



Observancia del Principio de Mínima Intervención y Lesividad en el Delito de Peculado Doloso Simple

Observance of the Principle of Minimum Intervention and the Principle of lesivity in the Crime of Simple Intentional Peculation

Jonathan Maurizio Huamán Pillco¹

Resumen: El Derecho Penal no solo está constituido por leyes, sino que también está integrado por principios, los mismos que dan contenido y legitiman su intervención. Estos principios deben de aplicarse en forma concordante y coherente. En el delito de Peculado Doloso simple por apropiación, cuando se esta ante un caudal o efecto cuyo valor económico sea inferior, es necesario tomar en consideración los principios de Mínima Intervención y de Lesividad, para de esa manera evitar el abuso de la facultad punitiva del Estado.

Palabras Claves: Lesividad, Mínima intervención, Peculado, Principios, Última ratio.

Abstract: Criminal Law is not only constituted by Laws, but it is also integrated by Principles, which give content and legitimize its intervention. These Principles must be applied in a concordant and coherent manner. In the

¹ Abogado por la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco - Fiscal Adjunto Provincial de la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de funcionarios del Cusco.

Crime of Simple Intentional Peculation by appropriation, when dealing with public funds or effects whose economic value is lower, it is necessary to take into consideration the Principles of Minimum Intervention and Lesivity, in order to avoid the abuse of the punitive power of the State.

Keywords: Lesivity, Minimum Intervention, Peculation, Principles, Last Ratio.

LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL

Cuando nosotros preguntamos a las personas que no han tenido estudios de abogacía sobre qué es lo que entienden por Derecho Penal, vamos a recibir como respuesta promedio que es una norma, mecanismo o instrumento que sirve para castigar aquellas conductas abominables, repudiables, execrables, y demás términos con el mismo o similar contenido semántico. Y es que históricamente se ha asociado siempre al Derecho Penal con el control de aquellos hechos que, de acuerdo al contexto histórico social, han sido definidos como los más graves y perjudiciales para el funcionamiento de una sociedad.

Claro está que el Derecho Penal que concebimos actualmente, dista mucho del Derecho Penal latente siglos atrás. Nótese por ejemplo como es que antiguamente, en los tiempos de la Santa Inquisición se han perseguido a millones de personas por el único hecho de tener creencias distintas a las que, en su momento, tenían aquellas personas que ostentaban el poder o autoridad de un Estado. Esta situación, en estos tiempos, resultaría siendo inconcebible pues el Derecho Penal, y el Derecho en general han ido evolucionando, y en este proceso de cambio, han ido reconociendo múltiples derechos de las personas que nos han permitido lograr convivir en una sociedad más civilizada.

Este desarrollo jurídico ha afectado también al Derecho Penal, el mismo que, fruto de este progreso, ha reconocido diversos principios para poder limitar el denominado Ius Puniendi del Estado. Así, actualmente el Derecho Penal no se aplica como una mera operación matemática, sino que para su aplicación a un caso en concreto se deben de tomar en consideración los principios propios del Derecho Penal, así como los principios del Derecho Procesal Penal, e incluso los reconocidos en la Constitución Política del Perú.

Varios de estos Principios Limitadores del Poder Penal se encuentran recogidos y reconocidos en el Título Preliminar del Código Penal vigente, y no están allí solo como aportes teóricos, sino que se encuentran acuñados en este texto legal para ser considerados por todos los operadores de justicia al momento de aplicar la Ley Penal en cualquier caso que se presente en nuestra sociedad y que tenga relevancia penal.

Uno de estos principios, y quizás el más importante de los reconocidos en nuestro Derecho Penal es el denominado “Principio de Legalidad”, el cual tradicionalmente ha sido definido en latín como “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, cuya traducción nos informa que no hay delito, ni pena sin ley. Tomando como punto de partida ello, podemos entender que el Principio de Legalidad Penal implica que para que una persona pueda ser procesada y, eventualmente, sancionada por la comisión de un delito, necesariamente debe de existir un precepto legal, una Ley Penal, que se encuentre previamente vigente, que se halle escrita en un texto legal, debidamente determinada y definida, de modo tal

que sea suficiente para ser comprendida sin recurrir a normas extrapenales. De esta primera aproximación podemos extraer que la Ley Penal debe de cumplir con las características de ser previa, escrita, cierta y estricta para poder ser aplicada a un caso en concreto.

