



**FACULTAD DE DERECHO**  
**ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO**

**TESIS**

**PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD PARA LOS  
FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL DELITO DE  
PECULADO CULPOSO.**

**PARA OPTAR TÍTULO PROFESIONAL DE  
ABOGADO**

**Autores:**

**Bach. Jiménez Coaguila Lettssy Milagritos.**

**Bach. Varillas Figueroa Hugo Alejandro.**

**Asesor:**

**Abg. Roger Chanduví Quispe.**

**Línea de Investigación:**

**Derecho Público**

**Pimentel – Perú**

**2018**

## **DEDICATORIA**

A nuestros padres, que siempre están presentes en todo momento de nuestra vida profesional, y también nuestro agradecimiento a nuestros asesores tanto metodológico como especialista ya que en cada momento mostraron su disposición para poder realizar esto, por esa ayuda y apoyo que siempre recibimos.

## **AGRADECIMIENTO**

En primer lugar a Dios, por el día a día que nos brinda; por ponernos en la vida, retos y objetivos por cumplir; por darnos la sabiduría para poder enfrentarnos a estos. En segundo lugar a nuestros padres ya que ellos, son soporte en nuestra vida, también agradecemos a todos nuestros docentes de la Facultad de Derecho de nuestra prestigiosa casa de estudios.

## **PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD PARA LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL DELITO DE PECULADO CULPOSO.**

### **PRINCIPLE OF OPPORTUNITY FOR PUBLIC OFFICIALS IN THE CRIME OF PECULADO CULPOSO.**

Jiménez Coaguila Lettssy Milagritos<sup>1</sup>

Varillas Figueroa Hugo Alejandro<sup>2</sup>

#### ***Resumen***

La presente investigación tuvo como objetivo: Proponer modificar el artículo N° 02 del Nuevo Código Procesal Penal Peruano, de la misma manera se justifica porque permitió conocer a detalle, la importancia del Principio de Oportunidad , para analizar la situación del Principio de Oportunidad para los Funcionarios Públicos en el delito de Peculado Culposos, se aplicó una metodología del tipo cualitativo, con un diseño no experimental, cuya población estuvo conformada por Fiscales, Jueces, Abogados, Funcionarios Públicos, con una muestra conformada por 80 personas, puesto que tiene relación directa con el problema identificado.

Se evaluó en detalle la importancia de la aplicación del Principio de Oportunidad. Con el fin de analizar a profundidad dicho principio y una vez recabada la información, nos enfocamos en el análisis y procesamiento de los resultados.

En tal sentido la investigación nos permitió establecer la relación de nuestras variables: Principio de Oportunidad y Peculado Culposos cometido por Funcionario Público, la cual nos llevó a plantearnos el siguiente problema: ¿Cómo modificar el artículo N° 02 sobre el Principio de Oportunidad para que sea aplicado a los Funcionarios Públicos en el delito de peculado culposos?

Finalmente nuestra investigación concluye, que la mayoría de los operadores del Derecho y los Funcionarios, están de acuerdo que se aplique el Principio de Oportunidad a los Funcionarios Públicos, sólo en el delito de peculado culposos en una sola ocasión.

***Palabras Claves:*** Principio de Oportunidad, Funcionarios Públicos, Peculado Culposos.

***Astract:***

The objective of the present investigation was to: Propose to modify Article No. 02 of the New Peruvian Criminal Procedure Code, in the same way it is justified because it allowed to know in detail, the importance of the Opportunity Principle, to analyze the situation of the Opportunity Principle for the Public Officials in the crime of Peculado Culposo, a methodology of the qualitative type was applied, with a non-experimental design, whose population was made up of Prosecutors, Judges, Lawyers, Public Officials, with a sample made up of 80 people, since it has a direct relationship with the problem identified.

The importance of the application of the Opportunity Principle was evaluated in detail. In order to analyze this principle in depth and once the information has been collected, we focus on the analysis and processing of the results.

In this sense, the investigation allowed us to establish the relationship of our variables: Principle of Opportunity and Wrongful Commitment committed by Public Official, which led us to consider the following problem: How to modify article No. 02 on the Opportunity Principle so that be applied to Public Officials in the crime of culpable embezzlement?

Finally, our investigation concludes that most of the operators of the Law and the Officials, agree that the Principle of Opportunity is applied to Public Officials, only in the crime of wrongful embezzlement in a single occasion.

***Key Words:*** *Principle of Opportunity, Public Workers, Wrongful Wrongful.*

---

<sup>1</sup>Adscrita a la Escuela Académica de Derecho. Universidad Señor de Sipán, Pimentel, Perú, email: [jcoaguilal@crece.uss.edu.pe](mailto:jcoaguilal@crece.uss.edu.pe)

<sup>2</sup>Adscrito a la Escuela Académica de Derecho. Universidad Señor de Sipán, Pimentel, Perú, email: [vfigueroah@crece.uss.edu.pe](mailto:vfigueroah@crece.uss.edu.pe)

## INDICE:

<b>DEDICATORIA.....</b>	<b>2</b>
<b>AGRADECIMIENTO .....</b>	<b>3</b>
<b>RESUMEN.....</b>	<b>4</b>
<b>ABSTRAC:.....</b>	<b>5</b>
<b>I. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>8</b>
<b>1.1.- SITUACIÓN PROBLEMÁTICA.....</b>	<b>8</b>
<b>1.3.- HIPÓTESIS.....</b>	<b>9</b>
<b>1.4.1. OBJETIVOS.....</b>	<b>9</b>
<b>1.5 JUSTIFICACIÓN.....</b>	<b>10</b>
<b>1.6 ANTECEDENTES DE INVESTIGACIÓN.....</b>	<b>10</b>
<b>1.7.1 PLANTEAMIENTOSTEÓRICOS.....</b>	<b>20</b>
<b>1.7.1.1 ASPECTOS PRELIMINARES.....</b>	<b>20</b>
<b>1.7.2 PROCESO PENAL.....</b>	<b>25</b>
<b>1.7.3 CONCEPTO PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.....</b>	<b>28</b>
<b>1.7.4 NATURALEZA JURÍDICA DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD....</b>	<b>29</b>
<b>1.7.5 DEFINICIÓN PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.....</b>	<b>30</b>
<b>1.7.6 FUNDAMENTO.....</b>	<b>32</b>
<b>1.7.7 JUSTIFICACIÓN.....</b>	<b>33</b>
<b>1.7.8 OBJETO.....</b>	<b>35</b>
<b>1.7.9 VENTAJAS DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.....</b>	<b>35</b>
<b>1.7.10 FORMAS DE MANIFESTACIÓN.....</b>	<b>37</b>
<b>1.7.11 EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD, EN EL NUEVO MODELO INTEGRADOR DE JUSTICIA PENAL.....</b>	<b>38</b>
<b>1.7.12 PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL DERECHO POSITIVO VIGENTE.....</b>	<b>41</b>
<b>1.7.13 CRITERIOS PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL DERECHO POSITIVO.....</b>	<b>45</b>
<b>1.7.14 PROCEDIMIENTO.....</b>	<b>53</b>
<b>1.7.15 DELITO DE PECULADO.....</b>	<b>58</b>

1.7.16 PECULADO COMO DELITO DE INFRACCIÓN DE DEBER.....	42
1.7.17 EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE PECULADO	
1.7.2 NORMA.....	54
1.7.2.1 CÓDIGO PROCESAL PENAL (Decreto Legislativo N° 957).....	54
1.7.2.2 CÓDIGO PENAL.....	57
II. MATERIAL Y MÉTODOS.....	59
2.1.- TIPO Y DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN.....	59
2.1.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	59
2.2 DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN.....	59
2.3.- POBLACIÓN Y MUESTRA.....	60
2.3 VARIABLES Y OPERACIONALIZACIÓN.....	61
2.5. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.....	63
III. RESULTADOS.....	64
IV. DISCUSIÓN.....	78
V. CONCLUSIONES.....	80
VI. REFERENCIAS .....	82
ANEXOS.....	85
CUESTIONARIO.....	85
PROYECTO DE LEY.....	92
JURISPRUDENCIA.....	98
VALIDACIÓN Y CONFIABILIDAD DE INSTRUMENTOS.....	129
FOTOS DE LA ENTREVISTA AL FISCAL EXPERTO.....	135

## I. INTRODUCCIÓN

### 1.1 Situación Problemática

El problema en que se centra la investigación, es aquel al que se denomina **“Principio de Oportunidad para los Funcionarios Públicos en el delito de Peculado Culposo”**.

Los delitos cometidos por Funcionarios Públicos se encuentran tipificados en el Código Penal Peruano vigente, en el Título N° 18 (delitos contra la Administración Pública), cuyo capítulo es el N° 02 (delitos cometidos por Funcionarios Públicos), y el delito de peculado culposo se encuentra prescrito en el artículo N° 387 (cuarto párrafo).

El principio de oportunidad se encuentra tipificado en el artículo N° 2 del Código Procesal Penal Peruano en la cual estipula que los Fiscales, de oficio o a pedido del imputado y con su consentimiento, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal según los criterios señalados en el artículo N° 2 del Nuevo Código Procesal Peruano, En los siguientes casos:

a) Cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito, culposo o doloso, siempre que este último sea reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, y la pena resulte innecesaria.

b) Cuando se trate de delitos que no afecten gravemente el interés público, salvo cuando el extremo mínimo de la pena sea superior a los dos años de pena privativa de libertad, o hubieren sido cometidos por un funcionario público en ejercicio de su cargo.

c) Cuando conforme a las circunstancias del hecho y a las condiciones personales del denunciado, el Fiscal puede apreciar que concurren los supuestos atenuantes de los artículos 14, 15, 16, 18, 21, 22, 25 y 46 del Código Penal, y se advierta que no existe ningún interés público gravemente comprometido en su persecución. No será posible cuando se trate de un delito conminado con una sanción superior a cuatro años de pena privativa de libertad o cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo.

Dicho principio tiene sus limitaciones debido que no se puede aplicar para todos los delitos, que no afecten gravemente el interés público, cuando la pena privativa de la libertad no sea mayor de dos años, o cuando hubiera sido cometido por un Funcionario Público en el ejercicio de su cargo, por tales motivos no se podría aplicar a los delitos que



se encuentran contemplados en el título N° 18 (delitos contra la administración pública), capítulo N° 2 (delitos cometidos por Funcionarios Públicos) del Código Penal Peruano vigente.

En dicho capítulo N° 2, en el artículo 387 se encuentra estipulado el delito de peculado doloso y culposo, se configura peculado doloso, cuando 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, mientras que en el peculado culposo: si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos.

## **1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

¿Cómo modificar el artículo N° 2 sobre el principio de oportunidad para que sea aplicado a los Funcionarios Públicos en el delito de peculado culposo?

## **1.3.- HIPÓTESIS**

Modificar del artículo N° 2 en el Nuevo Código Procesal Penal incorporaría el Principio de Oportunidad para el delito de peculado culposo.

## **1.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN**

Proponer modificar el artículo N° 2 del Nuevo Código Procesal Peruano, incorporando el Principio de Oportunidad para los Funcionarios Públicos en el delito de Peculado Culposo.

### **1.4.1.- OBJETIVOS ESPECIFICOS**

Para alcanzar el objetivo de la investigación enunciado en el numeral anterior, secuencial y concatenadamente, se deben lograr los siguientes propósitos específicos:

- a) Diagnosticar el estado actual de principio de oportunidad en el delito de peculado culposo.
- b) Identificar los factores influyentes en el principio de oportunidad para el Funcionario Público.

- c) Modificar el artículo N° 2 del Nuevo Código Procesal Peruano para regular en delito de peculado culposo.
- d) Revisar los resultados que generará la modificación del artículo N° 2 del Nuevo Código Procesal Penal Peruano en el principio de oportunidad en el delito de peculado culposo.

## 1.5 JUSTIFICACIÓN

Este trabajo se realiza analizando desde el punto de vista dogmática penal, el principio de oportunidad el cual presenta un barrera procesal para aquellos Funcionarios Públicos condenados por el delito de peculado culposo, del cual es muy difícil su probanza pues cae en el plano subjetivo siendo este prescrito en nuestra sistema jurídico penal, cabe señalar que es importante ponderar los principios que regulan nuestro nuevo sistema penal acusatorio, principios q deben regir su actividad siendo q el nuevo reglamento sobre el principio de oportunidad debiendo tenerse en cuenta que el delito de peculado culposo es un delito cuya pena máxima no supera los dos años, es considerado un delito leve (bagatela) y además no emplea el dolo sino la figura jurídica de la culpa, además que lo planteamos desde el punto de vista que sólo se aplique en una sola ocasión.

- a) Esta investigación es *necesaria* para los Funcionarios Públicos los cuales no pueden llegar a participar en un Principio de Oportunidad ni por haber cometido un delito culposo de bagatela.
- b) Es también necesaria para los *responsables* los fiscales quienes se encargan del ejercicio de la acción penal y poder evitar la carga procesal en el delito de peculado culposo cometido por Funcionario Público.
- c) Es *conveniente*, indicar que en el Perú en nuestro artículo 2 del Nuevo Código Procesal los Funcionarios Públicos no se pueden avocar a participar de un principio de oportunidad por lo cual el Fiscal no se puede abstener de ejercitar la acción penal en delitos cometidos por Funcionarios Públicos.

## 1.6 ANTECEDENTES DE INVESTIGACIÓN

### 1.6.1 En el Mundo

### **1.6.1.1 El Salvador:**

**Según TRIGUEROS (2013)**, en su tesis titulada “Principio de Oportunidad en el Nuevo Sistema Penal Acusatorio” para optar el grado de licenciatura en ciencias jurídicas en la Universidad Nacional de el Salvador donde concluye lo siguiente:

La finalidad del principio de oportunidad consiste en la necesidad de solucionar, en una parte de la crisis del sistema penal, de la que se deriva la sobrecarga, congestión procesal y penitenciaria, como lo son: La descongestión de los tribunales, la cual se espera se alcance a través del principio de oportunidad, existen equivalentes funcionales.

Junto a la descriminalización propia del derecho penal material y de injustos no sancionables en tanto el principio de oportunidad se ha justificado dentro del marco de un cálculo de beneficios, han de cuestionarse críticamente los conceptos de “beneficios “y “prejuicios”. Según el punto de vista no se justifica desde una perspectiva político criminal y resulta insensato tomar en cuenta únicamente los aprovechamientos inmediatos que puedan hacerse (por ejemplo, el rompimiento de un grupo terrorista que pudiera producirse con la aplicación del principio de oportunidad y tener sólo eso en mente y no poner atención a los daños que es posible ocasionar a la administración de justicia).

Quien toma hechos delictivos graves solamente desde una perspectiva únicamente criminalística o de cálculo político, no daña únicamente a la justicia sino también a la confianza de la población en la uniformidad del derecho penal de una manera extraordinaria. Sin esta confianza, la administración de justicia penal podría no sobrevivir. Toda vez que un derecho procesal penal admita casos que se resolverán desde la perspectiva de la oportunidad, todo dependerá, para la constitucionalidad del proceso, de que estos casos sean correctamente precisados.

**Según SALINAS (2014)**, en su tesis titulada “El Peculado culposo: Bien Jurídico afectado, principio de legalidad, tutela judicial efectiva y seguridad jurídica” para optar el título de magister en Derecho Penal y Criminología en la Universidad Regional Autónoma de los Andes donde concluye lo siguiente:

El peculado es un delito que consiste en la apropiación de bienes, dineros del estado u otros del Estado que fueron encomendados a los funcionarios públicos para su buen uso y custodia.

En el Código Orgánico Integral Penal no consta el peculado culposo, haciendo que los funcionarios públicos que caen en este delito de corrupción queden en la impunidad por falta de los principios de Legalidad y Tipicidad.

**Según Bejarano & Castro (2011)**, en su tesis titulada “Principio de Oportunidad respecto del Derecho Comparado” para optar el título de especialista en derecho Penal Obligatorio en la Universidad de Medellín donde concluye lo siguiente:

Se realizó un estudio de tipo cualitativo respecto de lo reglamentado jurídicamente en otros países, dentro de los cuales podemos observar la presencia de los países de Argentina, Colombia Alemania y el Perú, ello para llegar a comprender si la facultad que le compete al Fiscal, así como sus límites establecidos, en la aplicación del principio de oportunidad, cumplen con los estándares internacionales respecto de dicho principio.

Concluye que, respecto del principio estudiado, éste posee una característica eminentemente de tipo procesal en los países ya mencionados, es decir que su aplicación se van a llevar a cabo, dentro de las etapas del proceso pertenecientes a su respectivo país.

**Según Aristizabal (2012)**, en su tesis titulada “Alcance del principio de oportunidad en la nueva legislación procesal penal colombiana” para optar el título de abogado en la Universidad Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá donde concluye lo siguiente:

La discrecionalidad otorgada a la Fiscalía por la figura del Principio de Oportunidad, no es absoluta como en el derecho anglosajón que funciona en los países británicos y norteamericano, sino que es una discrecionalidad reglada.

Por una parte, su ejercicio está delimitado a las causales expresamente establecidas por la ley, y por la otra la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al Principio de Oportunidad a un caso concreto deberá someterse al control de legalidad respectivo dentro de los cinco días siguientes.

Debe anotarse que la figura del Principio de Oportunidad que ha sido introducida en el nuevo Código de Procedimiento Penal colombiano, no corresponde a una figura autónoma dentro del lenguaje procesalista. En

lugar de hablarse de un Principio de Oportunidad lo correcto sería referirse a la discrecionalidad para acusar que tendría el fiscal investigador en los sistemas procesales penales

### **1.6.2 Nacional**

**Según Capcha (2016)** en su tesis titulada “Aplicación del acuerdo reparatorio en el delito de peculado culposo en la fiscalía provincial corporativa especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Huancavelica-2014” para optar el título profesional de abogado en el Universidad Nacional de Huancavelica, donde concluye lo siguiente:

Con la aplicación del Acuerdo Reparatorio en el delito de Peculado Culposo en la Fiscalía Provincial Corporativa Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Huancavelica, durante el año 2014, se evita procesos innecesarios ante la Corte Superior de Justicia.

Conforme se tiene los resultados obtenidos en la presente investigación, el 88.9% de los Fiscales de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Huancavelica, consideran que es pertinente la aplicación del Acuerdo Reparatorio en caso de delito de peculado culposo, durante el año 2014. En ese sentido, se deduce que el criterio de los Fiscales nos proporciona un dato significativo para evitar que los casos de mínima culpabilidad lleguen a instancia judicial.

En la aplicación del acuerdo reparatorio en el delito de peculado culposo el criterio que debe primar es la de Economía Procesal, el cual evitará llegar a instancia Judicial, por ende no habría la necesidad de tener que acudir directamente al juicio ordinario ya que la aplicación del Acuerdo Reparatorio es una alternativa que permite controlar los costos de administración de nuestro sistema judicial

Se tiene que todo delito cometido por Funcionarios Públicos es considerado como hecho relevante, sin embargo, la investigación del delito de peculado culposo por su carácter bagatela (Mínima culpabilidad) al ser investigados ocasiona la acumulación de otros casos de trascendencia jurídica, económica y social por lo que amerita ser resuelto aplicando el Acuerdo Reparatorio, por cuanto éste instituto jurídico procesal tiene efectos estratégicos, como el descongestionamiento del trabajo Fiscal. Por otro lado,

existen en la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Huancavelica, casos complejos por decirlo, mediáticos, que tienen que ser investigadas y acusadas con mayor celeridad.

**Según LICAPA (2018)** En su tesis titulada “Indebida tipificación del delito de peculado culposo, quedando impune el delito de hurto agravado, ministerio Publico Huancavelica – 2016”, para optar el título profesional de abogado en la Universidad Nacional de Huancavelica, donde concluye lo siguiente:

Se logró identificar que los Fiscales no vienen aplicando correctamente la tipificación del delito de Peculado culposo, cuando por los mismos hechos fueron archivados por el delito de Hurto agravado, incurriendo así ante una indebida tipificación del delito de peculado culposo, quedando impune el castigo a los verdaderos responsables que cometieron el delito de hurto agravado en instituciones públicas en el Distrito Fiscal de Huancavelica en el año 2016 tal como se aprecia en los datos obtenidos por medio de las encuestas aplicadas a los abogados litigantes

Del mismo modo se logró determinar que no es correcto que los Fiscales aperturen investigación a funcionarios o servidores públicos, cuando no fueron individualizados los verdaderos responsables de delitos de hurto agravado, tal como se aprecia en los resultados obtenidos.

Finalmente es realmente preocupante observar la existencia de impunidad en el delito de Hurto agravado cometido en instituciones públicas, luego de ser archivados por el Fiscal, por lo cual pierde credibilidad en sus escritos: los encuestados manifestaron que los delitos de hurto agravado son archivados. La falta de tipificación del delito de peculado culposo. Y finalmente la impunidad en los delitos de hurto agravado

**Según ELEMEDIANO (2017)** en su tesis titulada “El principio de oportunidad en los delitos culposos en el Distrito San Juan de Lurigancho 2015”, para optar el grado académico de maestro en derecho penal y procesal penal en la universidad Cesar Vallejo, donde concluye:

El Principio de Oportunidad es la facultad otorgada al Ministerio Público, específicamente al Fiscal como titular de la acción penal, de abstenerse al ejercicio que tiene, o en su caso, el de solicitar ante el órgano jurisdiccional competente, el sobreseimiento de la causa, todo ello, bajo determinados requisitos previstos por la ley. Nuestro sistema jurídico acoge la figura de la oportunidad reglada, esta se caracteriza en que nos encontramos ante unos supuestos que deben ser observados por el fiscal en el caso para permitir la aplicación de este mecanismo. Ello quiere decir que el fiscal debe guiarse por lo dispuesto por las leyes correspondientes, esto es, por los supuestos regulados en el Nuevo Código Procesal Penal.

