHÍVESE** los actuados en el modo y forma de ley, haciéndole saber a los denunciante, que en caso no estuviese conforme con la presente disposición, puede solicitar dentro del plazo de ley se eleven los actuados al Fiscal Superior, de conformidad con lo prescrito con el numeral 5 del Art. 334 del Código Procesal Penal.

NOTIFICAR la presente disposición a quienes corresponda, de acuerdo a ley. **INTERVINIENDO** la Fiscal que suscribe por disposición superior.

/lca.

[REDACTED]
Proc. Penal Corp. Esp. Delitos de Corrupción de Funcionarios
Módulo Fiscal Cajamarca

CARPETA FISCAL N° 1706045500-2019-150-0

DISPOSICIÓN FISCAL N° 03-MP-2°DFPCEDCF-CAJ

Cajamarca, veintinueve de octubre
del año dos mil diecinueve.

I. VISTO: Los actuados de la investigación seguida contra de [REDACTED] **VIGO**, por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública - Delitos cometidos por Funcionarios Públicos, en la modalidad de Peculado Doloso, en agravio del Estado - I.E. N° 060 - San Pablo, representada por el Procurador Público Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca; y,

II. CONSIDERANDO:

Primero: Que, conforme al artículo 334° inciso 5 del Código Procesal Penal y en atención al principio de doble instancia que tiene el denunciado, consagrado en el inciso 6, del artículo 139° de la Constitución Política, el denunciante puede recurrir por escrito en queja de derecho y requerirá al fiscal, se eleven los actuados al Fiscal Superior, *dentro del plazo de cinco días*.

Segundo: Que, a folios 33 a 39 de la Carpeta Fiscal obra la Disposición N° 02-MP-2°DFPCEDCF-CAJ, de fecha seis de julio de dos mil diecinueve, mediante la cual se ha dispuesto el ARCHIVO LIMINAR en contra de [REDACTED] por el presunto delito contra la Administración Pública-Delitos cometidos por Funcionarios Públicos en la modalidad de PECULADO DOLOSO, en agravio del ESTADO - I.E. N° 060 - San Pablo, representada por el Procurador Público Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca y, **ORDENÁNDOSE** el archivo de los actuados y notificándose a las partes conforme a ley, a efectos de que interpongan Queja de Derecho dentro del plazo establecido en la ley.

Tercero: Que, conforme es de verse en autos, a folios 13 y 16 de la Carpeta Auxiliar, las partes fueron debidamente notificadas con la Disposición N° 02-MP-2°DFPCEDCF-CAJ, de fecha seis de julio de dos mil diecinueve, la misma que dispone el ARCHIVO LIMINAR en contra de [REDACTED] y su consecuente archivo definitivo de los actuados; y, siendo que a la fecha ha transcurrido en exceso el plazo establecido, las partes no han interpuesto recurso alguno, en consecuencia éste Despacho:

III. DECISIÓN:

DECLARA CONSENTIDA la Disposición N° 02-MP-2°DFPCEDCF-CAJ de fecha seis de julio de dos mil diecinueve que obra a folios 33 a 39 de la carpeta fiscal. **NOTIFÍQUESE** y **DISPÓNGASE** la remisión de la presente carpeta a la oficina de archivo central.

[REDACTED]
Procurador Público Especializado en
Delitos de Corrupción de Funcionarios
Ministerio Público - Cajamarca



MINISTERIO PÚBLICO
FISCALÍA DE LA NACIÓN

FISCALÍA ESPECIALIZADA EN
DELITOS DE CORRUPCIÓN DE
FUNCIONARIOS DE CAJAMARCA

CASO N° : 1706045500-2018-151-0
IMPUTADO : [REDACTED]
AGRAVIADO : EL ESTADO –MINISTERIO DE EDUCACIÓN- I.E. DIVINO MAESTRO
DELITO : PECULADO DOLOSO.
FISCAL RESPONSABLE: [REDACTED]

DECLARA QUE NO PROCEDE FORMALIZAR NI CONTINUAR CON LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

DISPOSICIÓN N° 03 -2018 -FPCEDCF-CAJ/1D.-

Cajamarca, tres de diciembre
del año dos mil dieciocho.-

VISTOS: Los actuados contra [REDACTED] por el presunto delito contra la Administración Pública en la modalidad de PECULADO DOLOSO, en agravio del Estado – UGEL de San Miguel - I.E. Divino Maestro del Caserío de Pampa Sequéz del distrito de la Florida – San Miguel; y **CONSIDERANDO:**

PRIMERO.- HECHOS MATERIA DE IMPUTACIÓN

Según Informe N° 11-2017-DRE-CAJ/UGEL-INFRAESTRUCTURA, de fecha 24 de agosto de 2017, el especialista de Infraestructura de la UGEL San Miguel, Ing. Julio César Bácazar Mendoza, hace llegar a la Secretaría Técnica de la CPPADD, el Informe de Verificación in situ del Mantenimiento de Locales Escolares del año 2016 de la I.E.S Divino Maestro - Caserío Pampa de Séquez – Distrito La Florida; indicando que se realizó la visita técnica a la I.E. Divino Maestro – Pampa de Séquez, con la finalidad de inspeccionar los trabajos de mantenimiento, in situ, del año 2016.

Es así que se realizó una reunión en la dirección de la institución, en presencia de la Directora Licenciada [REDACTED] responsable del mantenimiento de local escolar del año 2016 y como representantes de la UGEL San Miguel, el profesional que suscribe el Informe y los abogados [REDACTED] y [REDACTED] y [REDACTED] y [REDACTED] oportunidad en la que se procedió a revisar el expediente de declaración de gastos, realizando la verificación de los trabajos realizados, según rubros a trabajar propuestos en la ficha técnica de mantenimiento, año 2016, observando que cada uno de los rubros planteados en la ficha técnica del mantenimiento de locales escolares, año 2016, se han trabajado a excepción de reparación de muros, en donde se ha realizado la construcción de contrazócalos de cemento, en una longitud de 45.46 m y la construcción de vereda en 16.50m². Asimismo en el informe se hace la precisión que la construcción de veredas, no pertenece al rubro de reparación de muros, por lo tanto no cumple con la Norma Técnica N° 053-2016-MINEDU, de mantenimiento de la Infraestructura y mobiliario de locales escolares año 2016 y según la ficha técnica de mantenimiento de locales educativos, año 2016 para reparación de muros se tiene un presupuesto propuesto de s/. 5,250.00 por la Directora [REDACTED] [REDACTED], sin embargo, según lo verificado, los trabajos realizados de construcción de



contrazócalos de cemento, en una longitud de 45.46 m. y la construcción de vereda en 16.50m², tienen un presupuesto de s/. 1,769.87, por lo tanto hay una diferencia de s/. 3,480.13 que no se ha ejecutado.

SEGUNDO.- DOCUMENTACIÓN OBRANTE EN LA CARPETA FISCAL.