Sin embargo, el Principio de Legalidad no resulta siendo suficiente para dar contenido al derecho penal, puesto que, como cualquier creación humana, el Derecho también tiene falencias en su composición. No existe pues en la realidad un precepto normativo perfecto, estático en el tiempo que no requiera de otras normas o principios para comprender su contenido. El sistema jurídico reconoce que, si bien es cierto que se busca la plenitud en la regulación de la conducta humana, también es cierto que en la búsqueda de dicha plenitud se presentan determinadas circunstancias como las lagunas del derecho o las antinomias jurídicas que se presentan como consecuencia de la multiplicidad de interacciones humanas que se producen en el día a día.

Es entonces donde cobran trascendencia los principios en el Derecho, los mismos que nos van a permitir conocer el contenido, comprender o dar sentido a los dispositivos legales que se encuentren detallados en los diversos textos legales. Así lo ha entendido Marcial Rubio (2017), quien ha definido a los principios generales del derecho como “conceptos o proposiciones de naturaleza axiológica o técnica, que informan la estructura, la forma de operación y el contenido mismo de las normas, grupos normativos, subconjuntos y del propio Derecho como totalidad” (p. 284).

Ahora bien, debemos tomar en consideración que estos principios tampoco son del todo autónomos o independientes, sino que se entrelazan y complementan con otros principios de acuerdo a la especialidad o jerarquía en la que se presentan en el Sistema Jurídico, de modo tal que entre los mismos se denota una convivencia ordenada y coherente.

Tomando en cuenta lo señalado precedentemente, debemos precisar que el Principio de Legalidad no es suficiente y tampoco es el único principio con el que cuenta el Derecho Penal. Existen otros muchos principios como el de Lesividad y Mínima Intervención que también tienen la misma relevancia que la Legalidad Penal y que, al igual que ella, también deben de ser observados tanto al momento de la creación de normas penales (criminalización primaria), como al momento de aplicar las mismas a un caso en concreto (criminalización secundaria), pues ello va a permitir dar contenido y justificar la aplicación de la Ley Penal a un caso en concreto.

Bajo estos argumentos colegimos que los principios que nutren el Derecho Penal no son excluyentes, o superiores o inferiores entre sí. Sino que estos principios cuentan con la misma relevancia y por lo tanto deben ser aplicados conjuntamente y de la manera más armónica posible de modo que, por ejemplo, el Juez Penal, al momento de aplicar la Ley Penal, no solo observe el Principio de Legalidad, sino que además evalúe la lesividad de la conducta, la mínima intervención del Derecho Penal, la humanidad de la pena, así como los demás principios que nutren el Derecho Penal, de modo tal que su decisión llegue ser debidamente legitimada y justificada al momento de atribuir, o no, la responsabilidad penal de una persona y le imponga la pena respectiva de ser el caso.

EL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN

Como se ha señalado precedentemente, todos los Principios del Derecho Penal deben de ser tomados en cuenta al momento de la creación y aplicación de la Ley Penal, pues que todos estos principios tienen una misma trascendencia.

Ahora bien, el Principio de Mínima Intervención es uno de los Principios del Derecho Penal que nos permite comprender que esta rama jurídica no debe ser empleada como la primera respuesta del Estado ante el desapego de la ley por parte de una persona.

Así, este Principio implica que debe de recurrirse al Derecho Penal únicamente cuando estemos ante conductas que afecten gravemente los bienes jurídicos y en las que además hayan fracasado los demás mecanismos de Control Social. Así lo ha entendido el maestro Villavicencio (2006) quien al referirse a dicho principio ha señalado lo siguiente:

Por ello, el Derecho Penal sólo debe permitir la intervención punitiva estatal en la vida de ciudadano en aquellos casos donde los ataques revisten gravedad para los bienes jurídicos de mayor trascendencia. (...)

No será suficiente determinar la idoneidad de la respuesta penal, sino que además es preciso que se demuestre que ella no es reemplazable por otros métodos de control social menos estigmatizantes. (pp 92-93),

En el mismo sentido, Bramont (2008), también da cuenta de la observancia obligatoria del Principio de Mínima Intervención, señalando que:

El derecho penal sólo debe intervenir en aquellos actos que atenten gravemente contra bienes jurídicos protegidos (...). Es decir, el Estado sólo puede sancionar una conducta cuando ello sea necesario para mantener el equilibrio y orden social. (...).