El principio de oportunidad es la forma más rápida y sencilla de solucionar un conflicto de intereses. Mediante dicha forma de concluir una investigación, siempre que se haya resarcido el daño ocasionado, es decir que al pago del monto acordado el fiscal tendrá que abstenerse de realizar la facultad de desempeñar la acción penal que posee para proceder a la aplicación del principio de oportunidad.

El principio de oportunidad debe analizarse e interpretarse y ser aplicado aún en aquellos casos donde se tenga dudas respecto de su aplicación, ya que permitirá solucionar una disputa de intereses.

El principio de oportunidad es la mejor forma de evitar un proceso judicial en el cual se va invertir mucho tiempo y dinero. Además de no encontrar justicia inmediata.

En el caso de los delitos culposos como los de homicidio y lesiones, la aplicación de este principio constituiría una suerte de abstención de parte de aquellos denunciados, ya que el principio de oportunidad se aplica en ocasiones en que este denunciado, no posee antecedentes penales.

**Según BAZAN (2013)** en su tesis titulada “Principio de Oportunidad aplicado por los operadores de justicia en las fiscalías provinciales penales corporativas de la provincia de Maynas distrito judicial de Loreto, octubre 2012 abril 2013” para optar el grado académico de magister en Derecho Penal, en la Universidad Nacional de la Amazonia Peruana, donde concluye lo siguiente:

Se efectuó la sistematización relacionada a los estudios previos sobre el principio de oportunidad, se fundamentó científica y, filosóficamente el principio de oportunidad.

En las Fiscalías Provinciales Penales Corporativas de la Provincia de Maynas del Distrito Judicial de Loreto de octubre de 2012 – abril de 2013, siempre se dieron casos de aplicación facultativa de principio de oportunidad.

En las Fiscalías Provinciales Penales Corporativas de la Provincia de Maynas del Distrito Judicial de Loreto de octubre de 2012 – abril de 2013, siempre se dieron casos de aplicación obligatoria del principio de oportunidad.

En las Fiscalías Provinciales Penales Corporativas de la Provincia de Maynas del Distrito Judicial de Loreto de octubre de 2012 – abril de 2013, siempre se cumplió el objetivo del principio de oportunidad.

**Según FIESTAS (2013)** en su tesis titulada “La aplicación del principio de oportunidad en la solución del conflicto, respecto a los delitos de omisión de asistencia familiar de padres a hijos, en la primera y segunda fiscalías provinciales penales del distrito de Trujillo” para optar el grado de maestra en derecho, en la Universidad Nacional de Trujillo, donde concluye lo siguiente:

El mecanismo de aplicación del principio de oportunidad influye de manera significativa y resulta de gran importancia en la solución de casos de delitos de omisión de asistencia familiar de padres a hijos, en la primera y segunda fiscalías provinciales de Trujillo 2008-2009, conforme se desprende de la presente investigación, pues la mayor parte de los casos, han sido resueltos por los sujetos de la relación procesal, sin poner en marcha el aparato judicial o dando por concluido el ya iniciado.

El 29.0% de los casos de delitos de omisión de asistencia familiar de padres a hijos, no se aplicaron el principio de oportunidad; donde hay porcentajes mínimos (0% y 6.5%) de fiscales y/o abogados que opinan que definitivamente no existe influencia del principio de oportunidad en la



solución del conflicto, y además no soluciona los delitos de omisión a la asistencia familiar de padres a hijos; luego ningún fiscal y/o abogado opina lo contrario respecto a que los imputados cumplan con el acuerdo del principio de oportunidad, además que opinan que los abogados, la parte agraviada y el imputado buscan solucionar el conflicto penal.

El 71.0% de los casos de delitos de omisión de asistencia familiar de padres a hijos, se aplicaron el principio de oportunidad; donde hay porcentajes muy altos (66.7% y 100.0%) de fiscales y/o abogados que opinan que definitivamente si existe influencia del principio de oportunidad en la solución del conflicto, y además si soluciona los delitos de omisión a la asistencia familiar de padres a hijos; luego fiscales y/o abogados opina que los imputados si cumplen con el acuerdo del principio de oportunidad, además que opinan que los abogados, la parte agraviada y el imputado si buscan solucionar el conflicto y la totalidad de los 82 fiscales conocen el trámite y conducción de la aplicación del principio de oportunidad.

### **1.6.3 LOCALES**

**Según MORENO (2013)** en su tesis titulada “La negociación en el Principio de Oportunidad en la Etapa Preliminar y Judicial del Nuevo Proceso Penal Peruano en el Distrito judicial de Lambayeque periodo 2012” para optar el título profesional de abogado, en la Universidad Señor de Sipan, donde concluye lo siguiente:

Se ha determinado que la causa principal que impide una correcta y exitosa aplicación del Principio de Oportunidad se debe a que los abogados de las partes procesales que no lo invocan frustrando la negociación por parte del fiscal y del imputado, por lo que se debe obtener el compromiso de los abogados defensores en la promoción de aplicación del principio de oportunidad en la Etapa Preliminar y judicial en los delitos permitidos en la ley, que hará posible la correcta aplicación del principio de oportunidad en un significativo porcentaje en la etapa de la investigación preliminar y judicial del Nuevo Proceso Penal Peruano en el distritito judicial de Lambayeque revertiendo la mala imagen del actual sistema de justicia y,

constituye un imperativo procedimental para contribuir con una adecuada administración de justicia, libre de sobrecarga, donde se respeten los plazos previstos, etc., lo que se reflejará en una menor población penitenciaria, ello con la finalidad de alcanzar la tan soñada paz social en nuestro país. Tal como está regulado el principio de oportunidad si puede ejercitarse en los supuestos previstos taxativamente en la ley.

**Según SAYAVERDE (2014)** en su tesis titulada “Alcances del Principio de Oportunidad y su inadecuada aplicación en las fiscalías Provinciales de Chiclayo” para optar el título profesional de abogado, en la Universidad Señor de Sipán, donde concluye lo siguiente:

Se contrasta la hipótesis general planteada para el trabajo de investigación de la misma que está encabezada por el siguiente enunciado: “La aplicación del principio de Oportunidad actualmente se ve afectada por la existencia de empirismos Normativos y Discrepancias teóricas que indican directamente en una inadecuada aplicación en las Fiscalías Provinciales Penales; no estar acorde con la realidad social, y su incidencia se ve en la inseguridad ciudadana y desconfianza de la ciudadanía en las instituciones encargadas de la administración de justicia”.

Primeramente arribamos a la siguiente conclusión: que con la primera parte de la hipótesis hacemos mención a los empirismos normativos respecto de la figura procesal “ Principio de Oportunidad” , tomando como referencia a su regulación tanto en el Código Procesal Penal, como en la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 1470 – 2005 MP- FN, de lo cual según los resultados extraídos del instrumento de recolección de datos definimos que un 60 % de responsables, así como un 55 % de comunidad jurídica, sostienen que los motivos que justifican la aplicación del principio de oportunidad vertidos de estas dos normas, no son importantes, en razón a que solo cumplen para ciertos casos y ocasiones, además porque no son suficientes.

En la segunda parte de la hipótesis global podemos señalar que se hace referencias a las discrepancias teóricas, y que son los acuerdos y

desacuerdos que la doctrina a través de sus trabajos de investigación han expresado respecto del Principio de Oportunidad, habiendo comprobado, que un 55 % de encuestados considera la preexistencia de Discrepancias respecto de los preceptos básicos que justifican y condicionan al Principio de Oportunidad y su consideración en los cuerpos normativos penales.

Se contrasta y respalda que el planteamiento de hipótesis de investigación, en razón a que se ha demostrado la existencia de empirismos normativos y discrepancias teóricas tanto en los responsables como en la comunidad jurídica respecto de la regulación y aplicación del principio de oportunidad en las fiscalías provinciales de Chiclayo, explicada por distintas razones.

Finalmente, sostenemos que la efectiva y adecuada aplicación del Principio de Oportunidad en las fiscalías de Chiclayo se ve principalmente afectada debido a que en el art. N° 2 del Nuevo Código Procesal Penal, así como la resolución de la Fiscalía de la nación N° 1470 - 2005 MP – FN no han establecido con claridad los alcances, efectos y fundamentos Instituto Procesal en estudio.

**Según MENACHO (2012)** en su tesis titulada “La aplicación del Principio de Oportunidad en el Nuevo Código procesal Penal desde el año 2009 en la fiscalía Provincial Mixta Corporativa de la Victoria” para optar el título profesional de abogado, en la Universidad Señor de Sipan, donde concluye lo siguiente:

La aplicación del principio de Oportunidad en el Nuevo Código Procesal Penal desde el año 2009 en la Fiscalía Provincial Mixta Corporativa de la Victoria se ve afectada empirismos normativos e incumplimientos, que están relacionados casualmente por el hecho de que los fiscales y abogados no aplican las disposiciones normativas como el Art. 2 del Nuevo Código Procesal Penal, circular N° 006-95-MP-FN, Resolución N° 200 -2011 – CT – MP Y Resolución N° 1470-05-MP-FN; o porque no se han considerado algunos conceptos básicos ( principios, garantías, teorías, doctrina) que orientan al derecho procesal penal; o por no haberse tenido en

cuenta a la legislación comparada de España, Colombia entre otras y mucho menos la jurisprudencia a nivel nacional.

**Según VERA (2012)** en su tesis titulada “La aplicación Del Principio de Oportunidad en los delitos de conducción en estado de ebriedad” para optar el título profesional de abogado, en la Universidad Señor de Sipan, donde concluye lo siguiente:

El resultado de la contratación de la Hipótesis Global nos da base o fundamento para formularla conclusión general mediante el siguiente enunciado:

La aplicación del Principio de Oportunidad en los delitos de conducción en estado de ebriedad en el Distrito Judicial de Lambayeque, resulto como consecuencia de los empirismos normativos, que están causalmente y se explican por el hecho que no han sido considerados en la elaboración de la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 1470-2005- MP- FN, algunos planteamientos teóricos, especialmente algunos conceptos básicos ( trabajos de investigación y estadística sobre índice de mortandad por causa de conducir en estado de ebriedad); o, porque no se tuvo en cuenta algunas de las Normas del Código Penal ( Art. 111 y 124).

## **1.7 MARCO TEORICO**

### **1.7.1 PLANTEAMIENTOSTEÓRICOS.**

#### **1.7.1.1 ASPECTOS PRELIMINARES**

Según PEÑA (2013) respecto al DERECHO PROCESAL PENAL, indica lo siguiente:

Consideraciones de orden material y jurídico – procesal abogan por una redefinición de las estructuras de la Justicia Penal, cuya rigidez y excesiva formalidad no ha permitido, en todo este tiempo, procurar por una mejor administración de justicia, más ágil y eficaz en la sustentación de las causas penales, que pueda dar una respuesta fundada en Derecho en un plazo razonable, a efectos de derimir el objeto de controversia, contenido en el proceso penal.

La visión de una Justicia Penal ciegamente dirigida por las teorías retributivas de la pena, anclada en un escrito estricto principio de legalidad, importa en realidad un plenasmo, un despropósito absoluto, ante las innegables deficiencias, carencias del sistema de justicia en su conjunto. En países como el nuestro, donde la criminalidad crece de forma incesante, producto de una serie de factores, por lo que pretender procesar todos los hechos punibles que acaecen en sociedad, constituye todo un despropósito.

La sobrecarga de los Tribunales de Justicia, lo único que ha provocado en estos últimos años, es dilación procesal e impunidad, pues los procesos duran tiempos infinitos, y al final de cuentas, los verdaderos culpables se sustraen del ámbito de punición, a partir de la tramitación de una serie de articulaciones legales, con la siguiente pérdida de credibilidad “social”, hacia la administración de justicia y la defraudación expectativa de la víctima.

Una visión anacrónica de la Justicia Penal, que se alimenta y retroalimenta con sus propios tentáculos y, con la anuencia de sus actores. Son muchos los que prefieren mantener el estatus, a fin de no perder sus huestes, mientras que otros purgan, luchan y reclaman por una renovación total. Una reforma que gira del principio inquisitivo al acusatorio, la sustitución de prácticas estatales policíacas por actuaciones jurisdiccionales democráticas, de ejercer un viraje de 180°, a efectos de reconducir el proceso penal a las garantías materiales y procesales, comprendidas en la Ley Fundamental y en los Convenios y Tratados Internacionales sobre la materia, suscritos por el Estado Peruano.

Sostuvimos que la reforma del sistema penal, parte de criterios materiales, de contenidos específicos del injusto penal, que precisamente dan cabida a la conformación de instituciones jurídico – procesales, que apuntan a un norte común: la reducción de violencia estatal a límites tolerables, no sólo por razones de justicia, sino también por razones pragmáticas. No cabe concebir a una Justicia Penal, dirigida escuetamente como un resorte punitivo, como el brazo de la Ley, que solo se dirige a imponer penas a los infractores de la Ley Penal; desencadenada de un sistema hipertrofiado, carente de una respuesta pronta y ajustada a Derecho.

Que duda cabe, que un Estado Social y Democrático de Derecho requiere de una ajuste permanente de la política criminal de la articulación de programas asentados sobre la idea de la prevención, de la “reducción punitiva” y de la “descarga procesal”, la batalla es

por redefinir las bases de la Justicia Penal hacia cometidos sociales preventivos, dejando atrás la idea de una persecución oficial simplemente llevada a la punición para acercarse a los protagonistas del conflicto social generado por el delito, preponderando sus intereses con los de la sociedad. No olvidemos, que la persecución penal así, como sus mecanismos de coacción procesal, se legitiman en cuanto tutelan intereses jurídicos superiores y ese interés decaerá de forma significativa, cuando el contenido material del injusto sea mínimo, así como el grado de reproche individual.

Los factores anotados propician la aparición de una Justicia Penal, más llevada por el consenso, a la reparación, a la conciliación entre el agresor y la víctima, a la aparición de un órgano facilitador de dichos convenios (fiscal), a la reducción gradual de la carga procesal, a la prescindencia de pena en hechos de mínima y mediana gravedad antijurídica, evitando con ella las consecuencias nefastas de la prisión; generando a su vez, una mejor clasificación de las causales penales, optimización procesal y eficacia, pues los Tribunales solo procesaran aquellas causas, que por sus particulares características (materiales y probatorias), merecen ser tramitadas en el proceso ordinario, con el consiguiente ahorro de las fuerzas humanas así como una mayor depuración de la respuesta jurisdiccional.

Surgen de este modo, los criterios de oportunidad, como una vía de despenalización reglada por la Ley, que se funda básicamente en una posición preventiva de la Justicia Penal, arreglada a los fines esenciales de un Estado Social y Democrático de Derecho, que el legislador ha incluido en el artículo 2° del CPP de 1991, reiterado de forma mejorada en el Nuevo CPP.

PEÑA cita a Gimeno (2013), definiendo al principio de oportunidad como la facultad que al titular de la acción penal asiste, para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado. En nuestras propias palabras del autor, conceptuamos a los criterios de oportunidad, como aquella facultad discrecional “reglada”, que recae sobre el ámbito de competencia funcional del persecutor público, que supone el abstención del ejercicio de la acción penal, con anuencia del imputado, cuando por razón de contenido material del injusto o de la culpabilidad del autor, resulta aconsejable sustraer el hecho punible del resorte punitivo del Estado, tomando en consideración los fines preventivos de la pena, así como la economía procesal, en términos utilitarios.

PEÑA cita a Florián (2013), el ejercicio de la acción penal está inspirado en el principio de legalidad cuando ésta tiene que ser ejercitada por los órganos adecuados siempre que se haya cometido un delito, siempre que se den en los presupuestos necesarios para ellos, y sin atender para nada a la consideración de la utilidad que del mismo pueda derivarse. La contrapartida la forma el Principio de Oportunidad, según el cual para el ejercicio de la acción penal no basta que se den los presupuestos necesarios, sino que es preciso que los órganos competentes lo reputen conveniente, previa valoración del momento, de las circunstancias, etc.

Este segundo principio se basa PEÑA citando a Alcalá Zamora (2013) con lo siguiente: en una consideración utilitaria, y aun cuando representa la excepción, cuenta con algunas simpatías en el terreno doctrinal.

Se discute mucho en la doctrina, sobre la ausencia de correspondencia de los criterios de oportunidad con el principio de legalidad, hasta el punto de decir que existe una dicotomía entre ambos, PEÑA cita a Pedraz (2013) destacando lo siguiente: Su afirmada inconciliabilidad con el de legalidad aunque atemperada por la delimitación normativa de la oportunidad, que amen de su ocasional significado en vía agresiva de derechos de sujeto, es apreciable una falta de rigor técnico en la legislación actual, sus contenidos difusos, confusos, con frecuencia contradictorios y con lagunas a colmar, las simultaneidad de la vigencia de tal antinomia con el monopolio por el Estado de derecho de penar, su incidencia en el momento procesal que constituye “conditio sine qua non” de toda sentencia penal ( en el sistema acusatorio): al ejercer la acusación, en la fase cognitiva mediante la suspensión del pronunciamiento penal y en el periodo de ejecución de la pena (sustitución o suspensión de la misma); que en su uso en la práctica no reside solo en el juez o acusaciones (esencialmente MF), sino también oficiosamente, pero con notable frecuencia, en la policía judicial; que si bien pueda propiciar una politización de la justicia, también favorece una justicia material, con el necesitado contrapeso de la proporcionalidad.

Pueden surgir así una serie de objeciones, desde un punto de vista apegado de la legalidad, pero es tarea de la doctrina y del legislador, precisamente superar dichas alegaciones, a fin de legitimizar instituciones como la oportunidad, tan importante en tiempos azotados por una enorme delincuencia. La legalidad como se sostiene anteriormente no puede ser considerado como una vía firme e inmovible de la justicia,

sino desde parámetros de flexibilidad que apunten a criterios materiales, cuya garantía reside en la Ley, pues, los criterios de oportunidad constituyen una respuesta alternativa al procesamiento común y ordinario; como tal debe ser considerado como una vía reglada para la solución de los conflictos penales, siempre y cuando concurren los presupuestos establecidos en la ley, por eso se trata de una oportunidad “reglada” y no abierta, a efectos de evitar arbitrariedades e injusticias.

El Fiscal asume una posición protagónica, que podría decirse atañe en exclusiva al juzgador, mas no debemos olvidar que este no solo es un persecutor público, sino también el defensor de la legalidad y en ente titular de los derechos subjetivos amparados por el Derecho, por lo que en virtud de dicho mandato, tiene el deber de buscar fórmulas de consenso, que puedan evitar consecuencias jurídicas en realidad “inútiles”, la pena y un procesamiento largo y fatigoso; empero, esta discrecionalidad funcional no es libérrima, sino ajustada a ciertos aspectos, que deben verificarse, pues de no ser así, se quebraría si, la legalidad y los fines de Justicia Material, de reaccionar con una sanción punitiva cuando se ha cometido un acto constituido de una infracción criminal (principio de legalidad procesal).

Lo que se pretende, en todo caso, decir es que la Justicia Penal no puede ser considerada como un mausoleo rígido de actuación funcional, sino como una institución que puede ofrecer un abanico de respuestas, ante hechos que revelan aristas diferenciadas. El Derecho Penal de hoy necesita ajustarse mediante cometidos preventivos, que puedan reducir la violencia penal al máximo y, para ello debe instituirse una Justicia Penal capaz de canalizar dichos cometidos, sin que ello suponga una afectación a los principios de legalidad y de jurisdiccionalidad.

Consideramos, que este es el camino que ha seguido el legislador en el derecho positivo, determinando criterios de oportunidad “reglados”, bajo formulas muy precisas en su construcción, que inclusive son complementados como regulaciones de orden administrativo, como una excepción a la regla. Siendo así, pensamos que el binomio legalidad - oportunidad en nuestro derecho positivo vigente, tiene convivencia plena y armónica.

En cuanto a sus antecedentes, cabe precisar que en la década de los sesenta la Justicia Penal de los Estado Unidos fue objeto de una profunda reforma. El crecimiento



imparable de la criminalidad de bagatela, de decir, las altas tasas de criminalidad de la pequeña y mediana criminalidad, puso en cuestionamiento la efectiva funcionalidad del sistema tradicional. Diagnóstico poco favorable, que propició la remodelación de una Justicia Penal rígida e inflexible, por un modelo de Justicia Consensuado e integracionista, modelo puro de mediación – conciliación (Reconciliation Programs) o tal de Reparación (Restitución Programs), implican un cambio profundo en la tradicional distribución de roles entre el Tribunal y los implicados porque parten de la premisa de que el crimen deben concebirse como un conflicto interpersonal, una nueva distribución de roles que importa un acercamiento a las formas de conclusión anticipada en el proceso civil.

De esta forma, la Justicia Penal es flexibilizada por criterios de selección; es decir, aquellos injusto que implican un menor contenido antijurídico así como la culpabilidad mínima del autor, pueden ser sustraídos del ámbito punitivo, donde la solución del conflicto, que el delito exterioriza (resolverlo no significa exclusivamente castigar con una pena a la persona del culpable).

La conciliación de las partes implicadas en el mismo y la pacificación de las relaciones sociales generadas, propician un marco de integración social entre las partes del menor coste posible, donde el Estado no le queda otra alternativa que abdicar en sus funciones sancionatorias. De común idea con lo antes anotado, el Derecho Penal ocupa un lugar subsidiario y fragmentario, en los modelos de control social y de prevención social, esto es, el derecho punitivo debe de intervenir solo en los casos de extrema perturbación social, extender su intervención a focos tenues de conflictividad, no viabiliza formas pacíficas de solución al conflicto social producido por el delito. p. 181-185

## **1.7.2 Proceso penal**

### **1.7.2.1 El concepto de proceso**

Según SAN MARTÍN (2001) respecto al DERECHO PROCESAL PENAL, indica lo siguiente:

El proceso es el fenómeno jurídico mediante el cual, los sujetos habilitados para ello, determinan la aplicación del Derecho sustantivo en situaciones concretas en las cuales tal normatividad se ha postulado controvertida o inobservada, recurriendo a procedimientos de acreditación y alegación con miras a la decisión que, de modo vinculante, dictará el órgano jurisdiccional.