1. **Oficio N° 0679-2018-GR.CAJ/DRE-UGEL-SM./DIR**, de fecha 12 de julio del año en curso, fs. 01, mediante el cual pone de conocimiento la presunta comisión de delito, contenido en el Informe N° 11-2017-DRE-CAJ/UEGL-INFRAESTRUCTURA, relacionado con la verificación *insitu* en la I.E. "Divino Maestro" del nivel secundario delc aserío Pampa Sequez comprensión del distrito de La Florida, sobre el mantenimiento del local escolar del periodo 2016, indicando además que mediante R.D.U. N° 702-2018/GR.CAJ-DRE-UGEL/SM, de fecha 07 de marzo de 2018, se sancionó administrativamente por los hechos antes mencionados a la responsable de dicho presupuesto de acuerdo al informe de la referencia.
2. **Informe N° 11-2017-DRE-CAJ/UGEL-SM-INFRAESTRUCTURA**, de fecha 24 de agosto de 2017, fs. 02-03, mediante el cual el Especialista en Infraestructura, Ing. Julio César Balcázar Mendoza, informa a la Secretaria Técnica de la CPPADD, que realizó la visita técnica a la I.E. Divino Maestro – Pampa de Sequez, con la finalidad de inspeccionar los trabajos de mantenimiento *insitu* del año 2016, procediéndose a revisar el expediente de declaración de gastos, posteriormente se realizó la verificación de los trabajos realizados, según los rubros a trabajar propuestos en la ficha técnica de mantenimiento, año 2016; verificándose que se han trabajado a excepción de reparación de muros, en donde se ha realizado la construcción de contrazócalos de cemento en una longitud de 45.46m y la construcción de vereda en 16.50m²; concluyendo que este trabajo de construcción de veredas, no pertenece al rubro reparación de muros, por lo que no cumple con la Norma Técnica N° 03-2016-MINEDU de mantenimiento de la infraestructura y mobiliario de locales escolares, año 2016. Así también señala que según la ficha técnica de mantenimiento de locales educativos, año 2016, para reparación de muros, se tiene un presupuesto propuesto de s/. 5,250.00, por la Directora [REDACTED] y según lo verificado, los trabajos realizados son la construcción de contrazócalos de cemento, en una longitud de 45.46 m y la construcción de vereda en 16.50 m², se obtiene un presupuesto de s/. 1,769.87, por lo tanto hay una diferencia de s/. 3,480.13 que no se ha ejecutado; adjuntando panel fotográfico a fs. 04-08, planilla de metrados y cantidad de materiales del mantenimiento de locales escolares, año 2016, fs. 09; presupuesto de los trabajos de mantenimiento realizados, año 2016, fs. 10; ficha técnica de mantenimiento de locales educativos, fs. 11 y boletas de venta de gastos ejecutados, fs. 12-14.
3. **Resolución Directoral UGEL N° 702-2018/GR.CAJ-DRE-UGEL/SM**, del 07 de marzo de 2018, fs. 15-19, que resuelve cesar temporalmente en el servicio laboral magisterial por un periodo de trescientos sesenta y cinco días calendarios sin goce de remuneraciones a la administrada [REDACTED], como Directora (e) de la I.E. Divino Maestro del caserío de Séquez, distrito de La Florida, provincia de San Miguel, región de Cajamarca, por la comisión de las faltas graves contenidas en los literales a) y h) del artículo 48° de la Ley de Reforma Magisterial ley N° 29944, causales de cese temporal en el cargo por Incumplimiento de los deberes contenidos en los literales m) y q) del artículo 40° de la ley de Reforma Magisterial ley



Nº 29944 y los deberes, condiciones y restricciones contenidos en las Normas Técnicas del Mantenimiento de la Infraestructura y mobiliario de los locales escolares del periodo 2016 norma técnica Nº 053-2016-MINEDU. Debiendo tener presente que en esta resolución además se analiza los maltratos psicológicos a los alumnos de 1 a 5 año de educación secundaria por parte de la hoy investigada, extremo en el que se solicitó su evaluación psicológica, por parte del psicólogo del centro de salud de San Miguel, quien concluye que "en el área de inteligencia Domitila obtiene el nivel de deficiente mental, tiene rasgos de personalidad con tendencia agresiva, oral agresiva y hostilidad, narcisista y dependiente así como necesidad de afecto."

4. **Acta de declaración testimonial de [REDACTED]** a fs. 33- 34 señalando que ostenta el cargo de Ingeniero del área de Gestión Institucional de la Ugel- San Miguel, siendo que en el año 2016 se desempeñaba como especialista de infraestructura encontrándose a cargo de verificar los trabajos por Mantenimiento de Locales Escolares, y a la vez se realizó una verificación in situ de la I. E. Divino Maestro donde el rubro de reparación de muros se ha encontrado observado porque se ha declarado en el rubro reparación de muros, la construcción de vereda y zócalos el cual se encuentra en discordancia con la norma técnica, habiéndose señalado gastos en este rubro según ficha técnica por la cantidad de S/ 5,250.00 soles, no obstante según la declaración de gastos que no se encuentra aprobada, solamente se gastó la cantidad de s/. 4902, agrega que se ha procedido a hacer una valorización de los trabajos encontrados en la visita y se ha estimado que la construcción del zócalo y vereda, incluido materiales puestos en obra y mano de obra, hacen un total de S/ 1769.087 vs. el 4902.00 soles declarado.

Ficha técnica de mantenimiento de locales educativos de la I.E Divino Maestro, Pampa de Sequez, La Florida – San Miguel, del período 2016 a fs. 36, en el que se aprecia el gasto en reparación de muros el costo de s/. 5,250.00

Expediente de declaración de gastos sobre ejecución de Mantenimiento de Locales escolares primera etapa 2016 a fs. 37, siendo que a fs. 39 se halla copia del voucher por la suma de 7,458.68, depositado a nombre de la denunciada y afs. 43-45, la declaración de gasto de locales educativos, en donde se aprecia el rubro Reparación de muros, obrando los costos de mano de obra de vereda por el monto de s/. 1050.00 a favor de [REDACTED] de fecha 08 de agosto de 2016, de material empleado, transporte de materiales, lo que hace un monto de s/. 4,902.00.

7. **Acta del comité veedor y de mantenimiento escolar de la I.E.S. "Divino Maestro", distrito La Florida, provincia de San Miguel, región Cajamarca**, de fecha 24 de agosto de 2016, fs. 46, en la cual el comité veedor, luego de verificar los trabajos, dio la conformidad.
8. **Oficio Nº026- 2016- DIES- "DM"-LF-UGEL-SM/GR-DRE.CAJ** a fs. 40 donde se remite el Informe de ejecución del mantenimiento local escolar de la I.E. S. Divino Maestro, donde se precisa que los trabajos han sido supervisados de manera continua por parte del Comité Veedor.
9. **Descripción de actividades de mantenimiento del local escolar 2016** a fs. 41, donde las actividades que se detallan son reparación de muros, reparación de puertas, reparación de instalaciones eléctricas, así como útiles escolares y de escritorio, materiales para uso pedagógico, equipamiento menor siendo que la misma se halla debidamente firmada por los miembros del Comité de Mantenimiento.