Es así que el principio de intervención mínima supone un límite fundamental a las leyes penales, estableciendo que éstas sólo se justifican en la medida que sean esenciales e indispensables para lograr la vida en sociedad. (pp 88-89)

En esta misma línea de pensamiento, García (2005), al hablar sobre la Mínima Intervención del Derecho Penal, señala que:

El Derecho Penal debe hacer presencia en los conflictos sociales solo cuando sea estrictamente necesario e imprescindible, nada más. Porque no se trata de proteger todos los bienes jurídicos de cualquier clase de peligro que les amenace, ni de hacerlo utilizando los resortes más poderosos y devastadores del Estado, sino de programar un control razonable de la criminalidad, seleccionando los objetos, medios e instrumentos. El Derecho Penal es la “última ratio”, no la solución al problema del crimen. (p. 583)

De los aportes doctrinarios antes citados podemos advertir que el Derecho Penal en nuestros tiempos, no puede ser aplicado en *prima ratio*, es decir, no puede constituirse como la primera respuesta, como la primera reacción que tiene el Estado ante cualquier tipo de incumplimiento normativo, puesto que la aplicación del Derecho Penal trae consigo ciertos efectos negativos sobre las personas a quienes se les aplica la Ley Penal, como es el caso de la estigmatización, y ello es así porque el Derecho Penal únicamente debe presentarse cuando se está ante una vulneración que ha sobrepasado todos los mecanismos de control social previos y que reviste un considerable grado de afectación al bien jurídico.

Esta noción del Principio de Mínima Intervención, conforme desarrolla Villavicencio

Terreros, nos permite advertir la concurrencia de dos sub principios que integran la Mínima Intervención, como es el caso de la Subsidiariedad y la Fragmentariedad.

Así, el Principio de Subsidiariedad, nos informa que solo se podrá recurrir el Derecho Penal cuando todos los otros mecanismos de control social, menos lesivos que el Derecho Penal, hayan fracasado en la persecución de estas conductas, siendo que los ataques menores a los bienes jurídicos deben ser perseguidos y eventualmente sancionados por otras ramas del derecho. (Villavicencio, 2006, p. 93).

En ese sentido, este principio nos permite advertir que no todas las conductas que representan un apartamiento de la legalidad, van a ser objeto de persecución por parte del Derecho Penal, pues dentro de todo el aparato estatal, existen otros mecanismos de control social que se van a encargar de poder corregir estas desviaciones, como por ejemplo el Derecho Administrativo o el Derecho Civil, ya que en ambas ramas jurídicas están establecidos mecanismos a través de los cuales se corrigen y sancionan los incumplimientos normativos. Así, en el Derecho Administrativo, cuando un funcionario o servidor de una entidad incumple sus obligaciones o funciones, se habilita un procedimiento sancionador para perseguir y sancionar la conducta; y, del mismo modo, ante el incumplimiento de un precepto del Derecho Civil, este mismo establece las consecuencias civiles que va a acarrear su incumplimiento, como por ejemplo, en el supuesto de que no se observen los requisitos esenciales para la constitución de un Negocio Jurídico, este se sancionará con la declaración de su nulidad.

Asimismo, este Principio de Subsidiariedad, al señalar que el Derecho Penal es el último mecanismo de control social al que se debe de recurrir, nos da a entender que deben de existir mecanismos de control social previos a los que se tienen que recurrir antes de invocar al Derecho Penal, y ello es lo que quizás no se ha advertido en nuestro país en los últimos tiempos, puesto que se viene empleando el Derecho Penal como el primero y el único mecanismo de control social al que se viene recurriendo para perseguir cualquier tipo de conducta que se aparte del espectro legal, lo cual viene ocasionando lo que los doctrinarios hoy llaman como el Derecho Penal Simbólico, que solo existe como un texto legal, pero que no aporta algún tipo de utilidad (Caro y Reyna, 2023, pp 92-93).

Bajo ello, se hace necesario que se puedan crear otros mecanismos de control social a los que se pueda y tenga que recurrir antes que al Derecho Penal, tanto más si se toma en cuenta que, muy aparte de los efectos negativos que tiene la aplicación del Derecho Penal, en la actualidad, al haberse preferido este Sistema Penal, antes que otros mecanismos de control social, ha ocasionado que los Juzgados y Fiscalías Penales afronten una excesiva carga procesal que ha ocasionado el letargo en los Procesos Judiciales, los mismos que no pueden ser resueltos oportunamente por esta notable cantidad de procesos penales.

Ahora bien, otro Sub Principio que deriva de la Mínima Intervención Penal, es el denominado Principio de Fragmentariedad, el mismo que nos permite comprender que el Derecho Penal no puede servir para proteger la totalidad de los Bienes Jurídicos que existen en la realidad, sino que el Derecho Penal solo debe utilizarse para proteger aquellos bienes jurídicos indispensables y necesarios para el funcionamiento de la sociedad, e incluso, con relación a estos bienes jurídicos fundamentales, solo se deberá de recurrir al Derecho Penal cuando se esté ante conductas lesivas que ostenten una mayor o más grave entidad. Así, las mínimas lesiones o puestas en peligro de estos bienes jurídicos no justifican la presencia del Derecho Penal.