Es el modo legalmente regulado de realización de la administración de justicia, que se compone de actos que se caracterizan por su tendencia hacia la sentencia y a su ejecución, como concreción de la finalidad de realizar el Derecho penal material. p.21

### **1.7.2.2. La función del proceso**

Según SAN MARTÍN (2001) respecto al DERECHO PROCESAL PENAL, indica lo siguiente: “La función que cumple es la de restablecer el orden social y para la protección de un derecho que considera lesionado (o la aplicación de la ley penal sustantiva, en ejercicio de la potestad represiva del Estado)”p.21

### **1.7.2.3. Las partes en el proceso penal**

#### **1.7.2.3.1. Las partes acusadoras**

Para GIMENO (1989), refiere lo siguiente:

**a) El Ministerio Público:** El Ministerio Público es una parte necesaria en los juicios que se celebran por delitos públicos o semipúblicos (se persiguen de oficio por las autoridades) en los que haya existido denuncia del ofendido, no siendo necesaria su intervención en los delitos privados (sólo perseguibles a instancia de parte).

La primera y más importante de sus funciones es la promoción de justicia en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho, para esto requiere “la autonomía funcional y la imparcialidad suficiente que le permitan solicitar la desinteresada aplicación del Derecho Objetivo.

Entre otras, las funciones más destacadas del Ministerio Público son: Ejercitar la acción penal, independientemente de que exista acusador particular; también puede oponerse a la acción ejercitada por otros.

**b) La Policía:** La policía en sus relaciones con los órganos constitucionales de la justicia penal, normativamente depende de las órdenes, mandatos y directivas que le cursen el Poder Judicial y el Ministerio Público.

Respecto al Poder Judicial, el Art. 118º.9 de la Constitución Política del Perú. Prescribe que corresponde el Presidente de la República, cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los Órganos Jurisdiccionales.

En cuanto el Ministerio Público, el Art. 159. 4 de la Constitución Política del Perú. Le atribuye la conducción de la investigación del delito desde su inicio, así como a la

dirección funcional de la policía (STC; Exp. N° 005-200-AI/TC de 15 de noviembre del 2001 declaró que el Ministerio Público es el encargado de la conducción del proceso en la fase prejurisdiccional, y que la Policía Nacional desarrolló la función meramente ejecutiva y, por ende, subordinada funcionalmente, en lo que a la investigación del delito se refiere, al Ministerio Público).

**c) El Acusador Particular:** Es la parte acusadora necesaria en los procesos penales por hechos delictivos perseguibles sólo a instancia de parte, en los que queda excluida la intervención del Ministerio Público.

Es la persona, distinta al Ministerio Fiscal, que ejercita la acción penal como parte acusadora ante los hechos que revisten los caracteres de delito (delitos públicos, semipúblicos o privados) y generalmente representa los intereses de la víctima o del ofendido por el delito.

**d) El Actor Civil o Parte Civil:** Es aquella persona, que puede ser agraviada o sujeto pasivo del delito, es decir, quien directamente ha sufrido un daño criminal y, en efecto de él, el perjudicado, esto es, el sujeto pasivo del daño a indemnizar de por el titular del interés directa o inmediatamente lesionado por el delito, queridos expresamente en el proceso penal una pretensión patrimonial que trae a causa de la comisión del delito.

#### **1.7.2.3.2. Las partes acusadas**

**a) El imputado:** Esa parte pasiva que se ve sometido el proceso y se encuentra amenazado en su derecho a la libertad, o en el ejercicio o disfrute de otros derechos cuando la pena sea de naturaleza diferente, al atribuirse de la comisión de hechos delictivos por la posible imposición de una sanción penal en el momento de la sentencia.

Es el acusado en el proceso penal y es perseguido porque se le imputa la realización de unos hechos sancionables penalmente; si se ha adoptado contra el imputado algún tipo de medida cautelar, pasa a denominarse inculcado en el proceso penal.

Si tan sólo recaen sospechas sobre la persona a la que se considera responsable de un hecho punible, se la denomina sospechoso.

**b) El tercero civilmente responsable:** Es aquel que sin haber participado en la comisión del delito responde civilmente por el daño causado. Se nos precisa que esta responsabilidad requiere el cumplimiento de dos requisitos: a) el responsable directo

principal está una relación de dependencia; y, b) el acto generador de la responsabilidad haya sido cometido por el dependiente en el desempeño de sus obligaciones y servicios.

Responsable civil es la persona frente a la cual se dirige la acción o reclamación civil dentro del proceso penal, esto es, a quien se le reclama la reparación del daño o indemnización por los perjuicios derivados del delito.

**c) El abogado defensor:** Comprende la actividad procesal dirigida a hacer valer los derechos subjetivos y los demás intereses jurídicos del imputado y, en su caso, de las demás partes del proceso; se sustenta en el concepto de inviolabilidad de la defensa del juicio que establece la constitución. En un sentido estricto, es la actividad global y unitaria resultante del auto patrocinio de la parte, denominada defensa material, y del patrocinio del defensor, llamada defensa formal.p.65– 68

### **1.7.3 Concepto Principio de Oportunidad**

Según ORE (1996) indica lo siguiente:

Se puede conceptuar al principio de oportunidad como la facultad conferida al Ministerio Público de abstenerse del ejercicio de la acción penal, en los casos establecidos por la ley y, si ya se hubiera promovido, a solicitar el sobreseimiento cuando concurren los requisitos exigidos por la ley. p.82

Según CAFERRATAS (1998) indica que:

El principio de oportunidad es la atribución que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en razones diversas de política criminal y procesal, de no indicar la acción pública, o de suspender provisionalmente la acción indicada, o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva, o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aun cuando concurren las condiciones ordinarias para “perseguir y castigar”. p.38

Según MAIER (1996) indica que:

Explica que oportunidad significa, en este contexto, la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible o, inclusive, frente a la prueba más o menos completa de su perpetración, formal o informalmente, temporal o definitivamente,

condicionada o incondicionada, por motivos de utilidad social o razones político-criminales. p. 836

Según ANAYA (2004) respecto al Principio de Oportunidad expresa lo siguiente:

Aparece como una necesidad del orden político – criminal a efecto de superar problemas de congestión procesal y penitenciaria así como la evitación de procedimiento y sanciones, muchas de ellas tardías- innecesarias. El principio de oportunidad permite hacer una selección conductas que vía fórmulas de acuerdo o transacción penal, pueden llegar a culminar anticipadamente y en muchos casos, sin necesidad de haberse iniciado un proceso judicial; es decir, estando todavía nivel de la investigación preliminar a cargo de la Autoridad Fiscal. p.90

Según ARBULÚ (2004) respecto al Principio de Oportunidad expresa lo siguiente:

El principio de oportunidad es el anverso del principio de legalidad. La Constitución Política del Estado confiere, al Ministerio Público, el monopolio de ejercer la acción penal y de preservarla legalidad, pero frente a determinados supuestos, puede abstenerse de ejercitar la acción en aras de la solución del conflicto provocado a partir de la transgresión de una norma penal. El CPP regula esta institución en el artículo segundo, señalando los supuestos y procedimiento. p.266

#### **1.7.4 NATURALEZA JURÍDICA DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD**

Según PEÑA (2013) respecto a la NATURALEZA JURIDICA DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD, indica lo siguiente:

PEÑA cita a Montero (2013), el principio de oportunidad parte de reconocer la autonomía de voluntad y los derechos privados subjetivos, de forma que si algunos de los mimos desaparece, el principio carece de razón de existir al haberme anulado la distinción entre intereses colectivos y privados. La persecución penal viene argumentada por un interés público. Pero cuando el titular del bien jurídico vulnerado concilia con el agresor en términos reparatorios, el derecho privado colmado significa la ausencia de interés social en el castigo.

En cuanto a su naturaleza jurídica refiere, la doctrina asume una doble comprensión normativa: a.- En sentido estrictamente procesal, como criterios que permiten funcionalizar la administración de Justicia Penal, descargando la carga procesal y edificando un modelo

procesal constitucional que se enmarca en un debido proceso sin dilaciones indebidas y con celeridad procesal. b.- En un sentido argumentativo más laxo, abarcando instrumentos de Derecho Procesal y del Derecho Material, su aplicación tiene incidencia directa con el legislador bajo consideraciones netamente político – criminales utilitaristas puede también descriminalizarlas, evitando la imposición de una pena cuanto a criterio del Fiscal, el hecho punible o el autor se encuadran dentro del ámbito legal que regula su aplicación. La abstención de su ejercicio significa sustraer de la jurisdicción penal determinados hechos punibles en razón del injusto o de la culpabilidad. p.188

### **1.7.5 Definición Principio de oportunidad**

A decir de TORRES (1991) respecto a la DEFINICION DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD, expresa lo siguiente:

El principio de legalidad procesal o de obligatoriedad es esa regla general de la mayoría de sistemas procesales. Obligando al representante del ministerio público ejercitar acción penal siempre que tenga conocimiento de la existencia de un delito y existan mínimos fundamentos racionales de su comisión. Hay que evidenciar la compatibilidad éste principio con los criterios retribución está de la pena. Para las teorías absolutas de la pena la persecución del delito tiene el carácter de necesario. Pero, tales criterios de "justificación" de la pena han sido remplazados por criterios de utilidad orientada a partir de las teorías relativas de la pena. Sin embargo, paralelamente y como excepción puntual a su ejercicio comándale en determinados supuestos taxativamente reconocidos faculta al fiscal a abstenerse de promover la acción penal o a provocar el sobreseimiento de la causa si el proceso ya sellado instaurado.

Los principios de legalidad y de oportunidad, como se ha dicho nos indican en qué condiciones del ejercitarse y distinguir ser acción penal o, lo que es lo mismo, cuándo y cómo debe incoarse y finalizar el proceso penal.

Por el principio oportunidad se establece criterios de selectividad en la persecución penal. La ley determina los casos concretos en los cuales una persona sometida a una pena o viceversa y no la decisión particular de los órganos de la persecución penal. Por el principio oportunidad, se confiere al titular de la acción penal la facultad de disponer bajo

determinadas condiciones, de su ejercicio, con independencia de que se haya acreditado la existencia del hecho punible y la responsabilidad del autor.

TORRES cita a Roxin (1989) definiendo el principio de oportunidad: como aquél mediante el cual se autoriza al fiscal a votar entre elevar la acción o abstenerse de hacerlo es archivando el proceso cuando las investigaciones llevadas a cabo conduzcan a la conclusión de que el acusado con gran probabilidad, ha cometido un delito.

Según CARLOS ALBERTO TORRES CARO: es un postulado rector que se contrapone excepcionalmente al principio de legalidad procesal, corrigiendo su exceso disfuncional, con el objeto de conseguir una mejor calidad de justicia, facultando al fiscal, titular de la acción penal, decidir sobre la pertinencia de no dar inicio a la actividad jurisdiccional penal, independientemente de estar ante un hechos delictuosos coautor determinado, concluyéndola por acto distinto al de una sentencia y teniendo como sustento de su conclusión los criterios de falta de necesidad de la pena un falta de merecimiento de la misma, todo ello amparado en la necesidad de solucionar, en parte, a un grave problema de la sobrecarga y congestión procesal y penitenciaria, y, asimismo, promover bajo formas novedosas y premisas propias del derecho conciliatorio del derecho penal no sólo llegue a sus destinatarios, sino que sea con mayor justicia para la víctima. p.16

## **Comentario de los autores**

Concordamos con lo dicho por Torres Caro, cuando señala que el Principio de Oportunidad tiene como objeto conseguir una mejor calidad de justicia, facultando al fiscal, decidir sobre la pertinencia de no dar inicio a la actividad jurisdiccional penal. Dándole aquella facultad al Ministerio Público, como titular de la acción penal. Atendiendo de una manera; la necesidad de solucionar, aunque no de manera total, la crisis del sistema en los puntos graves como el problema de la sobrecarga y congestión procesal y penitenciaria que tiene nuestro País.

### **1.7.6 Fundamento**

Según Torres Caro (1991) indica lo siguiente:

La gran mayoría de autores señalan el principio de oportunidad se orienta hacia una política de desprocesamiento, evitando que delitos de poca gravedad, impacto social y de penalidad, sea objeto de proceso.

En la doctrina se han elaborado una serie de argumentos entre los cuales tenemos:

a) Escasa relevancia de infracción lo que distorsiona la condición de " última ratio" del derecho penal.

b) Evitar los efectos crimen o ajenos de las penas cortas privativas de libertad, sobre todo para aquellas personas que nunca han delinquido y para evitar el contagio criminal que la cárcel suele producir.

c) Atender a razones de economía procesal y a la falta de interés público en la punición.

d) Obtener la rehabilitación del delincuente mediante su sometimiento voluntario a un procedimiento de readaptación, a cuyo cumplimiento efectivo queda condicionado el sobreseimiento por razones de oportunidad.

e) Estimular la pronta reparación del daño. Constituye otro de los objetivos de la transacción penal, si bien el criterio suele ir acompañado de otros, tales como la renuencia del imputado al cuerpo del delito, el pago al Estado de los beneficios obtenidos mediante la infracción, la edad avanzada o el estado de enfermedad del inculcado.



f) Prevención especial, ya que el imputado sea acoja a éste principio, se entiende que no volverá a incurrir en infracción penal, por esto quizá sea oportuno incidir en la obligatoriedad de la inserción del delincuente como una forma de reparar el daño causado, sobre todo cuando el agraviado es el Estado.

g) Correctivo a la disfuncionalidad e ineficacia del sistema penal, permitiendo que el derecho penal de a sus destinatarios y que se trate con mayor justicia a la víctima.

h) Evitar un doble penal para el causante del delito, puesto que la pena a imponérsele sólo acrecentaría el propio daño inferido, esta falta de necesidad de la pena porque la gente ha sido afectada grave y directamente por las consecuencias de su propio delito. p. 18-19

Como lo señala CALDERÓN (2001), en el Perú se optó éste principio dentro del contexto de una política legislativa destinada a:

- a) Obtener un tratamiento rápido y simplificado de las infecciones leves.
- b) Agilizar la justicia penal ante un grave congestionamiento de los asuntos penales.
- c) La necesidad de que los órganos de persecución penal concentren su atención hechos punibles graves o complejos. p.76

### **1.7.7 Justificación**

SAN MARTÍN (2014) cita a GOSSEL indicando lo siguiente:

El principio de Oportunidad, enfatiza GOSSEL, surgió históricamente ante la imposibilidad de perseguir todos los hechos delictivos, lo que provocaría el colapso de la administración de justicia penal o, en todo caso, la imposibilidad de perseguir la gran criminalidad, por lo que tiene una función supletoria de las deficiencias que se observaron, la cual por cierto marca los límites de su operatividad: la pequeña y mediana criminalidad.

Desde esta perspectiva, en segundo lugar, es el caso de que la Ley establezca cuales son los supuestos rigurosamente consignados, en los que es posible la abstención del Ministerio Público. En puridad, siguiendo a GOMEZ COLOMER, se deben invocar razones de prevención general y especial, ligadas con la necesidad y conveniencia del castigo penal en el caso concreto, para disminuir la intensidad formal del principio de legalidad. La ley debe fijar las causales de procedencia de la oportunidad, pero

obedeciendo a un criterio axiológico que las haga prevalecer sobre el eventual beneficio del castigo del hecho concreto.

Por otro lado, en tercer lugar, aun cuando la ley prefigure del modo más riguroso los criterios de oportunidad, el operador jurídico, en este caso el Fiscal, y en su momento el Juez debe tener en consideración el principio de proporcionalidad, en cuanto criterio corrector en el caso concreto con miras al logro de la Constitución, y más claramente, en la realización de principio de igualdad, que es el que más sinceramente puede dañarse con la aplicación de la Oportunidad. Señala ERNESTO PEDRAZ PENALVA que los criterios de oportunidad, en su aplicación al caso concreto: a) no han de ser contrarios a los bienes constitucionalmente protegidos; b) tampoco han de serlo los medios utilizados, que aun siendo aptos para la consecución del fin propuesto en la norma, tiene que ser necesarios, en el sentido que no pueda alcanzarse idéntico resultado con otros menos gravosos, y c) en cuanto a las cargas resultantes para cada afectado, estas deben estar en una razonable relación con los beneficios propios y los de la comunidad.

El Principio de Oportunidad, a final de cuentas, surge en primer término por la conjunción del incremento de la criminalidad y la incapacidad del aparato judicial para cumplir con el principio de legalidad. Este argumento explica ARMENTA DEU, se completa con la alegación de diversas ventajas que atienden: a razones de interés social o utilidad pública; a contribuir a la consecución de la justicia material por encima de lo formal, a favorecer el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; y a constituir el único el único instrumento que permite un trato diferenciado entre los hechos punibles que deben ser perseguidos y aquellos otros en los que la pena carece de significación.

Cabe prevenir que esos criterios se admiten respecto a ilícitos cuya no persecución ni castigo resulta tolerable por las valoraciones sociales medias, y en la medida que no se conviertan en privilegios personales.

Tal vez una defensa excepcional al principio de oportunidad, sobre el que precisa que lo que está en juego con su admisión es la concepción que debe manejarse sobre el fundamento y fin de la pena , así como sobre cuáles son los fines que deben conseguirse con el proceso penal, es lo que hace LOPEZ BARJA DE QUIROGA, quien puntualiza que “el principio de oportunidad resulta justificado en razones de igualdad, pues corrige las desigualdades del proceso de selección, en razones de eficacia, dado que permite excluir

causas carentes de importancia que impiden que el sistema penal se ocupe de asuntos más graves, en razones derivadas de la actual concepción de la pena, ya que el principio de legalidad entendido en sentido estricto (excluyentes de oportunidad) solo se conjuga con una teoría retribucionista de la pena. Por el contrario, cuando la imposición de la pena se busca un fin distinto a la pura retribución, el principio de oportunidad surge como instrumento altamente preciso para a cabo tal misión, excluyendo la pena cuando por otras circunstancias sea perturbadora por la resocialización, o cuando o cuando por diversas circunstancias carece de sentido de imposición. p. 287 – 289

### **1.7.8 Objeto:**

ORÉ (1996) indica lo siguiente:

El objeto del principio de oportunidad para la mayoría de autores consiste en corregir la disfuncionalidad del principio de legalidad procesal, dando así y creando una mejor calidad de justicia a las partes. Éste principio faculta al titular del acción penal en este caso fiscal, a decir sobres si se inicia o no la actividad judicial al penal, independientemente de estar ante un hechos delictuosos como autor determinado, concluyendo la por acto distinto al de una sentencia y teniendo como sustento de su conclusión los criterios de falta de necesidad de la pena o falta de merecimiento de la misma. p.34

### **Comentario de los autores**

Como resultado de la buena aplicación del Principio de Oportunidad, es la eficiencia del Sistema. La aplicación del Principio de Oportunidad debe permitir reducir la sobre carga laboral en instancia jurisdiccional dejando que el órgano judicial conozca conductas delictuosas graves donde resulte necesario hacer uso de las medidas coercitivas facultadas por ley, así mismo esto evitará el crecimiento, congestión de la carga procesal y penitenciaria.

### **1.7.9 VENTAJAS DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD**

Según PEÑA (2013) respecto a las VENTAJAS DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD, indica lo siguiente:

- La descarga de una administración de justicia que se ve congestionada con el inmenso número de causas penales que ameritan su avocamiento. Ante dicho estado

situacional, la solución se orienta a aumentar los medios materiales y humanos al servicio de aquella y seleccionar las causas que deberían ser objeto de persecución y sanción en base a diversos criterios.

La primera significa la sujeción estricta al principio de legalidad, y, la sentencia confiere poderes discrecionales al Fiscal para que con o sin control judicial se abstenga de la persecución de aquellos hechos punibles, que en virtud de predefinición de aquellos, que en virtud de su predefinición legal sean considerados de escasa lesividad o de mínima reprobación social.

- Se asume una posición utilitarista, de economía procesal y material, tal vez ajenos a los intereses públicos que tutelen las normas jurídico – penales. Estos fines engloban una falta de interés público en la persecución y sanción, la protección inmediata a los intereses indemnizadores de la víctima y evitar los efectos eminentemente nocivos, de las cortas penas privativas de libertad, favorecimiento la readaptación del autor, mediante su cometimiento voluntario a un procedimiento de readaptación.

- Contribuir a la funcionalización de la justicia material, prescindiendo de las formalidades procesales, las conflictividades sociales en algunos casos particularizados merecen un tratamiento punitivo diferenciados, más orientado a la integración que a una realización de la justicia en términos formalistas.

- Permite una selectividad punitiva desde la praxis judicial que se configura como un tratamiento diferenciado entre aquellos hechos punibles que deben ser alcanzados con una pena de aquellos que deben ser sustraídos de la justicia material, apartándose de criterios paleo – represivos: “con un mínimo interés social y en los que la pena carezca de significación”; naturaleza mínima de la infracción, reproche escaso de culpabilidad, actuación delictiva insignificante, en cada entidad lesiva, hechos en los cuales decae fuertemente tanto el merecimiento como la necesidad de pena.

- Relacionado con el autor del hecho (agente primario, adolescente, senil), promueve un viraje positivo de conductivismo, tras una infracción menor, siendo de conveniencia la sustitución de una pena por una medida de contenido readaptara, promoviendo la regresión de la conducta antijurídica, mediante el compromiso social y jurídico que asume el imputado.

- Promueve y permite la integración social vía términos de reparación, luego de a la conformidad del imputado por el hecho punible imputado, se establece como presupuesto indispensable que el agente restituya el bien lesionado o indemnice en términos dinerarios a la víctima. El cambio de paradigma reside en la integración social posibilitada por la conciliación de víctima – victimario a través de una justicia consensuada.