10. Cuadro de los miembros tanto del Comité de Mantenimiento y Comité veedor a fs. 42
11. Declaración de gastos de locales educativos con las firmas de los miembros del Comité veedor y mantenimiento a fs. 43- 45
12. Acta del Comité Veedor y Mantenimiento escolar de la I.E. Divino Maestro Distrito de La Florida, Provincia de San Miguel, Región de Cajamarca donde la Directora hace de conocimiento a los respectivos Comités sobre las actividades de Mantenimiento de la I.E. Y además de verificar las mismas, junto a la documentación descriptiva de tales actividades, obrante a fs 46
13. Informe N° 015-18- VEEDURÍA- DM, donde el Comité Veedor, señala que luego de verificar la ejecución de los trabajos descritos en el informe, dan la conformidad de que los trabajos fueron ejecutados al 100%, folios 47.
14. Boletas de venta N° 002- 3686 de Agregados Eperatriz a fs. 48, Boleta de venta N° 001- 8872 a fs. 49, Recibo por honorarios N° 0002- 00002; 0002- 0007 del 11 de julio del 2016, del 08 de agosto del 2016 a fs. 50-51, Boletas de venta de Agregados Emperatriz N° 002- 003637 a fs. 52, Boleta de venta Rodas N° 003- 3670 del 26 de julio del 2016 a fs. 53, Boleta de venta de Lucero N° 001- 397, 001-398 del 08 de agosto del 2016 a fs 54-56; Boleta de venta de Transporte Romero N° 001- 0011 a fs. 57 y 60 ; Boleta de venta N° 002- 009738 Distribuidora Evelyn & Nahomi del 10 de junio del 2016 a fs. 58, Boleta de venta N° 001- 049 de Carpintería Rojas del 21 de agosto del 2016 a fs. 59, Boleta de venta Ursula N° 001- 038669, 001- 038670 a fs. 61-62, Boleta de venta N° 001- 0004 a fs. 63, Boleta de venta Comercial Grupo Ortiz N° 001- 03092 a fs. 64, tomas fotogríficas del mantenimiento de la I.E. Divino Maestro, Pampa de Sequez, La Florida a fs. 65-76.
- Oficio N° 226- 2018- GR- CAJ/DRE- UGEL- SM/AAJ, donde se remite Resolución Directoral Ugel N° 0030-2016/ED-SM (a fs. 79), mediante la cual se encarga a la docente [REDACTED] la Dirección de la Institución Educativa Secundaria Divino Maestro, desde el 01 de enero hasta el 31 de diciembre de 2016; Oficio N° 096-2018- GR- CAJ/UGEL-SM/AGI (a fs. 80), por el cual se informa a este despacho que no obra el expediente físico en original de declaración de gastos del mantenimiento de locales escolares del año 2016 de la I.E. Divino Maestro, caserío Pampa Sequez del distrito de La Florida, ya que la indicada docente solamente ha cumplido con el registro de los datos en el sistema wasichay; Voucher de depósito de a nombre de la investigada para el mejoramiento de local escolar durante el período 2016 (a fs. 81), Acta de recolección de datos por el Ing. Julio Cesar Balcázar Mendoza, de fecha 02 de agosto de 2017, en el que verifica los trabajos ejecutados en la I.E. Divino Maestro, (a fs. 82).
16. Oficio N° 056- 2018, donde se remite la Resolución Directoral UGEL N° 0702- 2018/GR.CAJ-DRE-UGEL/SM donde se le impone sanción disciplinaria de cese temporal en el servicio laboral magisterial por un periodo de trescientos sesenta y cinco días calendarios sin goce de remuneraciones a la administrada [REDACTED] fs 85- 90.
17. Acta de concurrencia de Santos [REDACTED] a fs. 143 quien precisa que hizo trabajos de transporte a la profesora Domitila Nancy Vásquez Carhuatanta, desde la ciudad de Chiclayo hasta la I.E. Divino Maestro, caserío Pampa Sequez del distrito de La Florida, en dos oportunidades, po s/. 1,453,50 y s/. 497.00, haciendo presente que la carretera e dicho tramo es muy accidentado, es una trocha carrozable, con



notables pendientes y abismos, que el monto cobrado se debe a lo complicado de la carretera y la lejanía, ya que la distancia es de más de ocho horas de viaje; reconociendo las boletas de venta N° 001- 00011 y la N° 001- 00012 (obstante en fs. 57 y 60 respectivamente) son las solicitadas por el presente Despacho; no pudiendo presentar los originales por cuanto ha dado de baja a su RUC de transportista, habiéndose perdido los talonarios incluso en el que estaba la boleta solicitada.

18. **Acta de constatación fiscal** a fs. 144, donde el Gerente de la "Ferretería Lucero" refiere que las boletas de venta mostradas, fueron expedidas por esa ferretería, empero no las pudo mostrar porque las lluvias mojaron todo tipo de documentación; además en relación con Transporte Romero, la señora fiscal a cargo del caso se entrevistó con el señor Franco Romero Vásquez, sobrino de Celso Romero, quien señala que la dirección Mz P, lote 21 AH Max Diaz, la utilizó su tío para sacar su RUC, porque antes tenía un camión de carga, pero ya no se dedica a ese rubro.

19. **Carta de Angela Lucero Flores Ruiz**, donde señala que las boletas de venta N° 001-397y 001- 398 no puede afirmar o no dicha venta, ya que la documentación fue destruida por las constantes lluvias que azotaron el departamento de Lambayeque, a fs. 146.

Acta de declaración testimonial de Gabriel Quispe Rodas, fs. 157-160, oportunidad en la que manifiesta que fue contratado por la profesora [REDACTED] para trabajar durante el año 2016 de manera verbal, para hacer zócalos y veredas, que la investigada le entregó los materiales; reconociendo el recibo por honorarios N° 002-000002 del 11 de julio de 2016 y el N° 0002-000007, por los trabajos ejecutados, precisando que lo cobrado es lo que trabajó y que en ningún momento la profesora Domitila Vásquez Carhuatanta le requirió colocar un monto mayor en dichos recibos.

Consulta de Autorización de Comprobantes de Pago y otros documentos de la empresa del señor José Manuel Ortega Ortiz, fs. 182-183, en la que se observa que las boletas de venta 0002-3637 y 002-3686, están autorizadas y son válidas.

22. Resolución Ministerial N° 053-2016-MINEDU, de fecha 29 de enero de 2016, en la que aprueba la norma técnica denominada "Disposiciones para la ejecución del Programa de Mantenimiento de la Infraestructura y Mobiliario de los Locales Escolares para el año 2016", la misma que como anexo forma parte de la presente resolución.