Este principio nos permite colegir que el Derecho Penal no puede ni debe ser empleado

para proteger cualquier tipo de conflicto social en el que se afecten los bienes jurídicos, sino solo en aquellos que representen un real y efectivo atentado a la convivencia social. Zaffaroni lo entiende del mismo modo cuando señala que “La función del derecho penal no es legitimar el poder punitivo, sino contenerlo y reducirlo, elemento indispensable que el estado de derecho subsista y no sea reemplazado brutalmente por un estado totalitario” (2006, p. 5).

Finalmente, debemos tomar en consideración que nuestra Corte Suprema ha reconocido este principio y lo ha desarrollado conforme se puede apreciar en el Recurso de Nulidad N° 1883-2012-Junin, en el Recurso de Nulidad N° 3004 – 2012 - Cajamarca y en el Recurso de Nulidad N° 238 - 2009 Puno.

EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD

En concordancia con el Principio de Mínima Intervención, el Principio de Lesividad justifica la intervención del Derecho Penal, únicamente cuando se haya lesionado o puesto en peligro los bienes jurídicos que se pretenden proteger. Sin embargo, conforme se ha señalado, no se trata de cualquier tipo de afectación, sino de aquellas vulneraciones notables de los más importantes e indispensables bienes jurídicos sin los que la sociedad no podría funcionar.

Al respecto, nuestro Derecho Penal, no se limita solo a la observancia de la ley, sino que, busca fundamentalmente proteger bienes jurídicos. Así lo establece el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal, que indica expresamente que “La pena, necesariamente precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”.

En ese sentido, este dispositivo legal, no hace más que reconocer la presencia del Principio de Lesividad, respecto del cual, solo podrá invocarse al Derecho Penal, cuando se haya lesionado o puesto en peligro latente a un bien jurídico protegido, conforme se ha indicado precedentemente.

Este principio además ha sido objeto de pronunciamiento por parte de nuestro Tribunal Constitucional, el mismo que en la sentencia emitida en el Expediente N° 0019-2005-PI/TC-Lima, ha señalado lo siguiente:

Desde una perspectiva constitucional, el establecimiento de una conducta como antijurídica (...) solo será constitucionalmente válida si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (principio de lesividad). Como resulta evidente, solo la defensa de un valor o interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental.

Lo propio además se ha visto reflejado en el Acuerdo Plenario N° 01 - 2012/CJ-116, que en su décimo fundamento a establecido que “la concepción de bien jurídico, pues esta constituye la base de la estructura e interpretación de los tipos, siendo núcleo central y directriz en la formación del tipo, constituyendo así mismo el motivo y límite del Derecho Penal”.

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia de la República, en el Fundamento Jurídico 15° del Acuerdo Plenario N° 01 - 2016/CIJ - 116, al referirse a la lesividad ha señalado que:

No se trata de cualquier acción peligrosa o lesiva, sino se trata de aquella que cause un impacto lo suficientemente importante para que se justifique la intervención penal. Caso

contrario, ante afectaciones muy leves a este principio, lo que corresponde es considerar la atipicidad de la conducta, al carecer de relevancia penal.

Como podemos observar el Principio de Lesividad Penal junto con el Principio de Mínima Intervención nos permiten entender la forma en la que debemos de aplicar el Derecho Penal. Así, en un Estado Constitucional de Derecho, el Derecho Penal no puede ser un mecanismo de control social que deba de aplicarse como primera respuesta para afrontar los conflictos o problemas sociales, siendo que necesariamente debemos de recurrir a otros mecanismos extrapenales que sean igual de útiles y menos perjudiciales. Asimismo, el Derecho Penal no debe ser entendido como una sábana protectora de todos los bienes jurídicos, sino este *ius puniendi*, solo debe ser observado para la protección de los más importantes bienes jurídicos y solo para aquellas conductas que menoscaben gravemente a dichos bienes jurídicos.

EL DELITO DE PECULADO DOLOSO

El delito de Peculado se encuentra previsto en el artículo 387° del Código Penal, el mismo que establece dentro de sí tres modalidades: El Peculado Doloso Simple, el Peculado Doloso Agravado, y, el Peculado Culposos; teniendo cada una de dichas figuras elementos objetivos y subjetivos distintivos entre ellos.