- Toma en referencia las relaciones de parentesco, vinculas legales entre víctima – victimario, acusación sin sentido en tanto los efectos nocivos se extienden en la circularidad personal del autor, aplicación de una pena significaría aumentar un sufrimiento innecesario al causado por el delito, se prescinde de una sobrecriminalización, a todas luces innecesaria e inconveniente.

- Su ámbito de aplicación se circunscribe a los delitos de bagatela (pequeña y mediana criminalidad), es la que acontece con mayor habitualidad, pero produce una menor reprobabilidad ético social en razón de su mínima dosis aflictiva. Armenta Deu, se refiero a ellos, como hechos contemplados en las leyes penales, cuya reprochabilidad escasa y cuyo bien jurídico protegido se considera de menor relevancia.

- Como anota Conde Pumpido Ferreiro, basado en el interés general del Estado, bien para promover el respeto por la ley, bien para el sentido de la pena. La pena en sentido social a través de la integración y la prescindencia de la pena como coacción estatal pública. p. 189-190

#### **1.7.10 Formas de manifestación**

ORÉ (1996) expresa lo siguiente:

##### **1.7.10.1 Principio de oportunidad extra proceso (antes del proceso)**

Equivale a la extensión de la acción penal y se opone al principio de inevitabilidad de la acción penal. Esto se verifica en etapa fiscal, requiriendo sede un supuesto previsto la ley, documentación sustento autor ya suficiente, causa probable de diputación, consentimiento expreso del imputado y, en su caso, la reparación del daño causado que ha de estar sustentada en un acuerdo o disposición de la autoridad en este sentido. La extensión de ejercitar acción penal se resuelve por medio de un auto fiscal. Sin embargo, uno de los requisitos para la aplicación del principio de oportunidad es que se llegue a un acuerdo (transacción) con el agraviado, que puede ser deducida como excepción de transacción en un eventual proceso por responsabilidad extra contractual.

### **1.7.10.2 Principio de oportunidad intra proceso (durante el proceso)**

Se verifica en etapa judicial, requiriendo sede un supuesto previsto la ley, el expediente penal con realidad del delito y vinculación del autor, la solicitud del imputado y/o el dictamen del fiscal proponiendo juez la aplicación del referido principio y, en su caso, la reparación del daño causado que al estar sustentada en un acuerdo o disposición de la autoridad en este sentido.

Como se nos señala el fiscal podrá solicitar al juez de la causa, en cualquier estado del proceso, emita auto de sobreseimiento, en aplicación del principio de oportunidad. La norma no prohíbe al imputado solicitar la aplicación de dicho principio. p. 34

### **1.7.11 EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD, EN EL NUEVO MODELO INTEGRADOR DE JUSTICIA PENAL**

Según PEÑA (2007) indica lo siguiente:

La imagen clásica de la justicia penal se caracteriza plenamente con una orientación retributiva de pena, esto es, la estabilización del sistema social viene condicionada por el castigo que recae sobre la persona del culpable.

En efecto, el modelo de Justicia Clásico apunta a un carácter retributivo de la sanción punitiva, donde el infractor es un centro psicofísico, un instrumento estabilizador del sistema social alterado por la producción del conflicto social. Bajo este paradigma de justicia, no puede haber delito sin sanción, puesto que el orden social se encuentra en riesgo, donde la pena y la efectiva persecución del culpable es una función ineludible del Estado, como única garantía de fomentar el orden social y de preservar la eficacia del ordenamiento jurídico. Un sistema de Justicia así concebido se sostiene en el principio de legalidad procesal.

El principio de legalidad procesal, quiere decir, que la represión del delito es una actividad obligatoria de los órganos predispuestos, que no puede ser inclinada bajo ningún punto de vista, no pueden aplicarse criterios de clasificación, puesto que la función persecutoria se deriva de un deber que emana del poder soberano del Estado, en concreto, el poder penal estatal, que es confiado a los órganos de justicia, para una efectiva realización de la Justicia de imponer una pena a todos aquellos que han quebrantado el contrato social. Una justicia criminal así concebida ha demostrado con creces que no está en posibilidad de ofrecer respuestas reales y efectivas al problema delictivo, es decir, una

represión sin distinción y sin tutela de las partes enfrentadas ( víctima – victimario), se convierte en una Justicia como acicate del poder punitivo estatal, únicamente orientado a imponer una pena a la persona culpable, como si la única finalidad de la Justicia Penal fuese la efectiva imposición de una pena sustentada en razones de Justicia. De esta forma, el conflicto social es sobredimensionado por las facultades persecutorias y sancionatorias del Estado, que se circunscribe a la privación del infractor de una serie de bienes jurídicos, marginando así, las legítimas expectativas de las partes confrontadas: la víctima y el imputado.

Empero, lo real y palmario, es que la justicia penal rígida estrictamente por el principio de legalidad procesal se encuentra hipertrofiada, se encuentra colapsada, en razón de la abundante carga procesal, del fenómeno de la normalización, de la neocriminalización, de la prisionización. Son en efecto, una serie de factores que propician lentitud e ineficacia de los Tribunales de Justicia encargados de impartir justicia en el ámbito criminal. Ante tal estado de cosas, el conflicto social no es resuelto de una forma impronta y pacífica, el imputado es privado de su libertad y recluido en una cárcel altamente contaminante, y la víctima, es objeto de una segunda victimización que difícilmente podrá ver satisfechas sus pretensiones reparatorias.

Es entonces una imagen anacrónica de una Justicia Penal incapaz de ofrecer respuestas pacíficas al conflicto social derivado del delito. Fueron éstas las causas que propiciaron todo un cambio de paradigma, desde una perspectiva desmitificadora de la justicia.

En la década de los sesenta la Justicia Penal de los Estado Unidos fue objeto de una profunda reforma, el crecimiento imparable de la criminalidad de bagatela, es decir, las altas tasas de criminalidad de la pequeña y mediana criminalidad, puso en cuestionamiento la efectiva funcionalidad del sistema tradicional. Diagnostico poco favorable, que propició la remodelación de una Justicia Penal rígida e inflexible, por un modelo de Justicia Consensuado e integracionista, modelo puro de mediación - conciliación o al de Reparación implican un cambio profundo en la tradicional distribución de roles entre el tribunal y los implicados porque parten de la premisa de que el crimen debe concebirse como un conflicto interpersonal, una nueva distribución de roles que importa un acercamiento a las formas de conclusión anticipada en el proceso civil. De esta forma, la justicia penal es flexibilizada por criterios de selección, es decir, aquellos injustos implican

un menos contenido antijurídico, así como por una culpabilidad mínima del autor, pueden ser sustraídos del ámbito punitivo, donde la solución del conflicto pasa por una integración de la víctima con el victimario.

Una respuesta cualitativamente satisfactoria al problema criminal, persigue la efectiva solución del conflicto, que el delito exterioriza (resolverlo no significa exclusivamente castigar con una pena a la persona del culpable). La conciliación de las partes implicadas en el mismo y la pacificación de las relaciones sociales generadas, propician un marco de integración social entre las partes al menor coste posible, donde al Estado no le queda otra alternativa que abdicar en sus funciones sancionatorias.

Tal como hemos preceptuado en líneas anteriores, el Derecho Penal ocupa un lugar subsidiario y fragmentario, en los modelos de control social y de prevención social, extender su intervención a focos tenues de conflictividad, no viabiliza formas pacíficas de solución al conflicto. En el marco del Estado Social de Derecho, no puede concebirse que a toda infracción normativa culpable deba sobrevenir una pena, de ahí la relevancia de ofrecer respuestas más racionales y menos aflitivas para los protagonistas del conflicto, promoviendo la integración social por la vía de reparación del daño. Buscar en las prohibiciones personales la solución al problema del crimen es una ingenuidad, antes que ello, debe buscarse una justa y eficaz política social.

El modelo integrador propone entonces un mayor acercamiento entre los protagonistas del conflicto, mediante fórmulas despenalizadoras que pretenden crear un verdadero marco de pacificación social: un modelo que se preocupa de la víctima es un convidado de piedra, que es rebasado en sus aspiraciones reparatorias por un poder penal estatal que solo le interesa la imposición de la sanción punitiva. Las primeras correcciones del rumbo, se dirigían a reclamar una mayor implicación en la víctima y a destacar la importancia de la indemnización de daños y perjuicios, el redescubrimiento de la víctima se conduce entonces por la vía de reparación que se gesta a partir de una Justicia Penal Consensuada. En efecto la Justicia Penal se reconduce por metas preventivas, dejando de lado las aspiraciones puramente vindicativas o represoras. Y no desde su “auctoritas”, sino a través del pacto, del consenso, del arreglo, de la composición: mediante la negociación del compromiso. Es bajo esta nueva orientación que se pretende estructurar una Justicia Penal más llevada al consenso, a la pacificación social y a la integración social de las partes confrontadas en el conflicto.



Este modelo de integración social ha sido recogida en nuestro derecho positivo por el denominado “Principio de Oportunidad”, criterios despenalizadores que han sido positivizados desde la entrada en vigencia del artículo 2 del Código Procesal de 1991, ratificados por los proyectos de 1995 y 1997, y, finalmente sancionados en el artículo 2 del Nuevo Código Procesal Penal del 2004. Al respecto habrá que relevar, que los criterios de oportunidad significan en realidad, una socialización de Justicia Penal, llevada a más por los criterios de selección. p. 152- 155

### **Comentario de los autores**

Concordamos en lo que dice Peña Cabrera Freyre, ya que el modelo integrador propone entonces un mayor acercamiento entre los protagonistas del conflicto; la víctima y el imputado, tratando de minimizar esa cultura revanchista. Mediante fórmulas despenalizadoras que pretenden crear un verdadero marco de pacificación social.

### **1.7.12 PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL DERECHO POSITIVO VIGENTE**

Según PEÑA (2007) respecto PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL DERECHO POSITIVO VIGENTE, indica lo siguiente:

Nuestro Sistema Procesal Penal se corresponde al modelo acusatorio-germánico, que contiene matices del modelo inquisitorial con marcadas tendencias acusatorias, En efecto, pareciese que en nuestro sistema procesal rige el principio de estricta legalidad (procesal), esto es, la persecución efectiva de todos los hechos punibles sin excepción, de conformidad con los principios de oficialidad y de obligatoriedad. Ni bien los órganos predispuestos toman conocimiento de la notitiacriminis, están en la obligación de activar el andamiaje persecutorio del Estado, de realizar una serie de actos investigatorios, y de denunciar formalmente el hecho sospechosamente punible antes los órganos jurisdiccionales, en sujeción al deber normado en la Constitución Política del Estado. Un modelo de justicia así definido representa fielmente a las teorías absolutas de la pena, es decir, a aquellas concepciones que atribuyen a la sanción punitiva únicamente fines retributivos, donde se parte de una dialéctica, donde la pena reafirma el orden social negado por la comisión del delito, Una concepción de pena llevada a la retribución es una orientación paleorepresiva

incompatible con los postulados ideológicos del estado social del Derecho que reafirma a la persona humana y a sus estructuras objetivas como el valor supremo del estado y de la sociedad, y su dignidad como un valor ético – jurídico de primer orden.

Un derecho Penal que aspira a ser realmente democrático, debe reconducirse sobre bases humanistas, en tal contexto, debe proponerse formulas en verdad pacificas al conflicto social. La realidad social grafica una cárcel únicamente desocializadora, incapaz de ofrecer al penado posibilidades de rehabilitación social, un sistema penitenciario colapsado por el sobrehacinamiento y la prisionizacion, que incuba en su seno de contagio criminal y la desintegración de los valores humanos. Ante este Estado de cosas, el Principio de Oportunidad permite al legislador programar criterios de selección adquieren gran relevancia, ante una sociedad altamente perturbada como el cumulo de hechos punibles y una Jurisdicción ineficaz para poder afrontar adecuadamente la sobrecarga procesal. Frente a ello, la afirmación del principio de legalidad, la selección es inevitable y la imposibilidad en la persecución igualitaria también, produciéndose, sin duda diversidad de intensidades en la reacción del Sistema Penal. La justicia penal debe operar sus filtros conforme a criterios de selección, que le permitan eficacia y soluciones pacíficas al conflicto social.

El principio de oportunidad se legitima entonces en los postulados sociales consagrados en la Constitución Política del Estado y en los fines de la penal, por lo cual, sus objeciones derivadas de un formalismo jurídico excesivo, tienen validez desde la teoría del Estado y de los principios legitimadores del Derecho Penal.

Hemos apuntado que los criterios de oportunidad se aplican en el ámbito de la pequeña y mediana criminalidad, aquellos injustos que por su insignificancia antijurídica merecen un tratamiento punitivo y procesal diferenciado. En estos injustos se identifica una lesividad social mínima, una contribución delictiva mínima a la realización del injusto, un estado de exención criminal incompleto o una responsabilidad restringida, así como determinadas notas identificadas del agente que te ameritan una menor desvaloración del hecho penalmente antijurídico.

Todos estos supuestos implican en la práctica de interés social mínimo en la persecución del delito, por lo que decaen también las necesidades preventivas de la pena, esto es, la sociedad no necesita ser amenazada e intimidada con la pena, esto es, y el

agente, en razón de sus características personales, no necesita ser sometido a un tratamiento rehabilitador, donde la cárcel en injustos pocos graves y delincuentes ocasionales, puede ocasionar efectos sumamente perjudiciales para el autor, propiciando el contagio criminal. Ante un agente delictivo con estas características, prescindir de la pena es un acto plenamente identificado con utilidades de naturaleza social. La toma en consideración de esta suma de intereses redonda finalmente en consideraciones sociológicas.

Sin embargo, es claro, que en el marco del Estado de Derecho, el principio de legalidad es un valor fundamental que refuerza la justicia y la confianza en el sistema jurídico. Por eso, el principio de oportunidad no puede concebirse como una regla general, sino más bien como excepción aunque la tendencia apunte hacia su extensión a una mayor gama de delitos. En el derecho procesal penal no puede por eso aceptarse el llamado principio de oportunidad puro, pues nuestro modelo procesal rige el principio acusatorio, mediante el cual el Fiscal asume la tutela de los bienes jurídicos sociales por medio de la acción penal. En efecto, la realización de hechos punibles graves merece inmediata persecución penal del agente fiscal, en tanto, su comisión genera actos perturbadores que se traducen en una alarma social justificada. En tal sentido, es un deber ineludible del Fiscal actuar en protección de los intereses de la sociedad, y de ejecutar la acción penal ante el órgano judicante, que ante la sospecha vehemente de delito demandara la iniciación de una investigación judicial, procesamiento, juzgamiento y de ser la imposición de una pena a la persona del infractor. En consecuencia el carácter disponible de la acción penal por parte del fiscal, se deriva del principio de legalidad que permite realizar un criterio selectivo de aquellos hechos punibles que no merecen ser alcanzados por una pena, de esta forma se tutelan los bienes jurídicos individuales que se someten al proceso penal, esto es, del imputado y de la víctima.

El proceso penal no puede concebirse como un mero ejercicio del poder político, sino como una forma racional y pacífica de solucionar los conflictos sociales más graves que atenten en una comunidad. El fiscal, en razón de sus facultades discrecionales conferidas por la Norma, se abstiene de ejercitar la acción penal, en base a una ponderación social de los bienes jurídicos en conflicto, prevaleciendo los individuales sobre los comunitarios. Así, ya no debe iniciarse un proceso penal, siempre que se presente un hecho aparentemente delictivo en vista de que el uso de los criterios de oportunidad

parte de reconocer la autonomía de la voluntad del imputado, el interés reparatorio de la víctima, la procura de la celeridad procesal- derecho subjetivo constitucional del ciudadano envuelto en un proceso punitivo y la necesidad de economizar el esfuerzo del aparato judicial para dirigirlo a la lucha de criminalidad más grave. En suma, la pena debe reservarse para la criminalidad que genera insoportables ámbitos de convivencia social.

El principio de oportunidad muy ligado a los fines de la pena, de ahí su legitimidad sustantiva, viene a plegarse a la denominada prevención general positiva e integradora, aquella prevención que intenta reconducir la respuesta penal a una autoconfirmación comunitaria del orden jurídico, mediante la afirmación de valores ético- sociales, como puente de integración social. En palabras de MIR PUIG “ la aplicación del principio de oportunidad se puede ligar, a las Teorías Utilitarias sobre la legitimación o el fundamento, el fin y los límites de la pena estatal (Prevención general Positiva), a fin de recordar los bienes jurídico convencionalmente admitidos como base de una integración social, confirmado las normas que lo establecen, fin que lo alcanza por imposición de la consecuencia jurídica tan solo a algunos hechos disvaliosos, sin pretender que todos ellos sean alcanzados por la pena. Dicho de otro modo: la aplicación de una pena a hechos punibles no merecedores de aquella, en vez de reafianzar los lazos sociales comunitarios y la confianza en el orden jurídico, produce todo lo contrario, la comunidad entera rechazada la pena por considerarla injustificada. Por esto, la prevención positiva integradora, al impregnar el discurso con contenido social, permite establecer reales modelo de prevención llevadas a la afirmación de los valores comunitarios, al fomentar la conciliación entre la víctima y el agresor.

Ciertamente, el nuevo Código Procesal Penal, reafirma los valores argumentados en los criterios de oportunidad, propiciando mayores márgenes de conciliación entre los protagonistas del delito y la reconducción al Derecho Penal en una vía reduccionista.

El nuevo CPP, en este sentido, amplía el ámbito de aplicación del principio de oportunidad, conforme a determinadas circunstancias atenuantes previstas en el Código Penal. Consideramos que una investigación profunda en este tema, no solo suscribirse a hallar los fundamentos programáticos de una institución, así como valorar positivamente su existencia, sino se debe formular también reformas legislativas, esto es, de legeferenda debe esclarecerse que el Fiscal está obligado funcionalmente a promover la conciliación entre las partes, y ya no como una facultad discrecional.

Creemos que de este modo, se va alcanzar una mayor eficacia de la Justicia Penal, y sobre todo, fomentar en mayor medida la pacificación de los conflictos sociales.p.155-159

### **1.7.13 CRITERIOS PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN EL DERECHO POSITIVO.**

Según PEÑA (2007) respecto, indica lo siguiente:

Sin duda, las Instituciones que se encuentran contempladas en el Derecho Procesal Penal como lo es el principio de oportunidad tienen una connotación eminentemente, en la medida que la concepción de injusto y de culpabilidad que se tenía repercute favorablemente para la aplicación de este principio. El Derecho Procesal Penal es el campo de aplicación por excelencia del derecho penal sustantivo; en tal sentido la idea de un Sistema Integral de Derecho Penal, supone que determinadas instituciones procesales revistan una interrelación con los conceptos jurídicos materiales, conceptos que serían objeto de interpretación con objeto los conceptos que serán objetos de interpretación para resolver los casos concretos que se presenten al momento de subsumirlos en los criterios en el artículo 2 del CPP, los cuales son los siguientes:

*1.7.13.1 Cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito, culposo o doloso, siempre que este último sea reprimido con pena primitiva de libertad no mayor de cuatro años, y la pena resulte innecesaria.*

En esta hipótesis se releva la incidencia, que detenta los efectos perjudiciales (antijuridicidad material) sobre la persona del autor o el partícipe, esto es, la causación lesiva del bien jurídico ha comprometido también un interés del agente. El contenido material de injusto debe reconocer la relevancia del bien jurídico en relación con el autor, puede, en este sentido que los efectos nocivos se circunscriban únicamente a la persona del autor o en su defecto sobre personas involucradas sentimentalmente con él. En el primero de los casos, podría ser aquel que prende negligentemente fuego es un recinto al cual ha arrendado, produciéndose daños personales significativos sobre su integridad corporal, a aquel que conduce en estado de ebriedad su vehículo y choca contra el concreto de un muro, perdiendo un órgano del cuerpo. Mientras, que el segundo ejemplo, podría ser cuando en el vehículo que conducía a excesiva velocidad por una autopista, se encontraba con el su familia, y parte de ella resulta herida como consecuencia de la colisión con otro

vehículo. En ambos casos, se evidencia que agente ha sido también gravemente afectado por las consecuencias de la infracción de una norma de cuidado que ha generado un riesgo no permitido, o mediante la acusación de una lesión mediante que se está generando con la conducta típica, por ejemplo, cuando se causan lesiones culposas en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes, la pena será no mayor de cinco años (según modificatoria efectuada por la Ley N 27753 del 09/06/02), por lo tanto, sustrae esta conducta de la hipótesis en comento.

Se descarta, para los efectos de la aplicación de este criterio de oportunidad, las consecuencias que el implicado o denunciado quiso causarse a él mismo o al menos previo como posibles. Por ejemplo, casos de automutilación o de utilización de artefactos explosivos a sabiendas de su empírica o del riesgo excepcional que genera su utilización empírica. Para su estimación deberá valorarse objetivamente los poderes y conocimientos especiales del autor (art. 8, Circular N 006- MP-FN).