TERCERO.- FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA PRESENTE DISPOSICIÓN

3.1 EL DELITO DE PECULADO DOLOSO: Que, los hechos denunciados, presuntamente se subsumirán en el delito contra la Administración Pública en su modalidad de Peculado, reseñado en el Artículo 387° del Código Penal, el mismo que prescribe "*El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años...*"

Este tipo penal supone un desplazamiento patrimonial de los caudales o efectos de la esfera del dominio del Estado a la esfera del dominio personal del funcionario o tercero, en ese sentido la prueba debe orientarse a determinar, si existe un desbalance respecto de los bienes que en un momento le fueron confiados al presunto autor con motivo de su gestión.

Siendo necesario tener en cuenta los comportamientos típicos que el precepto normativo acotado señala a efectos de limitar o restringir la relevancia penal de los actos del delito de



peculado. La norma por consiguiente, al describir la acción dolosa utiliza dos supuestos para definir los comportamientos típicos del sujeto activo: apropiarse o utilizar, los mismos que deben contener ciertos elementos para su configuración; siendo estos los elementos materiales del tipo penal¹:

- a) *Existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos.* Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, el poder de vigila y cuidar los caudales o efectos.
- b) *La percepción no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita.* La administración, que implica las funciones activas de manejo y conducción. La custodia, que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.
- c) *Apropiación o utilización.* En el primer caso estriba en hacer suyo caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándose de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso: utilizar, se refiere a aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero.
- d) *El destinatario para sí.* El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose el mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. Para otro, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero.

En lo que concierne a la **Tipicidad Subjetiva**, es un delito eminentemente doloso, que requiere que el agente actúe con conocimiento que tiene el deber de lealtad y probidad de percibir, administrar o custodiar adecuadamente los bienes públicos confiados a su cargo, no obstante voluntariamente actúa, y se apropia o utiliza tales en perjuicio de la administración pública.

3.2 EL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS: Si bien se abrió investigación preliminar contra [redacted] por el delito de Peculado Doloso; no obstante, de la revisión minuciosa de los actuados se advierte que existe un segundo cuestionamiento a la denunciada, en el sentido que realizó la construcción de veredas en 16.50 m², el mismo que no pertenece al rubro reparación de muros, con lo que no cumple con la Norma Técnica N° 03-2016-MINEDU; por lo que se deberá analizar en este estadio si existen elementos del tipo penal de Malversación en la conducta desplegada por la denunciada.

Así, este delito se encuentra tipificado en el artículo 389° del Código Penal señala: *"El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.*

Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la

1 NOLASCO VALENZUELA, José y AYALA MIRANDA, Erika; en DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. TOMO I. Editorial ARA Editores. 1ª Edición. 2013. Lima -Perú. Pág. 597-598.



función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de ocho años y con trescientos sesenta y cinco días-multa." (Vigente a la data de los hechos)

La doctrina señala que "El bien jurídico específico que se tutela penalmente en el delito de malversación de fondos es la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos. En otras palabras, busca proteger que la ejecución del gasto y empleo de bienes y dinero público se efectúe bajo una organización racional y ordenada. Esta postura ha sido acogida jurisprudencialmente, como se puede observar en los siguientes extractos: JURISPRUDENCIA Ejecutoria emitida por la Corte Suprema de Justicia, recaída en el expediente N° 3630-2001, del 23 de enero de 2003 "En la malversación de fondos el bien jurídico tutelado es preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos, es decir, la racional organización en la ejecución del gasto y en la utilización y el empleo de dinero y bienes públicos, en suma, se trata de afirmar el Principio de Legalidad Presupuesta; esto es, la disciplina y racionalidad funcional en el servicio"².

3.3 SOBRE EL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN:

En la jurisprudencia nacional existen varios pronunciamientos sobre el principio de mínima intervención; así en la A.V. N° 09-2015-1, de fecha catorce de marzo de 2016 de la Corte Suprema de Justicia de la República – Sala Penal Especial, en su fundamento 3.1.0 precisa: "El principio de mínima intervención constituye un límite al ius puniendi del Estado, pues señala que se justifica la intervención penal siempre que ésta sea necesaria e indispensable para el mantenimiento de la armonía social, pues "El derecho penal deja de ser necesario para proteger a la sociedad cuando esto puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales." (Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Séptima edición. Buenos Aires: B de f, 2005, p. 126). EN ese sentido se tiene que este principio acoge los siguientes sub principios: fragmenariedad y subsidiariedad (última ratio). En ese sentido se tiene que el principio de fragmenariedad establece que el derecho penal no interviene en la regulación de todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino solo en las modalidades más peligrosas -(Vid. Mir Puig, Santiago. Derecho Penal. Parte General, Séptima Edición, Buenos Aires: B de f, 2005, p. 127). Asimismo, el principio de subsidiariedad y/o última ratio señala que el derecho penal deberá intervenir exclusivamente cuando otros medios de control social hayan fracasado en el intento de salvaguardar el buen desarrollo de la sociedad- (Bramont-Arias Torres, Luis Mguel. Manual de Derecho Penal. Parte General. Tercera Edición. Lima: EDDIU, 2005, pp. 90-91)"

CUARTO: ANÁLISIS DEL CASO RESPECTO AL DELITO DE PECULADO DOLOSO.

La docente [REDACTED] docente de la Institución Educativa Divino Maestro del Caserio de Pampa de Sequéz – La Florida- San Miguel, ostentó el cargo de Directora encargada de la Institución en mención, en mérito a la Resolución Directoral UGEL N° 0030- 2016/ED- SM (a fs. 79), siendo la responsable del Mantenimiento del Local Escolar, en virtud a lo cual se le deposita la suma de s/. 7, 458.68 soles, para ser gastados según la Norma Técnica N° 053-2016-MIDEDU, monto que fue retirado el 04 de mayo del 2016, según voucher de retiro (a fs. 81); en tal sentido se le imputa que de la verificación de trabajos realizada por personal de la UGEL de San Miguel, ejecutó todos los trabajos propuestos en la ficha técnica de mantenimiento de locales escolares año 2016, a excepción de los muros, el

2 <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2016/04/Manual-sobre-Delitos-contra-la-Administraci%C3%B3n-P%C3%BAblica.pdf>



B) Compras Distribuidora Evelyn & Nahomi SRL:

1. 03 bolsas de cemento extraforte, de fecha 16 de junio de 2016, boleta de venta 008872, por s/. 67.50
2. 10 bolsas de cemento extraforte Pacasmayo, de fecha 16 de junio de 2016, boleta de venta 9738 por s/. 225.00.

C) Pagos por mano de obra a [REDACTED] servicios Generales:

1. 48 metros cuadrados de zócalo de la IE Divino Maestro, de fecha 11 de julio de 2016, recibo por honorarios 000002, por s/. 600.00
2. Mano de obra de vereda de 25 metros de la I.E Divino Maestro, de fecha 08 de agosto de 2016, recibo por honorarios 000007, por s/. 1050.00

Al respecto, es que se recabó la declaración testimonial de [REDACTED] fs. 157-160, quien indicó que efectivamente fue contratado por la profesora [REDACTED] para trabajar durante el año 2016 de manera verbal, para hacer zócalos y veredas, que la investigada le entregó los materiales; reconociendo el recibo por honorarios N° 002- 000002 del 11 de julio de 2016 y el N° 0002-00007, por los trabajos ejecutados, precisando que lo cobrado es lo que trabajó y que en ningún momento la profesora Domitila Vásquez Carhuatanta le requirió colocar un monto mayor en dichos recibos.