El presente artículo tendrá por objeto de análisis la figura del Peculado Doloso Simple, ello en virtud a que es con relación a dicho tipo penal que se ha advertido una problemática respecto de la forma en la que se debe de aplicar los principios de Mínima Intervención y Lesividad en este tipo penal.

Ahora bien, el delito de Peculado Doloso Simple, al ser un delito especial, requiere para su configuración que la conducta sea desplegada por un funcionario o servidor público quien quebranta sus deberes funcionales al apropiarse o utilizar bienes con los que tiene vinculación funcional y que le han sido previamente asignados en calidad de administración, percepción o custodia. Ahora bien, para entender quiénes son servidores o funcionarios públicos no es necesario que recurramos a normas de índole extrapenal, pues es el propio Código Penal el que, en su artículo 425°, establece que debemos de entender por funcionario o servidor público en el ámbito penal.

Es este funcionario o servidor público el que, antes de apropiarse del bien público, va a llegar a obtener una relación funcional con el bien que le ha sido entregado en calidad de administración percepción o custodia, pudiendo el agente tener una relación funcional de derecho respecto del bien, o una relación funcional de hecho.

Entonces, para que se configure el tipo penal, este funcionario y servidor público que ha entrado en administración, percepción y custodia del bien público, va a actuar sobre el mismo con un *animus rem sibi habendi*, es decir, con plena intención de apropiarse, de hacer suyo estos bienes públicos, apartándolos de la esfera de protección del Estado, e incorporándolos a su dominio privado, a beneficio de él mismo o de un tercero.

Asimismo, debe tomarse en consideración que el objeto del delito de peculado va a ser siempre los denominados caudales o efectos que deben de ser de naturaleza pública, es decir, que el titular o propietario de los mismos debe de ser el Estado a través de cualquiera de sus instituciones, sin embargo, esta no es una regla general, porque el artículo 392° del Código Penal (1991) ha extendido el margen de acción del tipo penal señalando que se puede configurar el peculado cuando se esté ante dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente “aunque pertenezcan a particulares”.

Nótese en este punto que el tipo penal no ha establecido en su estructura algún margen o límite mínimo del valor o de la cuantía de los caudales o efectos públicos, lo cual será objeto de discusión en el siguiente punto.

LA PROBLEMÁTICA LATENTE

De acuerdo a lo desarrollado precedentemente, el Principio de Legalidad Penal constituye uno de los pilares fundamentales sobre los cuales se ha supeditado todo nuestro sistema penal. Sin embargo, este principio no es de observancia única, dado que también existen otros Principios como el de Mínima Intervención y de Lesividad que son igual de importantes y que también permiten legitimar la aplicación del Derecho Penal en un caso en concreto.

Bajo esa luz, en el caso del delito de Peculado Doloso Simple, de acuerdo a la premisa normativa descrita en el artículo 387° del Código Penal (1991), advertimos que esta figura reprime la apropiación o utilización de un caudal o efecto público (en general los bienes públicos), del que un funcionario o servidor público tiene la percepción, administración o custodia; sin embargo, no precisa en ningún extremo cual es el valor o cuantía que debería tener este bien público objeto de apropiación.

En esa línea, un funcionario o servidor público podrá ser merecedor de una pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de ocho años, inhabilitación por el plazo de cinco a veinte años, y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa, sin importar el valor del bien público objeto de apropiación.

Bajo este baremo, por ejemplo, tenemos que un tesorero de una Municipalidad que se apropia de cincuenta céntimos, será sancionado de la misma forma que un alcalde de un Municipio que se apropia de un millón de soles que tenía bajo su administración.

En el segundo de los casos no cabría ningún cuestionamiento respecto de la imposición de la pena a dicho funcionario público. Sin embargo, en el primer supuesto, en esta apropiación de un bien público que tiene un valor económico tan nimio, acaso no surge en nuestra mente un cuestionamiento sobre la aplicación del Derecho Penal para este caso; acaso no nos preguntamos si resulta adecuado someter a un proceso penal, de por sí estigmatizante, largo y costoso, no solo para el imputado sino para el Estado, a una persona por el hecho de haberse apropiado de cincuenta céntimos.

Si somos estrictamente legalistas lógicamente vamos a concluir que la ley es la ley y esta se debe aplicar bajo sus propios términos sin importar las circunstancias. Sin

embargo, debemos de tomar en consideración que el Derecho no es estático, sino que es dinámico, es cambiante y tendiente a evolucionar de acuerdo al desarrollo de la sociedad. Fruto de ello es que actualmente el Derecho Penal ha reconocido otros Principios los mismos que, como hemos indicado, no son solo simples enunciados, sino que deben ser tomados muy en cuenta en todo momento porque estos permiten justificar la intervención del Derecho Penal.