La pena es un medio esencialmente retributivo, a pesar que normativamente se regule su finalidad preventiva, es decir, la pena significa un mal para el condenado, en la medida que es privado de ciertos derechos fundamentales, siendo la libertad un valor jurídico superior por antonomasia. Por lo tanto, la apreciación del contenido material del delito, no solo puede comprender una valoración del injusto y de la culpabilidad, no puede cerrarse, el juicio en una perspectiva positivista e intrasistémica, pues, nunca podríamos renunciar a una pena ante el juicio jurídico penal exclusivamente apegado a un formalismo jurídico propio del positivismo jurídico. La idea de un Sistema Penal integrado debe tener coherencia con democráticos de una sociedad pluralista, en el sentido de que se debe seleccionar el delito conforme a la necesidad y merecimiento de pena, por ende, la asociación delito – pena puede que se quiebre en algunos a casos, y esta selectividad importa dotar de racionalidad al Sistema Penal y de ofrecer respuestas pacíficas al conflicto social. En consecuencia, debe valorarse un conjunto de datos, a efectos de determinar si existe o no necesidad o merecimiento de la pena. No todos los injustos penales son relevantes para merecer la imposición de una pena, se debe reconocer que la sanción sea adecuada y proporcionalidad a la intensidad a la acción, conforme al grado de afectación al bien jurídico tutelado (cuantitativo o cualitativo) y la relevancia del bien jurídico para sociedad. En otras palabras: la reacción jurídico penal debe ser proporcional a intensidad de la conducta criminal desplegada por el agente. De ahí, que el ámbito de lo

bagatelario pueda excluirse muchas veces de la sanción punitiva, por un decaimiento sustantivo en la necesidad y merecimiento de pena, no todo injusto culpable es entonces punible. PEÑA cita a GUNTHER (2007), la razón de la cualificación es especial merecimiento de pena, que se deriva fundamentalmente del grado de aumento del injusto, o sea, del peso del bien jurídico afectado (desvalor del resultado) y de la reprobabilidad de las modalidades de acción (desvalor de la acción). No hay entonces necesidad de someter estos hechos punibles a un proceso penal e imponerles una pena, la pena en estos es ilegítima al descargarse una dosis de punición que no se condice con el contenido material del injusto, es decir, no es proporcional.

El merecimiento de pena tendrá que ver con que el hecho sea un injusto culpable luego de haber confrontado el hecho con los filtros dogmáticos de la teoría del delito; mientras, que la necesidad de pena se asocia es decir cuando la pena sea necesaria para alcanzar ciertos fines: de prevención general o de prevención especial. En suma, un Sistema Penal de orden democrático debe prescindir de una pena cuando ésta sea innecesaria –tanto para el agente como para la sociedad-, es decir, tanto por fines de prevención especial como de prevención general.

*1.7.13.2. Cuando se trate de delitos que no afecten gravemente el interés público, salvo cuando el extremo mínimo de la pena sea superior a los dos años de pena privativa de libertad, hubieran sido cometidos por un funcionario público en ejercicio de su cargo*

En principio, la pretensión penal no está sometido a la autonomía de la voluntad de las partes involucradas en el conflicto social que da lugar al delito, esto es, el actor público no está condicionado a la voluntad del ofendido para ejercitar la acción penal, en la medida que la sanción del delito es una función eminentemente pública. Por lo tanto, el ius puniendi es una caracterización del poder coaccionador del Estado. En esta generalidad, podemos identificar un interés público en la persecución del hecho punible, en razón de la alarma social que se genera por los efectos de lesividad social que despliega la conducta criminal. Sin embargo, no todo injusto contiene la lesividad social que fundamente un interés social en la persecución penal. Existen pues, un sinnúmero de casos, que revelan un injusto de mínima insignificancia antijurídica, en razón de varias circunstancias, sea que se trate de un hecho cometido en un Estado de Necesidad justificante incompleto, ante un error sobre una causa de justificación, el error de tipo, estados extremos causados por crisis aguda de la personalidad, etc.

PEÑA cita a BINDER (2007), apuntando que se puede tomar la decisión de no perseguir a los pequeños hurtos en un supermercado (insignificancia) o los hurtos cometidos por personas que, sin llegar a estar en un estado de necesidad justificante, se hallan en una situación de pobreza angustiante (escasa culpabilidad) o los delitos cometidos en el curso de alguna manifestación pública en la que, por ejemplo, hubo algún tipo de provocación policial (criterio cualitativo), o bien se puede prescindir de algunos hechos de estafa cuando se trata de un “fraude-masa” en el que se debe investigar cientos de ventas fraudulentas realizadas por una misma persona. En consumo, se identifica una serie de caracterizaciones delictivas que no llegan a provocar un interés social en la persecución, por lo tanto, decae en definitiva el merecimiento y la necesidad de pena. Se constata que por razones de utilidad se debe prescindir de una pena, ya que atendiendo a las circunstancias se debe promover la integración social entre las partes.

El artículo 10° de la Circular N° 006-95-MP-FN establece que para valorar el interés público en la persecución, el Fiscal considerará aquellas circunstancias que determinen la finalidad de la pena, es decir, los elementos ponderativos fijados en el artículo 46° del Código Penal, especialmente se debe advertir el modo de comisión del delito, la habitualidad del mismo o razones similares (incs. 1, 2, 3, 4 y 7 del artículo 46° del Código Penal), así como el grado de los deberes infringidos, el móvil del delito y los antecedentes o la habitualidad del agente(incs. 3, 6,8 y 11 del artículo 46° del C.P). También de valorar aquellas causas justificativas incompletas, previstas en los incs. 3, 4, 8, 9 del art.20°, concordante con el art. 21° del Código Penal. Únicamente si concurren concluyentemente dichos presupuestos, podrá calificarse que el interés público no ha sido afectado lo suficiente que legitime la activación de las funciones persecutorias de los órganos predispuestos.

Para poder aplicar esta hipótesis, el extremo mínimo de la pena imputable al delito, no puede ser superior a los dos años de pena privativa de libertad. Si el dispositivo no hace mención a un específico elemento del tipo subjetivo del injusto, quiere decir, que ambas modalidades (dolo y culpa), son amparables en esta causal. Asimismo, se sustrae de esta hipótesis, el hecho de que el ilícito penal haya sido cometido por un funcionario público, esto es, se basa en razones estrictas del reproche de culpabilidad. Si bien el precepto no hace alusión alguna, se infiere que el delito debe ser producto de un aprovechamiento o abuso de la función pública, por lo tanto el injusto se comete en el ámbito de la actividad



pública. De ahí que recaiga un mayor reproche jurídica-penal, sobre quien efectúa una labor en la actividad pública, pues, sobre él subsiste una mayor exigibilidad de tutela sobre los bienes jurídicos que se encuentra obligado a tutelar. Estos son delitos intrainstitucionales, donde el autor sólo puede ser un funcionario o servidor público. Por lo tanto, los efectos antijurídicos deben ser consecuencia de un riesgo no permitido creado por el comportamiento del autor, sostenidos sobre una infracción del deber público. En el caso, de que el delito sea cometido por funcionario público, pero su realización típica no se encuentra conectada con la función pública, por ejemplo lesiones leves que se pueden producir en el ámbito doméstico, no estaría en principio excluido de esta hipótesis, siempre y cuando no supere los dos años como extremo mínimo de pena privativa de libertad.

En este caso entonces, identificamos injustificados de escasa entidad antijurídica, por lo tanto, en la medida que no afecta gravemente el interés público, pues sus efectos nocivos no son en realidad significantes, por lo que no se justifica su punibilidad, es decir, la imposición de una pena. La sociedad por lo tanto, no reclamará la sanción como respuesta punitiva, decae así la función de prevención general en la medida que la sociedad no necesita ser intimidada, todo lo contrario la paz jurídica se obtiene con mayor énfasis cuando la solución del conflicto pasa por un mecanismo de integración social, preservándose así la naturaleza fragmentaria del Derecho Penal.

*1.7.13.3. Cuando conforme a las circunstancias del hecho y a las condiciones personales del denunciado, el Fiscal pueda apreciar que concurren los supuestos atenuantes de los artículos 14°, 15°, 16°, 21°, 22° y 25 del Código Penal, y se advierta que no existe ningún interés público en su persecución.*

No será posible cuando se trata de un delito conminado con una sanción superior a cuatro años de pena privativa de libertad o cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. Esta hipótesis significa una innovación con respecto al artículo 2° del Código Procesal de 1991, en efecto, se evidencia la intención del legislador de ampliar el ámbito de aplicación del principio de oportunidad a fin de democratizar la Justicia Penal, y por qué no decirlo, para descongestionar la abundante carga procesal que pesa sobre nuestros Tribunales de Justicia.

Si bien el representante del Ministerio Público es el titular de la acción penal, y como tal debe buscar todas las pruebas que apunten a demostrar la culpabilidad del imputado, no

es menos cierto, que un modelo acusatorio garantista –como el adoptado por el CPP- debe revertirse la imagen de estricto persecutor del delito que tiene el fiscal característico de un modelo inquisitorial, el cual debe denunciar a toda costa, por la de un funcionario acucioso en la investigación que también debe tutelar por los derechos del imputado, esto es, si las pruebas recogidas apuntan hacia su inocencia, por concurrir una serie de presupuestos de atenuantes o de eximentes, debe por tanto, acreditar dicha situación jurídica. Así se pronuncia con amplitud, el artículo IV inciso 2 del Título Preliminar, al establecer que el Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado. En suma, el representante del Ministerio Público es el garante de la legalidad, por lo que debe analizar pormenorizadamente si es que falta alguno de los elementos del delito, a efectos de sustraer el hecho de la potestad punitiva del Estado.

El injusto culpable para ser considerado “punible” debe pasar por la comprobación de una serie de filtros o científicamente hablando por las categorías dogmáticas comprendidas en la teoría general de la imputación, prevista en la Parte General del Código Penal. Esto es la calificación de injusto penal necesitado de pena, implica una valoración extendida sobre varios elementos contenidos en el injusto y en la culpabilidad del autor, que versan sobre la modalidad del ataque, el móvil del autor, la forma de ejecución, el grado de afectación al bien jurídico, así como de su relevancia, el grado de conocimiento del peligro, la intensidad de la energía criminal, la conducta del autor después de haber cometido el delito, etc. Son pues, una serie de valoraciones objetivas, subjetivas e internas del autor, que pueden incidir sustancialmente en una prescindencia de pena por razones de necesidad y de merecimiento de pena. Se recogen entonces una serie de atenuantes y de eximentes, las cuales se refieren a lo siguiente: al error del agente sobre alguno de los elementos constitutivos del tipo penal (error sobre los elementos normativos del tipo): artículo 14°; determinados ciudadanos son fuertemente arraigados por normas culturales de raíces antropológicas, que pueden llegar a ser preeminentes ante las normas del derecho nacional, por lo que afecta también al grado de comprensión normativa, conforme a la comunicación cognitiva que tiene el agente de la norma: artículo 15°; el injusto debe ser apreciado en un doble nivel: desvalor de la acción y el desvalor del resultado, es decir, no siempre el dolo del agente llega a concretarse plenamente según su plan criminal, puede que éste quede en una fase de imperfecta ejecución, no llegando a lesionar al bien jurídico tutelado, en este caso, el hecho de no consumarse objetivamente el

delito amerita un reproche jurídico-penal menos intenso: el artículo 16°; el artículo 20° hace alusión a una serie de estados eximentes de responsabilidad penal, fundado en estados de justificación y en estados de disculpa, donde, la procedencia de cada uno de ellos se condiciona a la concurrencia de una serie de presupuestos (objetivos, subjetivos y valorativos), a falta de concurrencia de uno de ellos, no será posible desaparecer por completo la responsabilidad del agente, sin embargo, se admite una responsabilidad atenuada: artículo 21°; surgen otras razones, fundadas en la edad cronológica del agente, que pueden actuar como una restricción de responsabilidad, ora porque el agente no se ha desarrollado genésicamente de forma plena, ora por efectos de una edad senil que puede afectar ostensiblemente las facultades sensoriales y psicomotrices del agente: artículo 22°; el grado de responsabilidad del interviniente en un delito se mide según el grado de participación delictiva, y la importancia de su intervención a efectos de realización típica. El autor es quien domina funcionalmente el hecho, él tiene en sus manos el éxito o fracaso del plan criminal; sin embargo, existen otros colaboradores, que en menor medida realizan una aportación al hecho punible, que en algunos casos puede ser decisiva para que el hecho punible, que en algunos casos puede ser decisiva para que el hecho adquiera una materialización efectiva. Nuestro Sistema Penal recoge el principio de accesoriedad en la participación, pues, aparte del autor se reconoce al partícipe, que según el derecho positivo puede ser un cómplice primario o secundario: artículo 25°.

Luego, de acreditarse que el hecho punible se encuentra incurso en una de las causales de atenuación o de exención antes mencionadas, se verificará que el delito no sea conminado con una sanción superior a cuatro años de pena privativa de libertad y que el hecho constitutivo de delito no haya sido cometido por un funcionario público en pleno ejercicio de su actividad pública (valen aquí los mismos fundamentos esgrimidos en el acápite anterior).

Finalmente, se hace alusión, a que el agente fiscal deberá apreciar esta causal teniendo en cuenta las circunstancias del hecho (referidas al injusto; art. 46° del C.P.) así como las condiciones personales del denunciado, esto es, su grado de socialización conforme a su nivel socio-económico y educacional, su edad, relación con la víctima, si es un agente ocasional o primario, pues, si es ya un reincidente no muestra una actitud positiva hacia el respeto por las normas esenciales de convivencia social. En suma, son condiciones que rebasan la culpabilidad por el hecho y se adentran en la personalidad del

autor, de esta forma, podrá apreciarse la necesidad de prevención especial, que limitará en muchos casos el merecimiento de pena.

En los supuestos previstos en los incisos b) y c) del artículo 2º, será necesario que el agente hubiera reparado los daños y perjuicios ocasionados o exista acuerdo con el agraviado en ese sentido. En efecto, subrayamos en líneas anteriores que el principio de oportunidad sostiene su legitimidad en la integración social que se promueve entre el agresor y la víctima (prevención general positiva), donde el paso posterior a la admisión de culpabilidad por parte del imputado, es la voluntad positiva de reparar el daño producido por su conducta criminal, de ahí que se cohesionen estos criterios con la vía de la Reparación asumida normativamente en otras legislaciones, como Alemania; así, Roxin, al señalar que el atractivo del instituto de la reparación en Derecho penal radica, en primer lugar su efecto preventivo general en su mejor sentido. Si bien no es necesariamente la única vía, la paz jurídica se ve restablecida en los pequeños delitos fundamentalmente con el resarcimiento de la víctima y la conciliación entre ésta y el autor (parágrafo 46 a del Código penal alemán). Siendo así las cosas, la paz y seguridad jurídica se obtienen al menor coste posible para los sujetos involucrados, el imputado se libra de una pena de efectos puramente disocializadores (efectos criminógenos de las penas cortas de privación de libertad), de un proceso penal oneroso y dilatado, que implica la afectación y limitación de una serie de bienes jurídicos; para la víctima es sustancialmente beneficioso este procedimiento abreviado, recibe la reparación civil en forma imprevista, en tal medida se restablece rápidamente del daño ocasionado, y no tiene que litigar arduamente a fin de obtener su pretensión resarcitoria. Y, el Sistema de Justicia Penal obtiene grandes ventajas con la implementación de este procedimiento: descarga procesal, economía procesal y una mayor cohesión con la sociedad. Como apunta LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, el principio de oportunidad resulta justificado en razones de igualdad, pues corrige las desigualdades del proceso de selección, en razones de eficacia, dado que permite excluir las causas carentes de importancia que impiden que el sistema penal se ocupe de asuntos más graves; en razones derivadas de la actual concepción de pena, ya que el principio de legalidad, entendido en sentido estricto (excluyente del de oportunidad) sólo se conjuga con una teoría retribucionista de la pena. Tal como lo hemos enfatizado en otros trabajos, la pena en nuestro derecho positivo se orienta fundamentalmente en un fin preventivo (puniturnepetur), en la necesidad de evitar la comisión de delitos en el futuro, tomando como eje central a la persona humana, la defensa de la sociedad y la debida tutela de la

víctima, de reducir la tasa de criminalidad a términos racionales, de conformidad con los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho.

Entonces, la reparación puede producirse en dos vías: 1.- Habiéndose ya reparado el daño, esto es, el imputado debe haber sufragado la reparación del bien jurídico objeto de protección, o en su defecto, sustituirlo por otro de igual condición; y 2.- Que exista un acuerdo de reparación, el cual estará contenido en un instrumento público o documento privado legalizado por Notario, a fin de cautelar sus efectos ejecutivos.p.159- 170

#### **1.7.14 Procedimiento**

Según Peña (2007), indica lo siguiente:

El Fiscal es quien insta la instalación de este procedimiento especial: el Fiscal citará al imputado y al agraviado con el fin de realizar la diligencia de acuerdo, dejándose constancia en acta. En caso de inasistencia del agraviado, el Fiscal podrá determinar el monto de la reparación civil que corresponda. Si no se llega a un acuerdo sobre el plazo para el pago de la reparación civil, el Fiscal lo citará sin que éste exceda de nueve meses. No será necesaria la referida diligencia si el imputado y la víctima llegan a un acuerdo y éste conste en un instrumento público o documento privado legalizado notarialmente (Art. 2. 3). En principio, el acuerdo reparatorio de deja a libre arbitrio o consenso de los sujetos involucrados (víctima y agresor), de conformidad a una Transacción en la vía civil; este acuerdo deberá constar en un documento público o en un documento privado debidamente certificado por Notario Público a efectos de garantizar su carácter ejecutivo; sin embargo, en ausencia de acuerdo entre las partes, el agente fiscal hará las veces de un Conciliador, pues, será el quien determinará el monto de la reparación civil proporcional al daño causado por el delito; asimismo, determinará el plazo de pago de la reparación civil si es que los sujetos no llegaron a un acuerdo en este aspecto, el cual no podrá exceder de nueve meses. La normatividad otorga por lo tanto mayores facultades discrecionales al agente fiscal, a fin de que la falta de acuerdo entre las partes, no se constituya en un escollo para la procedencia del principio de oportunidad.

Realizada la diligencia y satisfecha la reparación civil, el Fiscal expedirá una Disposición de abstención. Esta disposición impide, bajo sanción de nulidad, que otro Fiscal pueda promover u ordenar que se promueva la acción penal por una denuncia que contenga los mismos hechos. De existir un plazo para la reparación civil, se suspenderán

los efectos de dicha decisión hasta su efectivo cumplimiento. De no producirse el pago, se dictará Disposición para la promoción de la acción penal, la cual no será impugnabile (Art. 2.4). Ejecutado el convenio en los términos plasmados en el acta respectiva, el fiscal deberá expedir una disposición declarando la abstención del ejercicio de la acción penal. Esta disposición implica el archivamiento definitivo de la investigación, la cual no podrá ser reabierta por otro fiscal si es que se tratasen de los mismos hechos, pues, si luego de dictada esta disposición, se revelasen nuevos hechos que agravan el contenido del injusto, es decir, no se produjo una sustracción (hurto), sino que hubo violencia sobre las personas, y en tal medida la víctima se coludió con el autor, a fin de recibir rápidamente una compensación económica, o puede, que exista un concurso ideal o real de delitos; en estos casos no subsistirá el impedimento de que otro Fiscal promueva la acción penal directamente o por intermedio de otro (cuando el Fiscal Superior ordena la promoción de la acción penal al Fiscal Provincial). En este caso de existir un plazo para el pago de la reparación civil, los efectos de la disposición quedarán en suspenso hasta que el imputado cumpla con la obligación pecuniaria, es decir, la disposición se expide con efectos suspensivos, lógicamente para tutelar los legítimos intereses de la víctima. Finalmente, de no producirse el pago, se dictará la disposición correspondiente, que promueva la acción penal contra el presunto responsable. Ciertamente, ante la negativa del imputado de cumplir con su obligación reparatoria, se desprende la falta de voluntad contenida en el acuerdo. En tal sentido, se decaen los fundamentos que dan origen a la aplicación de este criterio, pues, la integración social se sostiene sobre una voluntad positiva del imputado de reparar el daño causado por su conducta criminal; de no ser esto así, no se viabiliza la cohesión social entre ambos, y menos aún, los efectos de prevención especial esperados. En la medida que la rehabilitación social no sólo supone admitir la culpabilidad, sino que esta admisión debe materializar una actitud objetivamente demostrable; que solo se acredita con el cumplimiento efectivo de la obligación; de esto deriva la preponderancia que este mecanismo de justicia penal consensuada atribuye a la reparación civil (Wiedergutmachung) como vía definidora de la integración social, que promueve los criterios de oportunidad.

Si el fiscal considera imprescindible, para suprimir el interés público en la persecución, sin oponerse a la gravedad de la responsabilidad, imponer adicionalmente el pago de un importe a favor de una institución de interés social o del Estado y la aplicación de las reglas de conductas previstas en el artículo 64° del Código Penal, solicitará la

aprobación del Juez de la Investigación Preparatoria, el que la resolverá previa audiencia de los interesados. Son aplicativas las disposiciones del numeral 4) del presente artículo (Art. 2.5). Las facultades discrecionales del Fiscal no se circunscriben al plano selectivo en el ejercicio de la acción penal, en tanto, se extienden a facultades compensatorias y sancionatorias que la antigua regulación no establecía. En la medida que ciertos delitos implican la afectación de bienes jurídicos de naturaleza supra individual, como es el caso de los delitos contra la Seguridad Pública o el Medio Ambiente u otros, en estos injustos, los ofendidos son de número indeterminado, son intereses difusos que pertenecen a toda la colectividad en su conjunto. De tal manera, que el Fiscal, para suprimir el interés público en la persecución, podrá imponer adicionalmente el pago de un importe a favor de una institución de interés social –el cual no refiere a la reparación civil, como ciertas Ongs, u otras instituciones (públicas o privadas) que se dedican a la tutela de determinados derechos fundamentales de alcance social. De otro lado, podrá aplicar las reglas de conductas previstas en el artículo 64° del Código Penal, las cuales, se sustentan en una finalidad de prevención especial, esto es, de asegurar que el condenado no vuelva a delinquir, sometiéndole a ciertas reglas de conducta que van a propiciar su rehabilitación social conductual conforme a un Estándar mínimo de convivencia pacífica. Siendo que ambas sanciones implican una limitación fáctica está condicionada a la aprobación judicial del Juez de la Investigación Preparatoria, el que resolverá previa audiencia de los interesados o partes en este procedimiento. Las disposiciones antes mencionadas, se aplican sin defecto de aplicar las establecidas en el numeral del artículo 2°.