D) Compras a "Rodas" de Jeiner Rodas Vásquez:

1. 03 cemento rojo, de fecha 26 de julio de 2016, boleta de venta 003670, por s/. 66.00.

Compras a Comercializadóa "Lucero", de [REDACTED]

1. 23 bolsas de cemento Mochica, de fecha 08 de agosto de 2016, Boleta de venta 000397, por 40.00
2. 01 cubo de arena marilla, de fecha 08 de agosto de 2016, boleta de venta 000398, por s/. 40.00
3. 02 cubos de hormigón, de fecha 08 de agosto de 2016, boleta de venta 000398, por 40.00

Se recepcionó la carta de la señora [REDACTED] a fs. 146, identificada con RUC 10471710178, quien señala que respecto a las boletas de venta 000397 y 000398, respecto a la venta de productos de ferretería, no puede afirmar ni negar si existió dicha venta porque fueron destruidas por las constantes lluvias que azotaron al departamento de Lambayeque y en especial al distrito de José Leonardo Ortiz, perdiendo además mucha información referida al negocio; dicho que se corroboró con la constatación fiscal que realizó la fiscal responsable del caso, obrante en el acta de su prósito a fs. 144, en la que el Gerente de la Ferretería Lucero, ratifica el contenido de la carta indicada.

F) Pagos realizados a "Transportes Romero", Servicios de Carga a nivel nacional:

1. Por transporte de materiales de construcción: 23 bolsas de cemento, de fecha 09 de agosto de 2016, boleta de venta 000011, por S/. 92.00.
2. Por transporte de materiales de construcción: 02 cubos de hormigón, de fecha 09 de agosto de 2016, boleta de venta 000011, por S/. 270.00.
3. Por transporte de materiales de construcción: 01 cubo de arena, de fecha 09 de agosto de 2016, boleta de venta 000011, por S/. 135.00



4. Por compra y transporte de 03 cubos de ripio, de fecha 07 de agosto de 2016, boleta de venta 000012, por S/. 484.50
5. Por compra y transporte de 03 cubos de hormigón, de fecha 07 de agosto de 2016, boleta de venta 000012, por S/. 484.50
6. Por compra y transporte de 03 cubos de arena, de fecha 07 de agosto de 2016, boleta de venta 000012, por S/. 484.50

Al respecto la señora Fiscal responsable del caso se entrevistó con el señor [REDACTED] sobrino del señor [REDACTED] quien señaló que la dirección Mz P, lote 21 AAHH Max Díaz, la utilizó su tío para sacar su RUC, porque tenía un camión de carga, pero ya no se dedica a ese rubro.

QUINTO: Es ese orden de ideas, de las documentales y testimoniales recabadas, se puede apreciar que los gastos realizados por la denunciada [REDACTED] en el rubro denominado "Reparación de muros", de la I.E. Divino Maestro – Pampa de Sequéz de la Florida, efectivamente se han realizado, no existiendo sobrevaloración en ninguno tales gastos, como lo denunció el Especialista en Infraestructura de la UGEL de San Miguel; y si bien es cierto el monto total de lo gastado en este rubro asciende a s/. 4,902.00, y el presupuesto asignado de s/. 5,250.00, existe una diferencia de s/ 348.00; resultando atendible aplicar el principio de *mínima intervención* desarrollado líneas arriba, pues en el presente caso no se ha producido una vulneración sustancial al bien jurídico protegido por el Estado, motivo por el cual no resulta viable el ejercicio de la acción penal, mucho más si la denunciada ha sido ya sancionada administrativamente, mediante Resolución Directoral UGEL N° 702-2018/GR.CAJ-DRE-UGEL/SM, del 07 de marzo de 2018, fs. 15-19, que resuelve cesar temporalmente en el servicio laboral magisterial por un periodo de trescientos sesenta y cinco días calendarios sin goce de remuneraciones, por la comisión de las faltas graves contenidas en los literales a) y h) del artículo 48° de la Ley de Reforma Magisterial ley N° 29944, causales de cese temporal en el cargo por Incumplimiento de los deberes contenidos en los literales m) y q) del artículo 40° de la Ley de Reforma Magisterial ley N° 29944 y los deberes, condiciones y restricciones contenidos en las Normas Técnicas del Mantenimiento de la Infraestructura y mobiliario de los locales escolares del periodo 2016 norma técnica N° 053-2016-MINEDU.

SEXTO: ANÁLISIS DEL CASO RESPECTO AL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS.

En relación al segundo cuestionamiento realizado por el Especialista en Infraestructura de la UGEL de San Miguel, informa que la construcción de veredas ejecutada por la denunciada, no pertenece al rubro de reparación de muros, según lo establece la Norma Técnica N° 03-2016-MINEDU, obrante a folios 184-194 de autos; no obstante se debe hacer presente que la norma indicada en el literal "D) De las acciones que se deben ejecutar y su priorización", establece un cuadro N° 5 en el que se aprecia dicha priorización, siendo que el el cuarto orden de prioridad se establece "Espacios Exteriores: Losas deportivas, **veredas** y sardineles, rampas, cercos perimétricos" (Negrita y subrayado nuestro). Asimismo, en el mismo literal se precisa que se debe priorizar acciones de mantenimiento, las mismas que se detallan en el instrumento técnico que será aprobada, mediante Resolución Directoral del PRONIED, de acuerdo al cuadro N° 6 en el que se establece un orden de prioridad, siendo que el rubro cuarto, "Reparación de muros", se encuentra en "Espacios exteriores".



En ese orden de ideas se aprecia que el trabajo ejecutado de construcción de veredas, si se encuentra previsto en el rubro de reparación de muros; es decir que el trabajo ejecutado por la denunciada está conforme a la Norma Técnica N° 03-2016-MINEDU que así lo prevé, desvaneciéndose por ello la imputación efectuada contra la docente [REDACTED] en el sentido que habría utilizado o malversado el presupuesto del año 2016; por lo que es procedente archivar los actuados también en este extremo.

SÉPTIMO:

CONCLUSIÓN: Siendo ello así conforme el inciso 1) del Artículo 334° del Código Procesal Penal al estimar que los hechos denunciados no se subsumen en el tipo penal previsto en el Artículo 387° del Código Penal, se debe proceder a declarar que no procede formalizar y continuar con la investigación preparatoria, así como ordenar el archivo de lo actuado, debiendo esta disposición notificarse al denunciante, al agraviado y al denunciado.