En ese sentido, el delito de Peculado Doloso Simple, al tener la calidad de delito especial, o delito de función en el que se persigue el quebrantamiento de deberes funcionales, no lo convierte en una isla independiente e inmune a los alcances de los Principios Limitadores del Poder Penal, pues, al igual que los demás tipos penales descritos en la Parte Especial del Código Penal, sigue teniendo la misma calidad de Delito y como tal está sujeto a los Principios del Derecho Penal. Incluso, si seguimos un criterio de legalidad estricto podemos decir que en ningún extremo del Código Penal está establecido que los Principios del Derecho Penal (como la Mínima Intervención y la Lesividad) no son de aplicación para el Delito de Peculado Doloso Simple previsto en el primer párrafo del artículo 387° del Código Penal.

Esta situación ha sido advertida por la Corte Suprema de Justicia de la República, la misma que en este tipo de supuestos ha resuelto inclinándose por la aplicación de los Principios de Mínima Intervención y Lesividad.

Así, un primer caso que se tuvo a la vista fue el de la apropiación de cuatro hojas de papel membretado que el imputado habría usado para redactar un escrito particular a favor de una tercera persona. Al respecto, la Sala Penal Permanente de nuestra Corte Suprema, en el Recurso de Nulidad N° 3763-2011-Huancavelica ha establecido que existen otros mecanismos de control social menos gravosos que el Derecho Penal, como es el caso del Derecho Administrativo y el Derecho civil, y a los que se debe recurrir en observancia del Principio de Mínima Intervención, puesto que el Derecho Penal solo debe intervenir cuando sea “estrictamente necesario en términos de utilidad social general” debido a que se debe procurar solucionar el conflicto social a través de la sanción menos gravosa en correspondencia con el grado de lesividad que ha tenido el bien jurídico, pues el Derecho Penal, conforme señala dicho Recurso de Nulidad, solo debe estar presente ante “aquellos comportamientos sumamente reprochables y no pasibles de estabilización mediante otro medio de control social menos estricto”. En este caso, nuestra Corte Suprema resolvió haber nulidad y absolvió al imputado.

Otro caso similar es el de la apropiación de S/ 541.17 (Quinientos cuarenta y un con 17/100 Soles) atribuida a un Coronel de la Policía Nacional del Perú. En Este caso la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el Recurso de Nulidad N° 1336-2012-APURÍMAC, invoca nuevamente el Principio de Mínima Intervención a través de uno de sus Sub Principios, la Subsidiariedad Penal, indicándose que deben de priorizarse otros caminos distintos a la vía penal, dado que en esta vía solo se deben de sustanciar “bienes jurídicos importantes, necesarios e indispensables para la viabilidad de las interrelaciones y la cohesión del sistema social y político”. Agregado a ello, observó también el valor del objeto de apropiación señalando que estos eran “ínfimos

y no significativos” para denotar que se habría afectado o lesionado gravemente a los intereses estatales.

Situación similar se advierte en el caso en el que se ha atribuido a una funcionaria del Ministerio de Energía y Minas, el haberse apropiado de la suma de S/133.00 (Ciento treinta tres con 00/100 Soles) de la caja chica que administraba. En este caso, sustanciado en la Causa AV 09-2015-1, intervino la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, a quien se recurrió en vía de apelación ante la Resolución Judicial que declaró fundada la excepción de improcedencia de acción formulada por la imputada. Los fundamentos del Tribunal Supremo fueron considerar la existencia de otros mecanismos de control social extrapenales a los que se debe recurrir antes que al Derecho Penal, ante supuestos en los que la lesión a los bienes jurídicos no sea significativa, por lo que se deben tomar en cuenta los Principio de Mínima Intervención y Última Ratio, tanto más si, como considera dicho pronunciamiento judicial, podrían obtenerse “similares consecuencias jurídicas a través del ejercicio de otras ramas del ordenamiento jurídico nacional”.

Los casos expuestos nos permiten advertir que la falta de precisión de una cuantía o valor de los caudales o efectos, en el tipo penal de Peculado Doloso por Apropiación ha ocasionado un problema en su aplicación en los supuestos en los que el objeto de apropiación es de un valor inferior.

Ante esta problemática, los precedentes jurisprudenciales citados, acertadamente desde nuestro punto de vista, han tratado de resolver esta problemática bajo la idea de que si bien es cierto que el delito de Peculado Doloso Simple tiene una estructura típica en la que no se considera el valor mínimo de los bienes públicos objeto de apropiación para que se configure el tipo penal, también es cierto que, en su aplicación, no se deben dejar de observar los Principios de Mínima Intervención y de Lesividad que también sustancian y legitiman el Derecho Penal.