Independientemente de los casos establecidos en el numeral 1) procederá un acuerdo reparatorio de los delitos previstos y sancionados en los artículos 122°, 185°, 187°, 189°-A Primer Párrafo, 190°, 191°, 192°, 193°, 196°, 197°, 198°, 205°, del Código Penal, y en los delitos culposos. No rige esta regla cuando haya pluralidad importante de víctimas o concurso con otro delito, salvo que, en este último caso, sea de menor gravedad o que afecte bienes jurídicos disponibles (Art. 2.6). Ciertamente, el legislador ha querido ampliar la aplicación del principio de oportunidad a una mayor constelación de casos a efectos de realizar una depurada selectividad de la acción penal, y de conformidad con la modificación establecida por la Ley N° 28117 del 17/11/03 que modifica el artículo 2° del CPP del 91, se extiende su aplicación a una serie de delitos previstos en la Parte Especial del C.P. Ampliar el ámbito aplicativo del Principio de Oportunidad se condice con una propuesta discriminatoria, de reservar la aplicación de una pena aquellos injustos

penales que implican una mayor desvaloración jurídico- social, tanto por el grado de afectación al bien jurídico tutelado y su grado de relevancia en el sistema social. La selección ha partido del contenido del injusto, de aquellos que no suponen una grave alarma social en el colectivo, por lo tanto, es mínimo el interés social en la persecución. La generación de los efectos perjudiciales del delito (antijuridicidad material), provoca pues, una serie de incidencias en la sociedad, que dependen en gran medida del concepto material del delito que se tenga, en tanto, que la asociación delito-pena no es de carácter inmutable. La pena se encuentra condicionada entonces a las exigencias de racionalidad y justicia. En efecto, el legislador ha seleccionado una serie de injustos que no revelan una alta intensidad antijurídica, por lo que merecen en algunos casos ser sustraídos del ámbito de punición, y, en este sentido, se manifiesta un interés social mínimo en la persecución del delito, salvo que en este último caso, sea de menor gravedad de aquellos taxativamente previstos en este numeral, pues, la comisión de un delito que importa una mayor desvaloración antijurídica descarta automáticamente la posibilidad de reflejar un decaimiento en el merecimiento de pena. Por consiguiente, si el agente luego de cometer un hurto famélico, lesiona gravemente la integridad de su víctima, confirma sustancialmente un comportamiento contrario al Derecho, por ende, la reacción jurídico penal se convierte en una necesidad inobjetable. No obstante, puede subsumirse en esta hipótesis, cuando afecte bienes jurídicos de naturaleza indisponible para su titular, esto es, cuando se comete uno de los injustos descritos en concurso con un delito contra el honor (injuria o calumnia), en la medida que desde la perspectiva del interés público no hay ninguna necesidad de llevar a cabo un proceso penal.

En estos supuestos, el Fiscal de oficio o a pedido del imputado o de la víctima propondrá un acuerdo reparatorio. Si ambos convienen el mismo, el Fiscal se abstendrá de ejercitar la acción penal. Si el imputado no concurre a la segunda citación o se ignora su domicilio o paradero. El Fiscal promoverá la acción penal. Rige en lo pertinente el numeral 3). En efecto, el Nuevo Código Procesal Penal afianza el modelo universal, facultando a las partes la posibilidad de solicitar al Fiscal la materialización de un acuerdo reparatorio, y de ser así, el agente fiscal se abstendrá de ejercitar la acción penal, obviamente al acuerdo, deberá seguir las formalidades previstas en el numeral 3) a efectos de garantizar su eficacia legal. De otro lado, el agente fiscal deberá promover la acción penal si el imputado no asiste a la segunda citación o simplemente no se conoce su domicilio, ésta es una consecuencia lógica, en la medida que el procedimiento por los criterios de oportunidad



implican de prima facie la libre voluntad de las partes de someterse a la vía reparatoria, y, en el caso del imputado esta situación es más palpable, pues, el primer paso que éste debe realizar es su admisión de culpabilidad (pleagUILTY), lo que manifiesta una libre autodeterminación de la voluntad en pleno ámbito de la libertad, y, si éste no asiste a la audiencia está expresando su renuncia a someterse a la conformidad, y de seguir el curso de un proceso penal ordinario, tal vez, para probar su inocencia o la imposibilidad de una condena por falta de pruebas; y, si no se conoce su domicilio, lamentablemente, no podrá procederse al acuerdo reparatorio, pese a que puede que éste estuviese de acuerdo, en tanto, la presencia del imputado es conditio sine qua non para la procedencia de la conformidad, el derecho procesal penal en este sentido, no puede operar en base a presunciones, sino en consideraciones factuales y concretas.

Si la acción penal hubiera sido promovida, el Juez de la Investigación Preparatoria, previa audiencia, podrá a petición del Ministerio Público, con la aprobación del imputado y citación del agraviado, dictar auto de sobreseimiento –con o sin las reglas fijadas en el numeral 5)- hasta antes de formularse la acusación, bajo los supuestos ya establecidos. Esta resolución no será impugnabile, salvo en cuanto al monto de la reparación civil si ésta es fijada por el Juez ante la inexistencia, de acuerdo entre el imputado y la víctima, o respecto de las reglas impuestas si éstas son desproporcionadas y afectan irrazonablemente la situación jurídica del imputado (Art. 2.7)

En efecto, la nueva redacción de este numeral mejora ampliamente la redacción del artículo 2° del CPP de 1991, en lo concerniente a la procedencia del criterio de oportunidad Intraproceso. La hipótesis descrita supone una acción penal y promovida según los alcances del artículo 336° (formalización de la investigación preparatoria), donde, el Juez de la Investigación Preparatoria asume formalmente jurisdicción del caso concreto. Siendo, un proceso ya iniciado, el Fiscal deberá solicitar al Juez de la Investigación Preparatoria la realización de una Audiencia con el fin de promover una conciliación entre el imputado y el agraviado, que puede concluir en el sobreseimiento de la causa, sin necesidad de que concurren las reglas fijadas en el numeral 5). Esta solicitud la podrá dirigir el agente fiscal hasta antes de formularse la acusación; esta precisión procesal es importante en la medida que la antigua redacción, señalaba que el principio de oportunidad podía deducirse en cualquier etapa del proceso, lo que llevaba a confusiones cuando ya se había formulado acusación fiscal, como condición para el inicio del juzgamiento. SANCHEZ VELARDE,

examinando esta disposición señala lo siguiente “Dentro del contexto del Código Procesal Penal no se generaría ningún problema de interpretación, sin embargo, existe superposición con algunas normas del Código vigente, pues, conforme a lo dispuesto con el art. 274 del C. de P.P. formulada la acusación fiscal se requiere para su retiro que se hayan producido en la audiencia nuevas pruebas modificatorias con la condición jurídica del acusado, debiendo expresar las razones que la sustenta en conclusiones escritas”.

La nueva redacción, entonces limita la procedencia del principio de oportunidad extra proceso, hasta antes de formularse acusación, es decir, en la Etapa Intermedia, según lo dispuesto en el artículo 349° y ss. La resolución del Juez de la Investigación Preparatoria que aprueba el acuerdo de reparación no es impugnabile, salvo el extremo del monto de la reparación civil, sólo si ésta es fijada por el Juez ante la inexistencia de un acuerdo entre el imputado y la víctima, esto es, cuando las partes no han asumido voluntariamente el monto dinerario fijado por concepto de reparación civil. La resolución podrá también ser impugnada en el extremo que fija las reglas de conducta, cuando éstas afectan irrazonablemente la situación jurídica del imputado, en la medida, que son desproporcionados a los fines de aquéllas, pues, limitan injustificadamente ciertos derechos fundamentales del imputado.

Tratándose de los supuestos previstos en el numeral 6), basta la presentación del acuerdo reparatorio en un instrumento público o documento privado legalizado notarialmente, para que el Juez dicte el auto de sobreseimiento. En esta hipótesis, las partes ya han llegado a un acuerdo resarcitorio, por lo que, la audiencia ante el Juez se realiza a efectos de su ratificación y aprobación respectiva, por lo que su aprobación judicial se da por descontada. p.170- 175

### **1.7.15 DELITO DE PECULADO**

Según CACERES (2012) respecto al DELITO DE PECULADO, indica lo siguiente:

1.- La palabra “peculado” deriva del latín pecus, y latus, entendidos como sinónimos de ganado y hurto, respectivamente. Ello en razón, como señalaba CARMIGNANI (2012) que el “ganado” era considerado como riqueza en el Estado romano.

2.- El delito de peculado se presenta como uno de los delitos de mayor relevancia cuando se trata de hacer frente a ilícitos cometidos por funcionarios públicos contra de la administración pública, a través del cual se busca combatir la corrupción.

3.- Actualmente no cabe duda que la “corrupción” crea inestabilidad gubernamental, debilita el Estado de Derecho; la corrupción afecta directamente la calidad de vida de muchos, en especial de los pobres. Siendo una de las causas principales de la globalización.

4.- Es de observar que el delito de peculado no siempre se encuentra regulado en el mismo capítulo previsto con su nomen iuris, como sucede en nuestro ordenamiento jurídico. En algunos casos, como el argentino, también el español, incluyen esta clase de delitos dentro del capítulo referido a la Malversación de fondos.

5.- El delito de peculado se encuentra ubicado dentro del capítulo con la misma denominación a la que hace referencia el Código Penal. Esto se diferencia por ejemplo de legislaciones penales como la argentina donde es tratada como una forma de malversación. En este sentido, es claro que nuestra legislación penal hace una diferencia entre el delito de peculado y malversación de fondos.

6.- Desde esta perspectiva, el delito de peculado se encuentra prevista en varios tipos penales, así, el artículo 387 del Código Penal se encarga de regular el peculado ejercido de manera dolosa, bajo las modalidades de “apropiar” o “utilizar”, del mismo modo, también la figura imprudente, y sus correspondientes circunstancias agravadas; mientras que el artículo 388 del Código Penal regula el peculado de uso.

7.- Es de resaltar que abajo las nuevas modificaciones hechas al delito de peculado establece agravantes en relación a la cuantía de los caudales o efectos, que constituyen el objeto de este delito. Este planteamiento encuentra ciertas semejanzas con la regulación penal colombiana. p. 17- 18

## **EVOLUCIÓN Y ESTADO ACTUAL DEL DELITO PECULADO**

Según Cáceres (2012) expresa lo siguiente:

8.- Los delitos contra la Administración Pública en general han sufrido el año 2011 una serie de modificaciones estructurales, el presente capítulo busca explicar al lector la evolución normativa experimentada por el delito de peculado.

### **A. Proyecto de Ley N° 4187/ 2010-PJ**

9.- Proyecto de Ley N° 4187/ 2010-PJ (PLPJ), presentado por la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia al Congreso de la República. En ella se señala que el “delito de

peculado es reformado conforme a las exigencias de racionalidad y eficiencia en la reacción penal”. En base a las cuales, no toda apropiación de caudales públicos debe ser reconducido a este delito, pues debe importar para estos casos el valor de lo apropiado.

10.- Acercándose con este planteamiento a los delitos patrimoniales, donde lo cuantitativo, como valor del bien, determina cuando una conducta se encuentra dentro del tipo penal y cuando dentro de una infracción administrativa, siendo éste criterio la “remuneración mínima vital”.

11.- Entendemos que mediante esta propuesta se pretende hacer hincapié a un Derecho Penal de última ratio, el que no debería actuar en delitos donde el valor contra él un proceso penal, son aquellos delitos denominado “bagatela”

12.- El PLPJ resalta que de proceder estos criterios no se estaría favoreciendo a la impunidad, pues para ello se encuentra el Derecho Administrativo, con sanciones drásticas como la destitución del funcionario o servidor público, incluso con exigir que devuelva el dinero apropiado.

13.- Se observa, como sostiene el PLPJ, que 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 un “mayor desvalor de la acción y de resultado de la conducta que realiza el funcionario responsable”

14.- Así también, se resalta la figura omisiva, es decir, la comisión omisión de los funcionarios, quien en posición de garante y de forma dolosa se apropia del bien jurídico puesto a su guarda.

15.- En cuanto al “peculado de uso”, del mismo modo, que en su figura dolosa de apropiación entiende que deben quedar sin efectos penales aquellos delitos simples o de bagatela, quedando en el administrativo. Salvo en los casos que genere una grave afectación del servicio a la función encomendada”

16.- A modo de resumen, los principales cambios en la propuesta PLPJ son dos:

a) Dentro de la figura dolosa se inscribe como posibilidad la figura de la omisión impropia, mediante el cual el funcionario o servidor público “consiente que un tercero apropie o utilice caudales o efectos públicos”.

b) Establece las 2 UIT como parámetro de orientación para establecer cuando nos encontramos ante este delito, o ante una infracción administrativa, esto para la forma de apropiación. Y dos remuneraciones mínimas vitales en casos de imprudencia por parte del funcionario o servidor público.

17.- El texto de la propuesta quedó configurado de la siguiente manera:

#### **Artículo 387.- Peculado doloso y culposo**

“El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza en cualquier forma, o consiente que un tercero, se apropie o utilice caudales o efectos públicos, cuyo valor sobrepase dos Unidades Impositivas Tributarias y 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. Si los caudales o efectos, independientemente de su valor, estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de diez años.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe otra persona la sustracción de caudales o efectos, cuyo valor sea mayor de dos remuneraciones mínimas vitales, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Si los caudales o efectos, independientemente de su valor, estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de desarrollo o apoyo social, la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años. p.19-20

#### **1.7.16 PECULADO COMO DELITO DE INFRACCIÓN DE DEBER**

Según Cáceres (2012) nos dice lo siguiente:

Las exigencias personales para ser sujeto activo hacen que el delito de peculado se configure como delito de infracción de deber, y más específicamente como un delito especial impropio.

El delito especial se divide en propio e impropio. El primero de ellos se caracteriza, porque indica, por sí mismo, la calidad determinante del justo penal, cuya ausencia excluirá su imputación penal, así por ejemplo sucede con el delito de “prevaricato” (previsto en el artículo 418 del Código Penal), en el sentido que, de no recaer en el sujeto activo una capacidad especial se excluirá su imputación. De lo contrario implicaría una

violación del principio de legalidad; por su parte, el delito especial impropio guarda una relación de dependencia entre un delito común su agravante por su calidad especial, esta forma de delito especial se caracteriza únicamente con tal agravante, de otro modo el agente delictivo no será nunca responsable de un delito especial (impropio) sino de un delito común.

Así, el delito de peculado presenta como delito especial impropio, toda vez que guarda una relación con los delitos de dominio, de hurto o apropiación ilícita, según sea el caso, delitos que se vuelven relevantes, por ejemplo, si se mantiene la línea dogmática de la ruptura de imputación (el funcionario público responderá como autor del delito de peculado, y el particular o también un funcionario público sin competencia, por un delito común).

Para ello se puede presentar tales interrogantes: ¿Qué se entiende por la infracción de deber del funcionario público?

La infracción de deber, postulado desde sus orígenes por ROXIN (2014), consiste en la infracción de una norma extrapenal, sirve para configurar el injusto de peculado. Aquella norma extrapenal, en el delito de peculado vendría a ser el régimen administrativo, a través del cual se establecen los campos de acción y función del funcionario público y la calidad que éste ostenta; tal caracterización es importante porque en base a ello se fundamenta su deber especial, de lo contrario cualquier persona, sin necesidad de una resolución administrativa, podría ostentar tal calidad, o en su caso, no habría la necesidad de tal figura penal, por tales circunstancias que este delito no puede ser configurado por cualquier persona sino, sólo, por aquel que disponga del deber especial, basado en la norma extrapenal, exigida bajo una interpretación teleológica por este tipo penal. Sin embargo. Esta exigencia no es absoluta, sino que solo se presenta como marco de referencia orientador de imputación penal. En otras palabras, únicamente la calidad de funcionario público no bastará para establecer una responsabilidad penal de su autor por peculado, pues aquél deberá tener, además, los bienes públicos puestos a su disposición por mandato legal.

En tal sentido, se interrelacionan dos características importantes: calidad de funcionario público y competencia (actuación en razón de su cargo).

¿Basta la sola capacidad de funcionario público para responder por este delito?

Esta pregunta ha de ser respondida de manera negativa, como se mencionó en el párrafo anterior. Para imputar por este delito, no basta con que la persona, en calidad de sujeto activo, tenga disposición del deber especial en calidad de funcionario público, tal proceder implicaría una imputación en abstracto, cercana a un derecho penal de autor, actualmente prohibida.

Por tanto, se requiere además de dicha calidad especial su actuación dentro del campo de acción de la norma penal, es decir, que el marco normativo de peculado esté orientado a evitar tal comportamiento, por un actuar competente, como exigencia del cargo público que ostenta.

¿Qué consecuencias acarrea esta configuración frente a los delitos de dominio?

En el delito de peculado, de manera consecuente con los delitos de infracción de deber, no importa en la situación delictiva concreta el funcionario público era o no quien tenía en último término el dominio del hecho, importa solamente que el sujeto activo ostente el deber especial de protección del patrimonio público, que es puesto a su disposición.

De la descripción típica del delito peculado, "el funcionario o servidor público que", se desprende un deber especial específico del funcionario público en sus actuaciones en dependencia con el patrimonio público, dirigida a asegurar los intereses públicos, para lo que fue encomendado.

Pero ¿este criterio del dominio del hecho nos sirve también para determinar la responsabilidad penal de los funcionarios públicos?

Si bien el criterio del dominio del hecho resuelve de buena forma aquellos delitos comunes o también llamados delitos de dominio, sin embargo, no pasa lo mismo en aquellos delitos considerados especiales por la capacidad o regulación de agente, como es el caso de los funcionarios públicos.

Si bien la teoría del dominio del hecho sirve para diferenciar la calidad de autores y partícipes en un evento criminal, no es de aplicación total, es así, que para determinar la participación criminal de un autor que posee una calidad especial como el caso del funcionario se necesita otro criterio, que vienen a ser la teoría de los delitos de infracción de deber. Contraponiendo de esta manera por un lado los delitos de dominio regidos por el

dominio del hecho, y por otro lado los delitos de infracción de deber. En este caso de Peculado, nos exige dejar de lado los delitos de dominio, fijándose solo en los de infracción de deber.

Es criterio reconocido por la doctrina que los delitos cometidos por los funcionarios públicos en contra de la administración pública son delitos de infracción de deber, así se señala que:

“Los delitos de infracción de 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 cualificación abstracta, sino más bien en el deber específico, cuya infracción consciente fundamenta su autoría”

Acciones contrarias al criterio de infracción de deber llevarían a soluciones impensables. Por tanto, podemos considerar como cierto que solo un intraneus. Por tanto ser considerado autor de delitos funcionariales. Así, no es la condición de funcionario, ni tampoco la cualificación abstracta lo que convierte a un sujeto en autor, sino que lo relevante es el deber específico, un deber especial para con el patrimonio público, el que se deriva de tener encomendada una concreta materia jurídica, un deber de comportarse de manera adecuada, cuya vulneración configuraría la infracción de deber, y por tanto fundamentando su autoría.

No se alude a aquel deber surgido de la norma penal cuya vulneración desencadenada la sanción prevista en el tipo penal. El elemento fundamental que decide sobre la calificación de autor constituye la infracción de un deber extrapenal que no se extiende necesariamente a todos los implicados en el delito, así por ejemplo, responderá por delito de peculado solo aquel funcionario en quien recae formalmente la administración o percepción de caudales o efectos, y no por ejemplo en el denominado “funcionario de hecho” p. 24-27

### **1.7.17 EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE PECULADO**

**Noción básica de administración pública.**



Según ROCA (2011) respecto al BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN DELITO DE PECULADO, indica lo siguiente:

Existe un consenso para concebir la administración pública en un doble sentido. Objetivamente, como el conjunto de actividades, previstas legalmente, o previsibles que son desarrolladas por los agentes públicos (funcionarios y servidores), mediante las cuales se realizan los fines del Estado y de las diversas entidades públicas. Subjetivamente (o en una visión organicista), administración pública “es el orden de órganos estatales, lo que implica niveles, jerarquías, entidades, cargos y oficios delimitados en sus competencias. Por cierto que este consenso no siempre es compartido a nivel doctrinario, en tal orientación, GARCÍA DE ENTERRÍA, citado por FIDEL ROJAS VARGAS (2011) expresa que lo que define a la administración pública no son las actividades funcionales ni el complejo orgánico institucional sino y sobre todo la consideración para el derecho administrativo de que es una persona jurídica.

La concepción objetiva está así basada en la división material de funciones estatales fundamentales (legislativa, ejecutiva, judicial). Por su parte la concepción subjetiva se fundamenta en la división de poderes, con prescindencia de sus funciones (poder legislativo, ejecutivo y judicial), cada uno con sus numerosos órganos y planos jerarquizados y con asignaciones propias de cargos y competencias, aunque todavía desde una perspectiva genérica. Para los fines del derecho penal son válidas y útiles las concepciones objetiva y subjetiva como tendremos ocasión de comprobar. p.12

### **Amplitud temática**

Según ROCA (2011) dice lo siguiente:

Si bien en el terreno del derecho administrativo existe tendencia a circunscribir la administración pública al estricto ámbito de la actividad del aparato ejecutivo, no obstante, actualmente prima una perspectiva más amplia para dejar incluida en ella al “todo estatal” en cuanto desarrollo de funciones y servicios públicos.

Administración Pública comprenderá entonces a las funciones y competencias específicas de lo que en estricto se entiende tradicionalmente por Estado, es decir, los órdenes legislativo, judicial, ejecutivo (incluyendo los Ministerios y los organismos descentralizados), electoral. También las entidades de los organismos autónomos del Estado (Ministerio Público, Defensoría del Pueblo, Tribunal Constitucional, Consejo

Nacional de la Magistratura, Banco Central de Reserva, Superintendencia de Seguros, Superintendencia de Fondo de Pensiones, entre otros). Igualmente los Gobiernos Regionales y Locales, y demás instituciones especializadas donde se desarrolle función pública a cargo de agentes oficiales (funcionarios y servidores públicos). Forman parte también de la administración pública las funciones y competencias de los funcionarios de las empresas públicas. Obviamente que quedan fuera del ámbito de la administración pública las funciones privadas ejercidas al interior de las empresas mixtas y estatales.