Por lo que estando a lo antes expuesto y a lo prescrito en las normas legales antes citadas, esta Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca; **DECLARA QUE NO PROCEDE FORMALIZAR NI CONTINUAR CON LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA** seguida contra [REDACTED], por la presunta comisión del **DELITO CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA**, en su modalidad de **PECULADO DOLOSO Y MALVERSACIÓN DE FONDOS** en agravio del **ESTADO -MINISTERIO DE EDUCACIÓN-** I.E. **DIVINO MAESTRO** del Caserío **Pampa de Séquez- La Florida**, debidamente representado por el Procurador Público Anticorrupción Descentralizado del Distrito Judicial de Cajamarca. **TERCERO.- NOTIFICÁNDOSE** como corresponde [REDACTED]



**MINISTERIO PÚBLICO
FISCALÍA DE LA NACIÓN**

"Año de la lucha contra la corrupción y la impunidad"
FISCALÍA PROVINCIAL CORPORATIVA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE
CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS - PRIMER DESPACHO

CARPETA FISCAL N° 1706045500-2018-151-0

*2016
domingo*

DISPOSICIÓN N° 04-2019-MP-FPCEDCF-CAJ/1D.

Cajamarca, veintitrés de abril
del dos mil diecinueve. -

I. VISTO:

El estado de la investigación; con la carpeta fiscal N° 1706045500-2018-151-0 que contiene los actuados en torno a la investigación preliminar seguida contra [REDACTED], por el presunto delito contra la Administración Pública en la modalidad de PECULADO DOLOSO, en agravio del Estado - UGEL de San Miguel - I.E. Divino Maestro del Caserío de Pampa Sequez del distrito de la Florida - San Miguel; y,

II. CONSIDERANDO:

Primero: Que, conforme al artículo 334° inciso 5 del Código Procesal Penal y en atención al principio de doble instancia que tiene el denunciado, consagrado en el inciso 6, del artículo 139° de la Constitución Política, el denunciante puede recurrir por escrito en queja de derecho y requerirá al fiscal, se eleven los actuados al Fiscal Superior, **dentro del plazo de cinco días.**

Segundo: Que, a folios 195 a 205 de la carpeta fiscal obra la Disposición N° 03-2018-FPCEDCF-CAJ/1D, de fecha tres de diciembre del dos mil dieciocho, mediante la cual se ha dispuesto **DECLARAR QUE NO PROCEDE FORMALIZAR NI CONTINUAR CON LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA** seguida contra [REDACTED], por la presunta comisión del **DELITO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**, en su modalidad de **PECULADO DOLOSO Y MALVERSACIÓN DE FONDOS** en agravio del **ESTADO - MINISTERIO DE EDUCACIÓN- I.E. DIVINO MAESTRO del Caserío Pampa de Séquez- La Florida**; notificándose a las partes conforme a ley.

Tercero: Que, de la Carpeta Auxiliar obra a folios 35 la notificación de fecha veintiseis de diciembre del dos mil dieciocho dirigida al Procurador Público Anticorrupción, como representante de la parte agraviada, así como a folios 36 la notificación de fecha 03 de enero del 2019 dirigida al denunciante; donde se advierte que han sido plenamente notificados con la Disposición que establece **DECLARAR QUE NO PROCEDE FORMALIZAR NI CONTINUAR CON LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA** seguida contra [REDACTED] por la presunta comisión del **DELITO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**, en su modalidad de **PECULADO DOLOSO Y MALVERSACIÓN DE FONDOS** en agravio del **ESTADO - MINISTERIO DE EDUCACIÓN- I.E. DIVINO MAESTRO del Caserío Pampa de Séquez- La Florida**; siendo que a la fecha ha transcurrido en exceso el plazo establecido y no se ha interpuesto recurso alguno.

Cuarto: Que, estando a lo dispuesto en el acápite 3.3.2 del Título 3 de la Directiva General "Normas para el mantenimiento de anotaciones o registro generados en las Fiscalías del Ministerio Público" aprobado mediante Resolución de Fiscalía de la Nación N° 1744-2017-MP-FM, de fecha 29 de mayo del 2017 al encontrarse con archivo consentido, corresponde anular el registro de anotación de investigación de la persona de [REDACTED]

En consecuencia éste Despacho en atribución a las facultades contenidas en la ley Orgánica del Ministerio Público y de acuerdo a las normas indicadas precedentemente, **DISPONE:**

III. DECISIÓN:

PRIMERO.- DECLARAR CONSENTIDA la Disposición N° 03-2018-FPCEDCF-CAJ/1D, de fecha tres de diciembre del dos mil dieciocho, que obra a folios 195 al 205 de la presente Carpeta Fiscal.

SEGUNDO.- REMITIR la presente carpeta a la Oficina de Archivo Central.

TERCERO.- ANULAR el registro de anotaciones de la investigación de la investigada [REDACTED] en el SGF de acuerdo al cuarto considerando.

[REDACTED]

206-2020



CASO N°: 1706045500-2020-206-0

DISPOSICIÓN DE ARCHIVO LIMINAR

DISPOSICIÓN N° 01-2020-MP-FN-1°D/FPCEDCF-C.

Cajamarca, cuatro de noviembre
del año dos mil veinte.-

VISTO:

La denuncia interpuesta por [REDACTED] en su calidad Director de la Unidad Ejecutora de Salud Santa Cruz en contra del ex servidor técnico en enfermería [REDACTED] por el presunto delito contra la Administración Pública – Peculado Doloso en arvio de la Unidad Ejecutora de Santa Cruz, representado por la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, que anteceden.

I. HECHOS DENUNCIADOS:

Que, mediante escrito el Sr. [REDACTED] interpone denuncia contra [REDACTED] en su calidad de ex servidor de la Dirección de Medicamentos e Insumos de la Unidad Ejecutora Santa Cruz- Cajamarca, refiriendo que es Director de la Unidad Ejecutora de Salud de Santa Cruz Cajamarca, y como tal, mediante Oficio N° 093-2020-GR-CAJ-DRS,C/RSS SANTA CRUZ/DEMID, el director de medicamentos e insumos y drogas del SISMED de la Unidad Ejecutora Salud de Santa Cruz-Cajamarca, hace llegar un acta de ocurrencia en dicha área a su cargo, y al revisar el acta en mención se observa que el día 22 de julio de 2020 siendo las 14:21, en el almacén especializado de la Unidad Ejecutora de Salud Santa Cruz (Centro de Salud Santa Cruz) el químico farmacéutico [REDACTED] encargado de la dirección de medicamentos e insumos y drogas de la Unidad Ejecutora de Salud Santa Cruz, ante las constantes pérdidas que se venían suscitando en dicho almacén, y estando el personal a su cargo por salir de trabajar, decidió realizar de manera inopinada una revisión personal, dándose con la sorpresa que entre la pretina de los pantalones del personal [REDACTED] encontró que éste estaba sustrayendo tres (03) mascarillas marca NITTA 20-11B (respirador con válvula de exhalación). De este hecho el denunciado reconoció que es verdad que estaba sustrayendo dichos productos, sin la respectiva autorización de su jefe inmediato, ni de ninguna orden o guía de remisión SISMED de dichos productos, también manifestó que las mascarillas las sacaba para su uso personal.