Y ello resulta coherente puesto que no resulta siendo proporcional aplicar el mismo Derecho Penal para una persona que se apropia de un millón de soles, que para otra persona que se apropia de cincuenta céntimos, o como en uno de los casos expuestos, de cuatro hojas de papel membretado. En estos supuestos, denotamos que no resulta siendo adecuado que ambas personas reciban la misma pena privativa de libertad efectiva no menor de cuatro ni mayor de ocho años (que no admite suspensión de ejecución de la penal, ni reserva de fallo condenatorio y conversiones), pues la persona que se ha apropiado de cuatro hojas de papel no ha afectado el bien jurídica de la misma manera que la persona que se apropió de una suma dineraria mucho mayor.

Debe entenderse, que el Derecho Penal debe ser aplicado tomando siempre en consideración la lesividad a los bienes jurídicos, y no solos cualquier tipo de lesión o puesta en peligro, sino solo aquellas que revistan una significativa entidad, de modo tal que afecten gravemente el normal funcionamiento de la sociedad. Esta relevancia penal no se aprecia pues en casos de apropiaciones ínfimas como el caso de las cuatro hojas de papel, por lo que en este tipo de supuestos se hace necesario evitar la aplicación del

Derecho Penal y recurrir a otras vías extrapenales en las que se puedan perseguir estas conductas y sancionarse adecuadamente.

Esto último va de la mano con comprender que el Derecho Penal no puede ni debe ser aplicado como la primera herramienta en caso de lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos. Contrario a ello el Derecho Penal debe ser percibido siempre como una última ratio y por lo tanto debe ser siempre utilizado como el último escudo al cual debe recurrir la sociedad únicamente cuando los demás mecanismos de control social hayan fracasado, y ello no excluye al delito de Peculado Doloso Simple, el que, si bien es cierto tienen las características de ser especial por la condición del agente (Delito de Función), no deja de ser delito y por lo tanto no deja de estar exento de ser aplicado en concordancia con el Principio de Mínima Intervención.

En ese sentido, ante la ausencia de precisión de la cuantía en el delito de Peculado Doloso por Apropiación, en los casos en los que el valor de lo apropiado sea poco significativo, debe optarse por descartar la aplicación del Derecho Penal, y recurrirse a la vía del Derecho Administrativo a través del conocido Procedimiento Administrativo Sancionador, el mismo que es debidamente reconocido y cuenta con una legislación establecida, y al que incluso están sujetos los funcionarios y servidores públicos. Esta resulta siendo una alternativa en la que incluso se puede evitar los efectos negativos del Derecho Penal que son desarrollados en la Criminología.

Debe tomarse en cuenta que no estamos precisando que estas conductas deban quedar impunes, sino que estas acciones pueden y deben ser conocidos por otro mecanismo de control social al amparo del Principio de Mínima Intervención.

En esa línea, surge la pregunta de si resulta siendo justo que actualmente se sigan persiguiendo penalmente este tipo de conductas de una lesividad insignificante, pese a que, conforme los Pronunciamientos Jurisprudenciales antes citados, nuestra Corte Suprema ha absuelto a varias personas tomando en consideración los principios de Mínima Intervención y Lesividad. Aplicando una argumentación a pari, podemos colegir que las personas que actualmente vienen siendo instruidas por este tipo de conductas, deberían dejar de serlo y sus casos deberían ser remitidos a la vía administrativa respectiva, pues a igual razón, igual derecho.

Ahora bien, ante esta problemática, se hace necesario, desde nuestro punto de vista, que se pueda establecer una reforma legal en la que se pueda determinar una cuantía respecto del valor de los caudales o efectos que se encuentran previstos en el Delito de Peculado Doloso Simple. Ello porque, conforme hemos señalado precedentemente, los Principios de Mínima Intervención y de Lesividad, deben ser tomados en cuenta tanto en el proceso de criminalización primaria, como en el caso de la criminalización secundaria. Si los legisladores observarían estos principios al momento en el que se crean las normas penales (Criminalización Primaria), se evitaría este tipo de cuestionamientos respecto de la relevancia penal de una conducta al momento de la aplicación del tipo penal.

Asimismo, y como lo hemos indicado, no abogamos por la impunidad de este tipo de peculado de bienes públicos de escaso valor, sino que también proponemos que estas

conductas sean conocidas únicamente en la vía administrativa respectiva, pudiendo emplearse, por ejemplo, a la Contraloría General de la República, a través de sus Órganos de Control Institucional, para poder perseguir y sancionar este tipo de acciones.