El tema de las empresas públicas en tanto organismos que participan en la actividad empresarial, bajo un régimen jurídico de derecho privado, ha presentado siempre aristas problemáticas. Si bien poseen un marco legal adscrito al sistema privado, dado que actúan como sociedades anónimas, sin embargo el capital o patrimonio que manejan y del que disponen en sus actividades y operaciones contractuales es de propiedad del Estado o de las administraciones públicas (empresas municipales, por ejemplo), ya sea que se trate de las empresas de economía mixta en la proporción que corresponde al Estado ya de las netamente estatales. p.13

### **Objeto jurídico genérico y específico de la tutela penal**

Según ROCA (2011) expresa lo siguiente:

Al integrar el bien jurídico “administración pública” diversos valores e intereses en un todo único, es perfectamente admisible hablar en este caso del objeto genérico de la tutela penal, dando a entender de este modo la naturaleza denotativa amplia de la administración pública como bien a proteger jurídico penalmente. Esto es, el normal o correcto funcionamiento de la administración pública.

Pero a la vez que se está afectando en sentido general a la administración pública, se lesiona o pone en peligro un valor o interés específico, por ejemplo, el patrimonio público en los delitos de peculado y malversación o la dignidad de la función y del funcionario en el desacato, o el principio de imparcialidad y probidad en los delitos de corrupción. Estamos entonces hablando del objeto específico de la tutela penal, o bien jurídico específico.

Tal distinción se aplicará al estudio en especie de los delitos contra la administración pública para efectos de una mejor precisión de los intereses lesionados con las conductas delictivas. p.14

## **Bien Jurídico Protegido en el delito de Peculado**

Según ROCA (2011) expresa lo siguiente:

Teniendo en cuenta que en el delito de Peculado concurren dos aspectos básicos, por una parte el quebrantamiento al correcto ejercicio de la función pública y por otro lado, la afectación al patrimonio público, se tendría que estudiar el Peculado desde tres perspectivas axiológicas: como un delito de carácter meramente patrimonial, como un delito que se agota en el correcto funcionamiento de la administración pública o como un delito de naturaleza pluriofensiva. p.14

## **Carácter Patrimonial**

Según ROCA (2011) expresa lo siguiente:

Una concepción patrimonial del Peculado puede tener como argumento a su favor la configuración histórica que tuvo el crimen de “peculatus” en el Derecho Romano que era concebido como un hurto de determinados bienes de especial relevancia, representando un delito contra la propiedad independientemente de que el autor fuese funcionario o no.

LUIS ROCA AGAPITO (2011), refiere que en el Derecho Alemán han sido derogados los preceptos en que se regulaba la malversación, que aquí conocemos como peculado, de forma autónoma, optando ahora por su sanción a través de los tipos comunes de apropiación indebida o de gestión desleal de negocios ajenos. En esta línea, CARLOS RODAS VERA (2011), en su artículo sobre “Consideraciones en Torno al Delito de Peculado”<sup>8</sup> analiza el Acuerdo Plenario N° 04-2005/CJ-116 del 30 de setiembre de 2005 de la Corte Suprema de Justicia de la República y concluye que si el delito de Peculado requiere que el funcionario público esté en vinculación funcional con los objetos apropiados, entonces el bien jurídico protegido sólo puede estar constituido por el patrimonio del Estado y no por un “deber de fidelidad e integridad de funcionario”, pues la posición de dominio que ostenta el funcionario es sobre los bienes y caudales públicos, siendo la infracción de deber una de las formas como se puede lesionar este bien jurídico, más no el bien jurídico protegido en sí.

Refiere que esto se encuentra en consonancia con el hecho de que el legislador penal duplica el plazo de prescripción de la acción penal para los delitos cometidos “contra el patrimonio del Estado”, es decir, se presupone la existencia de delitos de esta naturaleza. Asimismo, considerar un supuesto “deber de fidelidad e integridad del funcionario” como

bien jurídico protegido en el delito de peculado no parece corresponderse con la modalidad de peculado culposo previsto en nuestra legislación.

Para determinar si existe o no un perjuicio del patrimonio estatal se debe realizar un análisis diferenciado, dependiendo por ejemplo de organismos del Estado y de los fines para los cuales estaba destinado el patrimonio confiado; así, el nivel de riesgo permitido en la administración del patrimonio estatal puede variar dependiendo de si se trata de una empresa de economía mixta o de los fondos asignados a un municipio.

De esto, concluye el autor, que el objeto material del Peculado sólo pueden ser caudales o efectos más no por ejemplo, los servicios que puede ofrecer otro funcionario o servidor público, o cualquier otra persona que tenga cualesquiera vínculo jurídico o contractual con el Estado. p. 14-15

### **Correcto Funcionamiento de la Administración**

Según ROCA (2011) expresa lo siguiente:

Entre los autores que defienden la tesis del correcto funcionamiento de la administración pública como bien jurídico, se encuentran NELSON SALAZAR SANCHEZ (2011), quien refiere que el bien jurídico relevante es aquello que lacera las bases del sistema administrativo dentro de una configuración estricta señalada por los tipos penales in especie. Por ello, la perspectiva macro estima que lo protegido son las realidades normativas (correcto funcionamiento de la Administración Pública), argumento que se convierte en la piedra angular de la fundamentación penal.

Sin embargo, un sector de la doctrina basándose en la distinta naturaleza jurídica que posee el Peculado concluye que el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal de los delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios o servidores públicos radica en la infracción del deber de lealtad que dichos ciudadanos tienen respecto del patrimonio del Estado, la cual no es compartida por el autor al considerar que un Estado democrático no está diseñado para restringir la libertad de los ciudadanos cuando son desleales al patrimonio del estado o a sus normas y porque la deslealtad no es un criterio o elemento normativo del Derecho Penal sin un valor axiológico propio de la ética..

El autor opina que sólo cuando se crean y/o realizan riesgos típicos contra las realidades normativas es que se ven afectados los procesos de comunicación entre el Estado y los

ciudadanos, es decir, sólo cuando los caudales o efectos son lesionados o puestos en peligro, es que se lacera la correcta actividad prestacional de servicios de la Administración Pública, por cuanto se tergiversan los proceso comunicativos entre administradores y administrados.

LUIS MIGUEL REYNA ALFARO (2011), al respecto expresa que la fidelidad hacia la administración pública como bien jurídico tiene como obstáculo su incapacidad para responder a los atentados contra la administración pública realizados por particulares, quienes no tienen ese deber hacia el Estado

En este aspecto, LUIS ROCA AGAPITO (2011), concibe que un punto de vista axiológico del delito de Malversación español que aquí conocemos como Peculado, es aparte del aspecto patrimonial, la cualidad de funcionario del sujeto activo y en segundo lugar su relación específica con los caudales públicos (tenencia a su cargo por razón de sus funciones).

Así, la doctrina ha enfocado el tema desde dos puntos de vista distintos:

1) por un lado están quienes se fijan en la relación que media entre el funcionario y la Administración, estableciendo como bien jurídico protegido para estos delitos el deber del cargo. 2) Por otro lado se encuentran quienes, aún aceptando la existencia de tales deberes, dirigen su atención a la relación que se entabla entre la Administración y los ciudadanos, fijando como bien jurídico protegido el correcto funcionamiento de la Administración, es decir, la función pública como función de administrar.

Siendo así, existen 02 posturas en torno al bien jurídico protegido de los delitos de funcionarios:

a) La infracción del deber de cargo: Su tesis refiere que este delito se agota en la infracción de los deberes que tiene el funcionario para con la Administración. Se sanciona aquí la infidelidad, la deslealtad o traición del funcionario para con la Administración que ha depositado su confianza en él.

b) Los delitos de los funcionarios desde la perspectiva Administración – Ciudadano. Si antes la teoría del deber del cargo se fijaba únicamente en la relación que une al funcionario con la Administración, ahora los autores dirigirán su mirada a las relaciones que existen entre la Administración y los ciudadanos.

OCTAVIO DE TOLEDO, citado por Luis ROCA AGAPITO (2011), refiere que el concepto de Administración-Función se corresponde con el de Estado-Persona de corte totalitario que conduce en última instancia a que el objeto de tutela en estos delitos sea el Estado como persona jurídica que acoge, entre otras, la función de administrar.

La infracción del deber es ahora objetiva. Las funciones públicas que realizan los funcionarios no se ejercen en beneficio de la Administración sino que existen en beneficio de los ciudadanos. La Administración Pública es un medio o instrumento dirigido al fin común y no el fin en sí mismo.

Conforme a ello, este autor niega que el deber del cargo pueda considerarse como bien jurídico del peculado y cifra el bien jurídico en la función pública.

A juicio de LUIS ROCA AGAPITO (2011), la autoría se contrae a un determinado ámbito de personas que tienen una posición de deber, cuya infracción hace que sean castigados más gravemente que si el mismo comportamiento proviniese de un particular, añade por tanto, un plus disvalorativo.

Una posición que ha tenido importante nivel de recepción en la doctrina nacional, es la que identifica como bien jurídico a la regularidad en el ejercicio de la función pública. Esta tesis ha sido asumida en nuestro país por el profesor Juan Portocarrero Hidalgo y Jorge Hugo Álvarez, el doctor Portocarrero Hidalgo introduce al propio prestigio de la Administración, su posición es que la intervención punitiva del Estado en esta parcela se justifica a partir de su referencia a los administrados, esto es, a los ciudadanos, de modo tal que la tutela penal en el ámbito de la Administración Pública se justifica en tanto medio de satisfacción de los intereses prestacionales que dimanen del ejercicio de la función pública.

La protección penal que proporcionan los delitos contra la Administración Pública se dirige, ya no al deber de lealtad que tienen los funcionarios y ciudadanos para con la Administración, ni al ejercicio regular de la función pública, sino al funcionamiento correcto de la Administración Pública. El funcionamiento correcto de la Administración Pública adquiere concreción entonces a partir de su vinculación a los fines ulteriores de satisfacción de los intereses de la ciudadanía con sujeción a la Constitución y a la Ley.

p.15-17

### **Concepción Dual**

Según ROCA (2011) expresa lo siguiente:

Finalmente, están los doctrinarios que optan por un concepto Dual, calificando al Peculado como un delito pluriofensivo. Entre ellos, el español LUIS ROCA AGAPITO (2011), sostiene que en la moderna doctrina ningún sector doctrinal ha defendido el carácter puramente patrimonial del delito sino más bien ha concebido su naturaleza desde una perspectiva dual. Por una parte destacan el aspecto patrimonial, puesto que la conducta se proyecta sobre caudales o efectos públicos, y de otra parte se acepta como segundo componente la deslealtad del funcionario, en cuanto infracción de los deberes específicos de custodia y gestión de los caudales públicos que tiene el funcionario. El funcionario no sólo se apodera de lo ajeno sino que falta a la confianza depositada en él.

SUAREZ MONTES y RODRIGUEZ DEVESA, citados por LUIS ROCA AGAPITO (2011), refieren que el desvalor de la acción de la conducta del funcionario es un elemento integrante del contenido del injusto a la vez que el aspecto patrimonial, el bien jurídico protegido en España bajo el título de Malversación, son los intereses patrimoniales del Estado, la provincia, el municipio y en general de los entes públicos, tengan o no autonomía administrativa y de otro el desvalor de la acción ya que el autor se prevalece de sus funciones públicas.

CUAREZMA TERAN, citado por LUIS ROCA AGAPITO (2011), entiende que todo el bien jurídico es de signo patrimonial ya que lo primero que se ve afectado es la propiedad de la Administración Pública y la seguridad con que ésta trata de preservar el patrimonio público y en segundo lugar, el normal funcionamiento de aquélla en su aspecto patrimonial.

AGAPITO, concluye que el bien jurídico protegido sería la correcta gestión del patrimonio público destinado a la prestación de servicios públicos. Con ello se acoge, por una parte, el aspecto patrimonial y por otra, el aspecto del correcto funcionamiento de una Administración Pública prestacional.

En el ámbito nacional, FIDEL ROJAS VARGAS (2011) desdobra el bien jurídico en dos objetos específicos: a) garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública y b) evitar el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad, asegurando el principio constitucional de fidelidad a los intereses públicos al que están obligados los funcionarios y servidores.

Es interesante destacar que si bien el derecho penal toma a la administración pública como objeto de tutela en su dimensión objetiva o material, es decir, como actividad funcional, sin

embargo es el Estado como órgano global y la diversidad de sus instituciones (dimensión subjetiva) quien asume la titularidad de un sujeto pasivo. Se produce así el fenómeno de la integración de los dos ámbitos de la administración pública a través del derecho penal.

No obstante, puede hablarse, sin que existan problemas de contradicción lógica, de un *sujeto pasivo genérico*: el Estado y un *sujeto pasivo específico* (directo): la entidad estatal afectada o el funcionario (en determinados casos delictivos cometidos por particulares).

Este concepto es recogido del Acuerdo Plenario N° 04-2005/CJ-11619 del 30 de setiembre de 2005 de la Corte Suprema de Justicia de la República que, tomando como referencia las Ejecutorias Supremas del delito de Peculado, estableció como doctrina legal, entre otros, que “el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección legal: 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”.

Abundando un poco más en el tema, EFRAIN MONTES FLORES (2011), sostiene que al profesor Bernardo Feijoo le asiste toda la razón cuando afirma que “el bien jurídico del Peculado es supraindividual, de tipo funcional, que busca proteger el correcto funcionamiento de la Administración Pública”. Por ser el peculado un delito pluriofensivo, éste afecta varios intereses del genérico “correcto funcionamiento de la Administración Pública”.

Así se tiene que por un lado, se busca proteger el patrimonio del Estado, la confianza depositada en el funcionario o servidor público encargado de percibir, administrar o custodiar bienes del erario nacional, la seguridad con que la Administración Pública quiere preservar los bienes públicos y por otro lado, se quiere evitar el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público cuando quebranta deberes funcionales de lealtad y probidad.

A raíz de la última modificatoria al delito de Peculado mediante la Ley N° 29703, en la cual se agrava la pena cuando el monto de lo apropiado o utilizado sobrepase las 10 UIT, ALONSO RAUL PEÑA CABRERA FREYRE (2011), afirma que el funcionario o servidor público no puede darle a los caudales o efectos un destino contrario al previsto en la normatividad pública, si lo hace, sustrayendo los bienes de la esfera de la Administración o utilizándolos para fines privados, puede estar incurso en algunas de las modalidades típicas de Peculado. Por consiguiente, el bien jurídico tutelado está



representado por los objetivos legales que deben cumplir dichos bienes con arreglo a las funciones que desarrolle la Administración en servicio de la comunidad.

El autor continua diciendo que si bien se desprende un contenido patrimonial, pues la pérdida de los bienes supone una merma en el acervo patrimonial estatal, el bien jurídico no puede adquirir dicha caracterización, máxime cuando el reintegro del dinero (inclusive un monto superior al apropiado por el *intraneus*) no implica enervar la antijuricidad material de la conducta, sino apenas una atenuación de la pena según el marco penal imponible.

Por lo tanto, el desvalor del resultado, en términos monetarios, no había sido tomado en cuenta por el legislador para la construcción de una circunstancia de agravación; empero, ello no era óbice, par que dicho factor dinerario (valor del perjuicio) pueda ser valorado por el juzgador al momento de la determinación e individualización de la pena pues no es lo mismo la apropiación de una impresora que la de una maquinaria cuyo valor podrá sobrepasar los \$300,000.00 dólares americanos. p.17-20

### **Comentario de los Autores**

Nos quedamos con el concepto emitido por Abanto Vásquez, que encuadra el bien jurídico del Peculado como el patrimonio de la Administración Pública entendido de manera funcional. Refiere, que en el Código Penal peruano parece predominar la protección patrimonial y también la infracción del deber, pero últimamente hay una fuerte crítica a la idea del “deber del cargo” por considerarla propia de una visión autoritaria incompatible con un Estado social y democrático de Derecho, entonces si hay una “infracción del deber” ésta no constituye un bien jurídico, sino sólo un elemento del tipo penal. Luego, el interés inmediatamente protegido será solamente el patrimonio público entendido de manera funcional.

#### **1.7.2 NORMA**

##### **1.7.2.1 CÓDIGO PROCESAL PENAL (Decreto Legislativo N° 957)**

##### **ARTÍCULO 2° Principio de Oportunidad. -**

1. El Ministerio Público, de oficio o a pedido del imputado y con su consentimiento, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en cualquiera de los siguientes casos: a) Cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito, culposo o doloso, siempre que este último sea reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro

años, y la pena resulte innecesaria. b) Cuando se trate de delitos que no afecten gravemente el interés público, salvo cuando el extremo mínimo de la pena sea superior a los dos años de pena privativa de la libertad, o hubieren sido cometidos por un funcionario público en ejercicio de su cargo. c) Cuando conforme a las circunstancias del hecho y a las condiciones personales del denunciado, el Fiscal puede apreciar que concurren los supuestos atenuantes de los artículos 14°, 15°, 16°, 21°, 22° y 25° del Código Penal, y se advierta que no existe ningún interés público gravemente comprometido en su persecución. No será posible cuando se trate de un delito conminado con una sanción superior a cuatro años de pena privativa de libertad o cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo.

2. En los supuestos previstos en los incisos b) y c) del numeral anterior, será necesario que el agente hubiere reparado los daños y perjuicios ocasionados o exista acuerdo con el agraviado en ese sentido.

3. El Fiscal citará al imputado y al agraviado con el fin de realizar la diligencia de acuerdo, dejándose constancia en acta. En caso de inasistencia del agraviado, el Fiscal podrá determinar el monto de la reparación civil que corresponda. Si no se llega a un acuerdo sobre el plazo para el pago de la reparación civil, el Fiscal lo fijará sin que éste exceda de nueve meses. No será necesaria la referida diligencia si el imputado y la víctima llegan a un acuerdo y éste consta en instrumento público o documento privado legalizado notarialmente.

4. Realizada la diligencia prevista en el párrafo anterior y satisfecha la reparación civil, el Fiscal expedirá una Disposición de Abstención. Esta disposición impide, bajo sanción de nulidad, que otro Fiscal pueda promover u ordenar que se promueva acción penal por una denuncia que contenga los mismos hechos. De existir un plazo para el pago de la reparación civil, se suspenderán los efectos de dicha decisión hasta su efectivo cumplimiento. De no producirse el pago, se dictará Disposición para la promoción de la acción penal, la cual no será impugnabile.

5. Si el Fiscal considera imprescindible, para suprimir el interés público en la persecución, sin oponerse a la gravedad de la responsabilidad, imponer adicionalmente el pago de un importe a favor de una institución de interés social o del Estado y la aplicación de las reglas de conducta previstas en el artículo 64° del Código Penal, solicitará la

aprobación de la abstención al Juez de la Investigación Preparatoria, el que la resolverá previa audiencia de los interesados. Son aplicables las disposiciones del numeral 4) del presente artículo.

6. Independientemente de los casos establecidos en el numeral 1) procederá un acuerdo reparatorio en los delitos previstos y sancionados en los artículos 122, 185, 187, 189-A Primer Párrafo, 190, 191, 192, 193, 196, 197, 198, 205, 215 del Código Penal, y en los delitos culposos. No rige esta regla cuando haya pluralidad importante de víctimas o concurso con otro delito, salvo que, en este último caso, sea de menor gravedad o que afecte bienes jurídicos disponibles. El Fiscal de oficio o a pedido del imputado o de la víctima propondrá un acuerdo reparatorio. Si ambos convienen el mismo, el Fiscal se abstendrá de ejercitar la acción penal. Si el imputado no concurre a la segunda citación o se ignora su domicilio o paradero, el Fiscal promoverá la acción penal. Rige en lo pertinente el numeral 3).

7. Si la acción penal hubiera sido promovida, el Juez de la Investigación Preparatoria, previa audiencia, podrá a petición del Ministerio Público, con la aprobación del imputado y citación del agraviado, dictar auto de sobreseimiento -con o sin las reglas fijadas en el numeral 5)- hasta antes de formularse la acusación, bajo los supuestos ya establecidos. Esta resolución no será impugnable, salvo en cuanto al monto de la reparación civil si esta es fijada por el Juez ante la inexistencia de acuerdo entre el imputado y la víctima, o respecto a las reglas impuestas si estas son desproporcionadas y afectan irrazonablemente la situación jurídica del imputado.

8. El Fiscal podrá también abstenerse de ejercer la acción penal, luego de la verificación correspondiente, en los casos en que el agente comprendido en la comisión de los delitos previstos en los artículos 307-A, 307-B, 307-C, 307-D y 307-E del Código Penal, suspenda sus actividades ilícitas de modo voluntario, definitivo e indubitable, comunicando este hecho al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental mediante instrumento de fecha cierta. Si la acción penal hubiera sido ya promovida, se aplican, en lo pertinente, las mismas reglas establecidas en el presente artículo.

9. No procede la aplicación del principio de oportunidad ni del acuerdo reparatorio cuando el imputado:

a) Tiene la condición de reincidente o habitual, de conformidad con los artículos 46-B y 46-C del Código Penal;

b) Sin tener la condición de reincidente o habitual, se hubiera acogido al principio de oportunidad o acuerdo reparatorio en dos ocasiones anteriores, dentro de los cinco años de su última aplicación, siempre que se trate, en todos los casos, de delitos de la misma naturaleza o que atenten contra un mismo bien jurídico;

c) Sin tener la condición de reincidente o habitual, se hubiera acogido al principio de oportunidad o acuerdo reparatorio dentro de los cinco años anteriores a la comisión del último delito; o,

d) Sin tener la condición de reincidente o habitual, se hubiera acogido con anterioridad al principio de oportunidad o acuerdo reparatorio y no haya cumplido con reparar los daños y perjuicios ocasionados o lo establecido en el acuerdo reparatorio.