II.-Fundamentos de Hecho y Derecho que fundamentan el archivo

PRIMERO: Que, el tipo penal de Peculado se encuentra previsto en el artículo 387° del Código Penal, modificado por el Decreto Legislativo N° 1243, publicado el 22 de octubre del 2016:

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

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



MINISTERIO PÚBLICO
FISCALÍA DE LA NACIÓN

"Año de la Universalización de la Salud"

DISTRITO FISCAL DE CAJAMARCA
FISCALÍA PROVINCIAL CORPORATIVA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE
CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS - PRIMER DESPACHO.

doce años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. (...)

SEGUNDO: Conforme a la Jurisprudencia nacional, esto es el Acuerdo Plenario N° 42005/CJ-116, se debe tener en cuenta los comportamientos típicos que la norma penal nos señala para limitar o restringir la relevancia penal de los actos del delito de peculado; siendo que la norma (artículo 387 del Código Penal) al describir la acción dolosa utiliza dos supuestos para definir los comportamientos típicos del sujeto activo como apropiar o utilizar, estos verbos deben contener además ciertos elementos para configurarse como elementos materiales del tipo penal, estos son: la existencia de una *relación funcional* entre el sujeto activo y los caudales o efectos, considerando a la relación funcional como el poder de vigilancia y control sobre la cosa, esto es la competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos; la *percepción*, entendida como la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa y lícita; la *administración*, que implica las funciones activas de manejo y conducción; y la *custodia*, que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales o efectos públicos. El destinatario, que puede ser para sí, el sujeto activo que actúa por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos y también puede cometer el delito para favorecer a terceros, con un acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero; y los *caudales* como bienes de contenido económico, incluido el dinero y los *efectos* son todos los objetos, cosas o bienes que representan valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables.

TERCERO: Asimismo, dicho tipo penal regula dos tipos de modalidades delictivas, esto es el *peculado por apropiación* y por *utilización*; siendo que en cuanto a la apropiación, la misma que se tipifica cuando el agente se *apodera, adueña, atribuye, queda, apropia o hace suyo los caudales o efectos del Estado* que le han sido confiados en razón del cargo que desempeña al interior de la administración pública para percibirlos, custodiarlos o administrarlos, obrando con *animus rem sibi habendi* y se constituye en una apropiación *per se generis*, dado que *el agente no sustrae los bienes, ellos ya están en su poder de disposición* en función del cargo que desempeña, y dispone de ellos como si formaran parte de su propio y exclusivo patrimonio; en igual sentido, Rojas Vargas sostiene que apropiarse es hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera funcional de la administración pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En cuanto, al elemento o modalidad de peculado por "utilización" se configura cuando el agente usa, emplea, aprovecha, disfruta o se beneficia de los caudales o efectos públicos, sin el propósito de apoderarse del bien; no existiendo en el agente ánimo o propósito de quedarse o adueñarse, sino simplemente de servirse del bien público en su propio beneficio o en beneficio de un tercero; esto es una previa separación del bien de la esfera pública de custodia y darle una aplicación privada temporal sin consumirlo para retornarlo enseguida a la esfera de la Administración Pública.

CUARTO: Principio de Mínima Intervención. La jurisprudencia nacional en el Exp. 570-98. Lima 8 de abril de 1998, expresa que "... El principio de Mínima Intervención del derecho penal es compatible con la del Estado Social, rechazándose la idea de un Estado



**MINISTERIO PÚBLICO
FISCALÍA DE LA NACIÓN**

DISTRITO FISCAL DE CAJAMARCA
FISCALÍA PROVINCIAL CORPORATIVA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE
CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS - PRIMER DESPACHO

represivo como protector de los intereses de las personas; ello enlazaría con la tradición liberal que arranca Beccaria y que postula la humanización del Derecho Penal: se parte de la idea de que la intervención penal supone una intromisión del estado en la esfera de libertad del ciudadano, que sólo resulta tolerable cuando es estrictamente necesaria - inevitable- para la protección del mismo ciudadano. Por ello, el Derecho Penal sólo debe intervenir en la vida del ciudadano en aquellos casos donde los ataques revisten gravedad para los bienes jurídicos de mayor trascendencia. Las ofensas menores son objeto de otras ramas del ordenamiento jurídico. Aquí no se trata de proteger a los bienes jurídicos de cualquier peligro que los aquejan ni buscándolo a través de mecanismos más poderosos, sino de "programar un control razonable de la criminalidad, seleccionando los objetos, medios e instrumentos". Por eso, para que intervenga el Derecho Penal -junto a sus graves consecuencias- su presencia debe ser absolutamente imprescindible y necesaria, ya que de lo contrario generaría una lesión inútil a los derechos fundamentales. Así, supondría una vulneración de este principio, si "el hecho de que el Estado eche mano de la afilada espada del Derecho Penal cuando otras medidas de política social puedan proteger igualmente e incluso con más eficacia un determinado bien jurídico."

Así también lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia en la R.N. N° 1336-2012, cuando en su fundamento Cuarto.- señala "[...] Por lo demás, debido a que los montos cuestionados como objeto de apropiación no se condice con los principios de subsidiariedad y ultima ratio que norma el derecho penal, pues deben priorizarse otras vías distintas a la penal la solución del conflictos de relevancia jurídica, donde sólo determinados bienes jurídicos, importantes, necesarios e indispensables para la viabilidad de las interrelaciones y la cohesión del sistema social y político ingresan al ámbito penal, los que a su vez configuren un alto grado de insoportabilidad social. En consecuencia, dado que el monto objeto de apropiación es ínfimo y no es significativo para concluir que se ha afectado los caudales del Estado, recordando que el Derecho Penal sólo debe intervenir cuando sea estrictamente necesario y cuando la conducta por su relevancia merezca que todo el aparato judicial se ponga en marcha..."

QUINTO: Del Archivo Liminar y Aporte de Nuevos Elementos de Convicción:

Que, el archivo liminar de la presente denuncia no constituye vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva; por el contrario, pero se da cuando la falta de relevancia penal del asunto denunciado o informado es más que manifiesta sin existir atisbo de sospecha de criminalidad. Asimismo, protege y previene de la carga procesal absurda e inútil con desperdicio de tiempo y costos para el Estado en la atención de investigaciones que por su contenido evidencian no tener futuro.

Que, asimismo se señala que conforme lo establecido en el Art. 335 inc. 2 del Código Procesal Penal, es posible reexaminar los actuados si se aportan nuevos elementos de convicción.

SEXTO: Análisis del caso.