Agregado a ello, esta reforma permitiría reducir costos al Estado y a los justiciables, puesto que, el Proceso Penal, es de por sí costoso para el Estado, pues para su realización se requiere de Jueces, Fiscales, Especialistas de Causa y Audio, Asistentes, auxiliares y demás personal administrativo, así como locales, materiales, logística. Del mismo modo, el proceso penal es costoso además para el imputado, el mismo que debe recurrir a un abogado, e incluso uno especializado en caso de delitos contra la administración pública. Entonces, al ser el Proceso Penal uno costoso, resulta siendo lógico que este sea reservado únicamente para aquellos casos que, conforme al Principio de Lesividad, afecten o pongan en peligro gravemente los bienes jurídicos del Estado.

Finalmente, es necesario reformar nuestro pensamiento y entender que la Justicia Penal no debe ser omnipresente. No podemos caer en la instrumentalización del Derecho Penal como medio para corregir todo tipo de conductas, incluidas las menos relevantes, pues emplearlo de esta forma podría originar la aparición de un Derecho Penal Simbólico, o peor aún, un Derecho Penal persecutor de la inmoralidad.

CONCLUSIONES

1. Los Principios del Derecho penal deben ser aplicados en forma concordante y coherente en cada caso, puesto que cada uno de estos principios dan contenido al Derecho Penal y legitiman su intervención.
2. En el caso del delito de Peculado Doloso Simple, ante la ausencia de una cuantía mínima respecto de los Caudales o efectos, los operadores de justicia deben tomar en consideración los Principios de Mínima Intervención y de Lesividad, pues los mismos justificaran o no la intervención del Derecho Penal en este tipo de supuestos.
3. Los casos en los que la cuantía de los caudales o efectos sean poco significativa, se debe recurrir a otros mecanismos de control social, como el Derecho Administrativo, a través de un Procedimiento Administrativo Sancionador.

PROPUESTAS Y/O RECOMENDACIONES

- 1.- Es necesaria una reforma del primer párrafo del artículo 387° del Código Penal con relación al delito de Peculado Doloso Simple, debiendo establecerse una cuantía mínima de los caudales o efectos, que justifique la intervención del derecho penal, puesto que actualmente la intervención del Derecho Penal viene siendo aplicada a criterio de cada operador judicial.

BIBLIOGRAFÍA

Acuerdo Plenario N° 01-2012/CJ – 116 (2012). <https://lpderecho.pe/alcances-termino-bien-juridico-ap-01-2012-cj-116/>

Bramont – Arias, L. (2008). Manual de Derecho Penal. Lima – Perú: EDDILI.
<https://proyectozero24.com/wp-content/uploads/2021/09/Bramont-Arias-Torres-L.M.-2002-Manual-Derecho-Penal.pdf>

Código Penal peruano (1991). <https://lpderecho.pe/codigo-penal-peruano-actualizado/>

Caro D. y Reyna L. (2023). Derecho Penal: parte general. Lima – Perú: Escuela de Derecho LP S.A.C.

EXP. N° 0019-2005-PI/TC (2005). <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00019-2005-AI.pdf>

Expediente N° 0019-2005-PI/TC (2005).
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00019-2005-AI.pdf>

García, A. (2005). Introducción al Derecho Penal. Madrid : Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A.

Recurso de Nulidad N° 1336-2012 (2013) https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/07/Recurso-de-Nulidad-1336-2012-Apurimac.-Legis.pe_.pdf

Recurso de Nulidad N° 3763-2011 (2013). Scanned Document (lpderecho.pe)

Acuerdo Plenario Extraordinario N°1-2016/CIJ-116 (2016). Segundo Pleno Extraordinario Penal (2016).docx (live.com)

Rubio, M. (2017). El Sistema Jurídico. Lima – Perú: Fondo Editorial PUCP.
<https://www.essudeh.com/wp-content/uploads/2020/06/EL-SISTEMA-JURIDICO-INTRODUCCION-AL-DERECHO.pdf>

Villavicencio, F. (2019). Derecho Penal Parte General. Lima – Perú: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. <https://proyectozero24.com/wp-content/uploads/2021/09/Villavicencio-Terreros-2006-Derecho-Penal.-Parte-General.pdf>

Zaffaroni, E. (2005). “Manual de Derecho Penal Parte General”. Buenos Aires – Argentina: Ediar <https://fundacion-rama.com/wp-content/uploads/2022/11/5393.-Manual-de-Derecho-Penal-%E2%80%A6-Zaffaroni-y-otros.pdf>