En el presente caso, los hechos materia de investigación son referentes a la sustracción de tres mascarillas marca NITTA 20-11B por parte del ex servidor [REDACTED] quien se desempeñaba como químico farmacéutico en la Unidad Ejecutora de Santa Cruz- (Centro de Salud Santa Cruz) conforme al Acta de Ocurrencia en la Dirección de Medicamentos e Insumos y Drogas de la Unidad Ejecutora de Santa Cruz-Cajamarca; de la tarjeta de Control Visible (TCV) del 01/07/2020 al 22/ 07/2020 se tiene que las mascarillas fueron adquiridas por la Dirección de Salud Cajamarca II Chota, estando a ello, si bien se trata de bienes- caudales del Estado; no obstante el valor



**MINISTERIO PÚBLICO
FISCALÍA DE LA NACIÓN**

"Año de la Universalización de la Salud"

DISTRITO FISCAL DE CAJAMARCA
FISCALÍA PROVINCIAL CORPORATIVA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE
CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS - PRIMER DESPACHO

sumado de las mascarillas sería ínfimo.

En ese sentido, se advierte que si bien las tres mascarillas se encontraron en poder del investigado, este hecho es reprochable; no obstante al consultar su precio con el proveedor GAPPER - Safety Products, refirió que el costo de cada una de ellas asciende a s/. 12.50, de lo que se aprecia de ello, la irrelevancia para impulsar una sanción penal por el valor económico de las mismas, no siendo necesario analizar los demás elementos constitutivos del delito de Peculado Doloso por la mínima intervención del derecho penal en este caso; sin embargo, ello no exime a la entidad presuntamente agraviada, el iniciar o proseguir con una acción administrativa por la actuación reprochable del servidor público.

POR LO EXPUESTO, teniendo en cuenta los fundamentos señalados y de conformidad con lo establecido en el artículo 12 e inciso 2° del artículo 94 del Decreto Legislativo N° 052 - Ley Orgánica del Ministerio Público y el Código Procesal Penal vigente, la Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca;

IV.- DISPONE:

Primero.- NO PROCEDE CONTINUAR Y FORMALIZAR LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA en contra de [REDACTED] por la comisión del presunto delito contra la Administración Pública – en agravio del Estado- Unidad Ejecutora de Santa Cruz- Cajamarca, debidamente representado por el representante de la Procuraduría Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios.

Segundo.- ARCHÍVESE los actuados en el modo y forma de ley, haciéndole saber al denunciante, que en caso no estuviese conforme con la presente disposición, puede solicitar dentro del plazo de cinco días se eleven los actuados al Fiscal Superior, de conformidad con lo prescrito con el numeral 5 del Art. 334 del Código Procesal Penal; así mismo se le hace saber que en caso aporte nuevos elementos de convicción, puede solicitar se reexamine los actuados conforme lo dispone el numeral 2 del Art. 335 del CPP.

NOTIFIQUESE Y OFICIESE de acuerdo a ley.-

[REDACTED]

Fiscal Provincial
Por Pto. Ejec. Santa Cruz - Cajamarca
Procuraduría Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios



MINISTERIO PÚBLICO
FISCALÍA DE LA NACIÓN

"Año del Bicentenario del Perú: 200 años de Independencia"

DISTRITO FISCAL DE CAJAMARCA
FISCALÍA PROVINCIAL CORPORATIVA ESPECIALIZADA EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS - PRIMER DESPACHO

quinc | 15

Carpeta Fiscal N° : 1706045500-2020-206 -0
Imputado : ██████████
Agravado : El Estado- Unidad Ejecutora de Salud de Santa Cruz
Fiscal Responsable: ██████████

ARCHIVO CONSENTIDO

DISPOSICIÓN N°02-2021-FEDCF-C-1D-MP-CAJ

Cajamarca, diecinueve de mayo
del año dos mil veintiuno ---

I. VISTO:

Los actuados seguidos contra ██████████ por la comisión del presunto delito contra la Administración Pública – en agravio del Estado- Unidad Ejecutora de Santa Cruz- Cajamarca, debidamente representado por el representante de la Procuraduría Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios. y, **ATENDIENDO:** -----

II. CONSIDERANDO:

Primero: El artículo 334° del Código Procesal Penal, establece: "1. Si el fiscal al calificar la denuncia o después de haber realizado o dispuesto realizar diligencias preliminares, considera que el hecho denunciado no constituye delito, no es justiciable penalmente o se presentan causas de extinción previstas en la ley, declarará que no procede formalizar y continuar investigación preparatoria, así como ordenará el archivo de lo actuado. Esta disposición se notifica, al agraviado y al denunciado." Asimismo, el mismo articulado en su numeral 5, expone: "El denunciante o el agraviado que no estuviese conforme con la disposición de archivar las actuaciones o de reservar provisionalmente la investigación, requerirá al fiscal, en el plazo de cinco días, eleve las actuaciones al fiscal superior."

Segundo: Que, la Disposición N° 01-2020-MP-FN-1°D/FPCEDCF-C de fecha 04 de noviembre de 2020 a folios 11 a 14 se dispone: **NO PROCEDE CONTINUAR Y FORMALIZAR LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA** en contra de ██████████, por la comisión del presunto delito contra la Administración Pública – en agravio del Estado- Unidad Ejecutora de Santa Cruz- Cajamarca, debidamente representado por el representante de la Procuraduría Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, ha sido notificado a la parte agraviada, como es de verse a folios 03 y 09 de la carpeta auxiliar, asimismo a la parte denunciante como es de verse a folios 10 de la carpeta auxiliar, no existiendo solicitud alguna, de elevación de los actuados al fiscal superior con lo indica la norma anotada.

Tercero : Que, estando a lo dispuesto en el acápite 3.3.2 del Título 3 de la Directiva General "Normas para el mantenimiento de anotaciones o registro generados en las Fiscalías del Ministerio Público" aprobado mediante Resolución de Fiscalía de la Nación N° 1744-2017-MP-FM. de fecha 29 de mayo del 2017 al encontrarse con archivo consentido, corresponde anular el registro de anotación de investigación de la persona de ██████████



Bustamante Idrogo.

Por lo que estando a prescrito en las normas legales citadas, esta Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, con las facultades conferidas por la Ley Orgánica del Ministerio Público [Decreto Legislativo N° 052];

III. DECISIÓN:

DECLARAR CONSENTIDA la Disposición N° 01-2020-MP-FN-1°D/FPCEDCF-C de fecha 04 de noviembre de 2020 a folios 11 a 14 se dispone **NO PROCEDE CONTINUAR Y FORMALIZAR LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA** en contra de [REDACTED] por la comisión del presunto delito contra la Administración Pública – en agravio del estado- Unidad Ejecutora de Santa Cruz- Cajamarca, debidamente representado por el representante de la Procuraduría Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios y por **ARCHIVADOS LOS ACTUADOS**, remitiéndose mediante oficio al Archivo Central de esta Sede la presente carpeta fiscal en el tiempo correspondiente, tomándose razón donde corresponda. **ANÚLESE** la anotación y el registro de anotaciones de la investigación de los investigados: [REDACTED] en el SGF de acuerdo al tercer considerando.

NOTIFIQUESE de acuerdo a ley.-----

flvs