En estos casos, el Fiscal promueve indefectiblemente la acción penal y procede de acuerdo con sus atribuciones. Lo dispuesto en el numeral 9) es aplicable también para los casos en que se hubiere promovido la acción penal."

### **1.7.2.2 CÓDIGO PENAL**

#### **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 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 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.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En estos casos, la pena

privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de 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.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa.” (\*)

## **II. MATERIAL Y MÉTODOS**

### **2.1.- Tipo y diseño de la investigación**

#### **2.1.1 Tipo de investigación**

En la presente investigación se realizó de manera PROPOSITIVO; pues según Sampieri este tipo de estudios tienen como propósito medir el grado de relación que exista entre dos o más conceptos o variables, miden cada una de ellas y después, cuantifican y analizan la vinculación. Tales correlaciones se sustentan en hipótesis sometidas a prueba.

Si dos variables están correlacionadas y se conoce la magnitud de la asociación, se tiene base para predecir, con mayor o menor exactitud. Pero también se llega a dar que aparentemente dos variables estén relacionadas, pero que en realidad no sea así. Esto se conoce como Correlación Espuria, por ejemplo: supongamos que se presenta la siguiente tendencia, a mayor estatura, mayor inteligencia; estos resultados no tendrían sentido. No podríamos decir que la estatura se correlaciona con la inteligencia, aunque los resultados del estudio así lo indicaran.

La relación existente entre (variable 1 independiente) que es el principio de oportunidad y la (variable 2 dependiente) que es el delito de peculado culposo cometido por Funcionario Público se demuestra que en la realidad el principio de oportunidad no se puede llevarse a cabo, porque en su Reglamento y el Artículo N° 2 del Nuevo Código Procesal Penal Peruano, estipula que el Ministerio Público no se puede abstener de ejercitar la acción penal para los Funcionarios Públicos, y el delito de peculado culposo es un delito realizado netamente por un Funcionario Público.

### **2.2 Diseño de la investigación**

#### **2.2.1 Diseño No Experimental**

Según Sampieri, la investigación no experimental es investigación sistemática y empírica en la que las variables independientes no se manipulan porque ya han sucedido. Las inferencias sobre las relaciones entre variables se realizan sin intervención o influencia directa y dichas relaciones se observan tal y como se han dado en su contexto natural.

### **2.3 Método de Investigación:**

#### **2.3.1 Método Cualitativo**

Según Sampieri, el enfoque cualitativo lo que nos modela es un proceso inductivo contextualizado en un ambiente natural, esto se debe a que en la recolección de datos se

establece una estrecha relación entre los participantes de la investigación sustrayendo sus experiencias e ideologías en detrimento del empleo de un instrumento de medición predeterminado. En este enfoque las variables no se definen con la finalidad de manipularse experimentalmente, y esto nos indica que se analiza una realidad subjetiva además de tener una investigación sin potencial de réplica y sin fundamentos estadísticos.

### **2.3.- POBLACIÓN Y MUESTRA**

La población objetivo de la presente investigación estuvo conformada por Fiscales, Jueces, Abogados, Funcionarios Públicos.

Para fines de la presente, el tipo de muestra corresponde a un muestreo pirobalística ya que se ha seleccionado los sujetos al azar, cuyo tamaño se presenta de la siguiente manera:

La población de informantes para los cuestionarios serán Abogados y Fiscales, que se encuentran relacionados directa e indirectamente a temas de la tesis.

- Fiscales de la Fiscalía Especializada en Corrupción de Funcionarios y Fiscalías Corporativas de Chiclayo.

- Abogados especialistas: debido a la población profesional de abogados que son un total de 7771, de los cuales el 35% son especialistas de derecho de penal, siendo la cantidad de 2720.

Para demostrar que el principio de oportunidad para los Funcionarios Públicos en el delito de peculado culposo se realizó una encuesta la que nos arrojó resultados contundentes acerca de este caso.

Ahora bien, para delimitar nuestro número de encuestados se aplicó la siguiente formula:

**FÓRMULA:**

$$n = \frac{Z^2 (N) (p) (q)}{Z^2 (p) (q) + e^2 (N-1)}$$

El número total de abogados en colegio de abogados es de 7771, el 35% son abogados especialistas en Derecho Penal, es decir, existen 2720 abogados en la ciudad de Lambayeque.

Donde:

n = Muestra

(N) = 100 "Población total"

(p)(q) = 0.25 "Proporción máxima que puede afectar a la muestra"

Z = 1.96 "El 95% de confianza de nuestro estudio"

e = 0.095 "Margen de error"

$$\Rightarrow n = \frac{(1.96)^2 (7771) (0.25)}{(1.96)^2 (0.25) + (0.095)^2 (2720-1)}$$

$$\Rightarrow n = \frac{(3.8416)(7771) (0.25)}{(3.8416)(0.25) + (0.009025) (2719)} \Rightarrow n = \frac{7463}{(0.9604)+(24.94)}$$

$$\Rightarrow n = \frac{7463.23}{93} \Rightarrow n = 80 \Rightarrow \boxed{n = 80}$$

### 2.3 VARIABLES Y OPERACIONALIZACIÓN

La operacionalización de variables, se funda en establecer el método apropiado mediante el cual las variables serán estudiadas, de acuerdo al tipo y diseño de investigación.

Kerlinger (1979) señala que "Una definición operacional está constituida por una serie de procedimientos o indicaciones para realizar la medición de una variable definida conceptualmente".



La base de todo el procedimiento de diseño del cuestionario es la operacionalización de las variables, tarea que consiste en traducir la variable conceptual en una variable indicadora. En otras palabras, se trata de un procedimiento en el cual se traduce el concepto teórico a observables empíricos y, por lo tanto, es de fundamental importancia ya que de la congruencia entre ambos dependerá la validez del cuestionario. (Urbano y Yuni, 2006, p. 67).

<b>VARIABLES</b>	<b>DEFINICIÓN CONCEPTUAL</b>	<b>DIMENSIONES</b>	<b>INDICADORES</b>	<b>INSTRUMENTOS</b>
V.D Peculado Culposo cometido por Funcionario Público.	Código Penal peruano (2016) , Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos.	1. Código Penal peruano 2. Doctrina 3.Legislación Comparada Código Penal Chileno.	1. Art. N° 387. 2. “El delito de peculado” 3. Art N° 234.	Encuesta  Entrevista
V.I Principio de Oportunidad.	(Roxin, 1989) Definiendo el Principio de Oportunidad: como aquél mediante el cual se autoriza al Fiscal a votar entre elevar la acción o abstenerse de hacerlo	1.Nuevo Código Procesal Penal peruano. 2.Doctrina. 3.Reglamento.	1. Art. 02. 2. “El principio de Oportunidad” 3. Reglamento del Principio de Oportunidad 2018.	Encuesta  Entrevista

## **.2.5. Técnicas e instrumentos de recolección de datos**

### **- La encuesta**

Técnica estructurada por el investigador con la finalidad de encontrar respuestas a la realidad que, estudiada, enfocada en cuestionar y recaudar información por medio de preguntas a una determinada muestra, con el objetivo de descubrir la certeza o negativa de la hipótesis que se plantea en la investigación.

El cuestionario constará de 10 preguntas cerrada, las cuales serán seleccionadas de acuerdo al nivel de importancia y los objetivos planteados.

### **- Análisis documental**

Técnica que permita el estudio de un contexto por mejorar, enfocada en los campos de investigación y la forma desde una perspectiva pasada hasta la actualidad; utilizada desde tiempos atrás con la premisa enfocada en que ninguna investigación puede avanzar si no existe antecedentes de dicha realidad o teóricos.

### **- El fichaje**

Es una técnica de gabinete que permite fijar información extraída de fuentes primarias y secundarias; entre ellas tenemos: registro, resumen, textuales.

### III. RESULTADOS

**Tabla 1**

<i>Datos generales de informantes</i>		<b>FRECUENCIA</b>	<b>PORCENTAJE</b>
<b>SITUACIÓN, PROFESIÓN O CARGO</b>			
	Fiscal	15	19
	Docente universitario	10	13
	Juez	5	6
	Abogado	26	33
	Funcionario público	24	30
<b>SEXO</b>			
	Masculino	48	60
	Femenino	32	40
<b>TIEMPO DE SERVICIO(AÑOS)</b>			
	<5 años	18	23
	6 – 10 años	28	35
	11 – 18 años	17	21
	19 – 26 años	11	14
	>27 años	6	8

*Fuente: Encuesta elaborada por los investigadores*

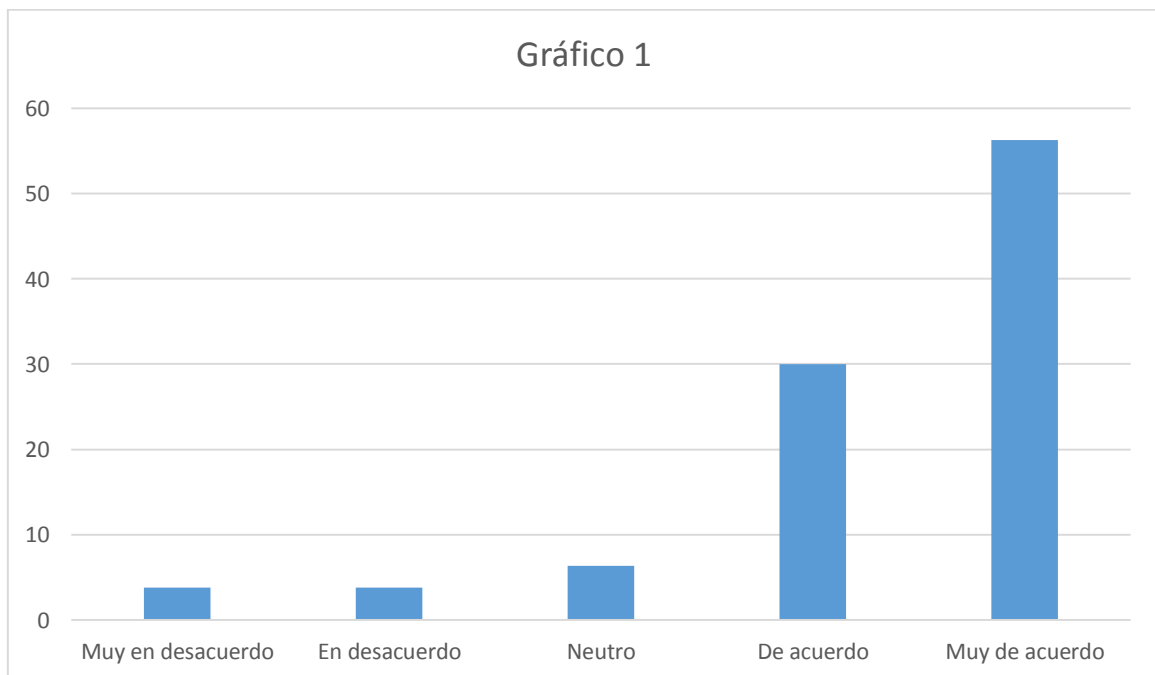
De acuerdo con los datos obtenidos se puede establecer que, de un total de 80 personas que corresponden al 100%, en referencia a su situación laboral actual, el 30% indicó ser funcionario público, el 33% abogado, 13% docente universitario y finalmente jueces y fiscales con un 25%, en relación al género de los participantes el 60% de los participantes indicaron ser del sexo masculino y el 40% restante de sexo femenino, finalmente en relación al tiempo de servicio el 21% indicaron tener entre 11 a 18 años de servicio, un 23% que indico tener menos de 5 años de servicio, un 35% indico tener entre 6 y 10 años de servicio y finalmente un 32% indico tener más de 19 años de servicio.

**Tabla 2**

*Tipos de peculado.*

¿Existe diferencia entre el delito de peculado culposo con el delito de peculado doloso?	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Muy en desacuerdo	3	3.8
En desacuerdo	3	3.8
Neutro	5	6.3
De acuerdo	24	30.0
Muy de acuerdo	45	56.3

*Fuente: Encuesta elaborada por los investigadores*



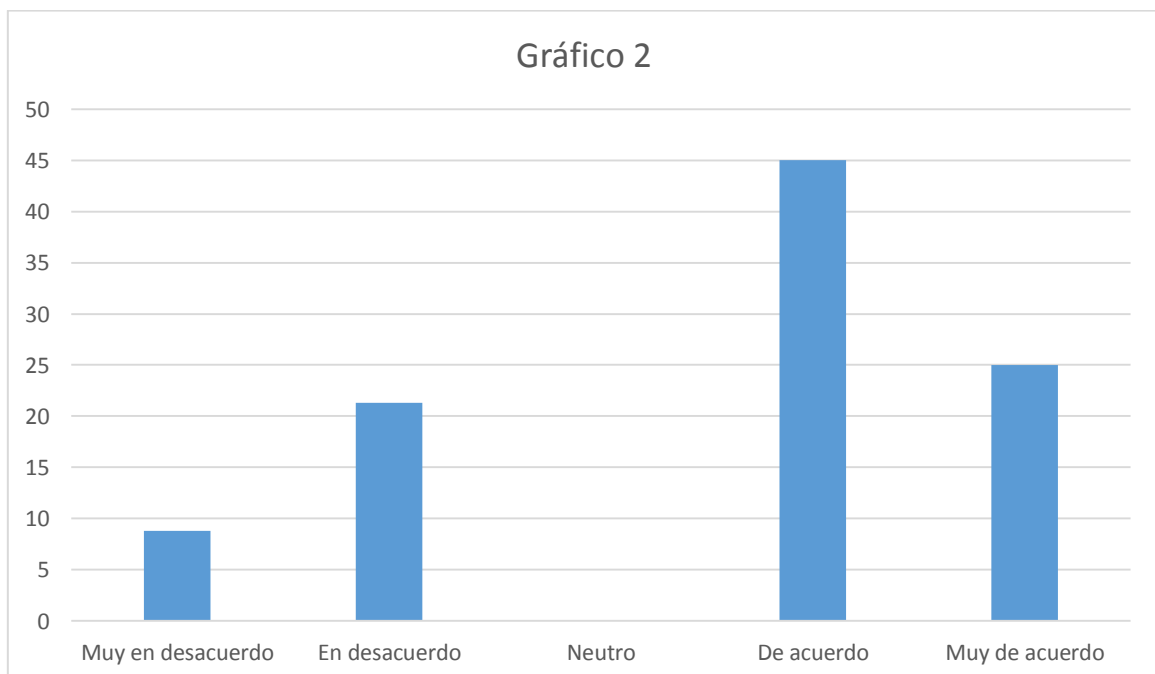
De acuerdo con los datos obtenidos se puede establecer que, de un total de 80 personas que corresponden al 100%, el 30% de la población encuestada se muestra **DE ACUERDO** con que existe mucha diferencia entre delito de peculado culposo con el delito de peculado doloso, un 56.3% indica estar **MUY DE ACUERDO**, un 6.3% mantiene una **POSICION NEUTRAL** y un 7.6% en **DESACUERDO** y **MUY EN DESACUERDO**.

**Tabla 3**

*Pena en el delito de peculado culposo.*

¿Estás de acuerdo que la pena estipulada en el artículo N° 387 del Código Penal Peruano sobre el delito de peculado culposo no sea mayor de dos años de pena privativa de la libertad?	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Muy en desacuerdo	7	8.8
En desacuerdo	17	21.3
Neutro	0	0.0
De acuerdo	36	45.0
Muy de acuerdo	20	25.0

*Fuente: Encuesta elaborada por el investigador*



De acuerdo con los datos obtenidos se puede establecer que, de un total de 80 personas que corresponden al 100%, el 45% de la población encuestada se muestra **DE ACUERDO** con

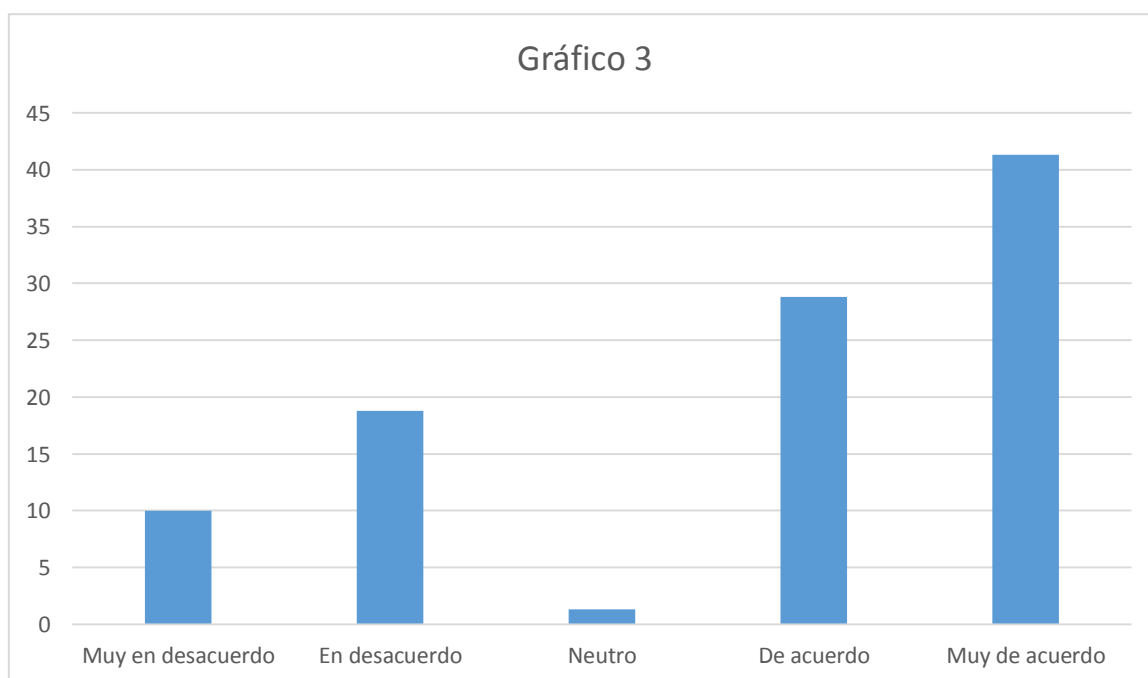
la pena estipulada en el artículo N° 387 del Código Penal Peruano, un 25% indica estar **MUY DE ACUERDO** y un 30.1% en **DESACUERDO** y **MUY EN DESACUERDO**.

**Tabla 4**

*Gravedad del peculado culposo.*

<b>¿Considera al delito de peculado culposo como un delito de bagatela?</b>	<b>FRECUENCIA</b>	<b>PORCENTAJE</b>
Muy en desacuerdo	8	10.0
En desacuerdo	15	18.8
Neutro	1	1.3
De acuerdo	23	28.8
Muy de acuerdo	33	41.3

*Fuente: Encuesta elaborada por los investigadores*



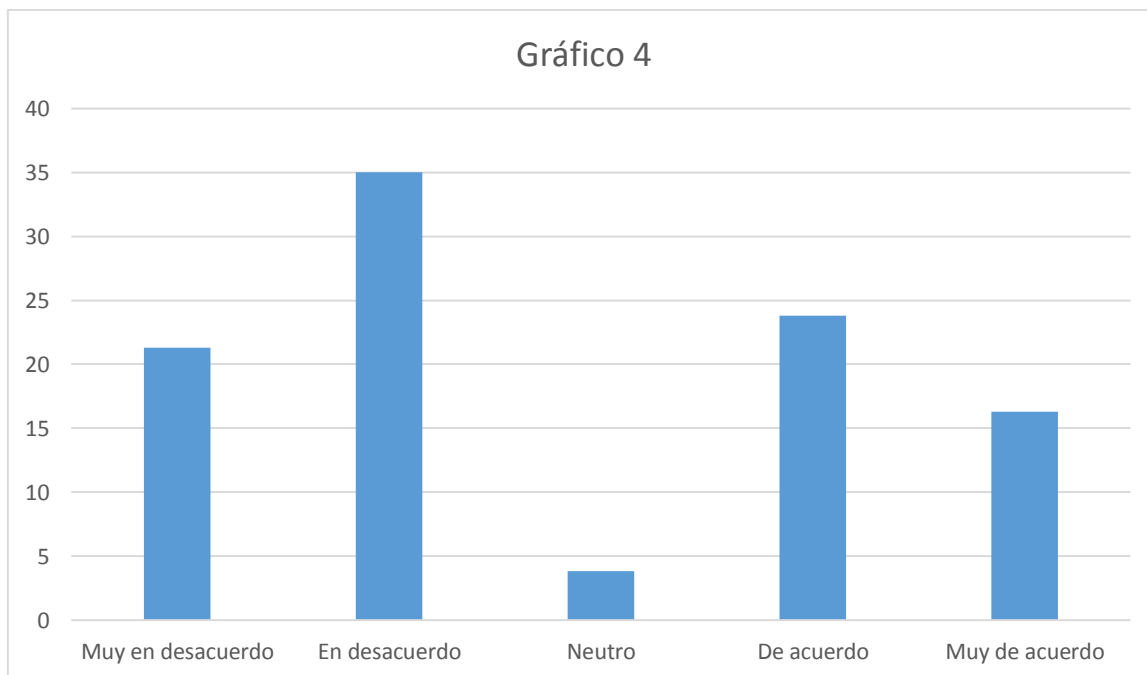
De acuerdo con los datos obtenidos se puede establecer que, de un total de 80 personas que corresponden al 100%, el 28.8% de la población encuestada se muestra **DE ACUERDO** en considerar al delito de peculado culposo como un delito de bagatela, un 41.3% indica estar **MUY DE ACUERDO**, un 1.3% mantiene una **POSICION NEUTRAL** y un 28.8% en **DESACUERDO y MUY EN DESACUERDO**.

**Tabla 5**

*Actualidad de la no aplicación del principio de oportunidad.*

<b>¿Está de acuerdo que en la actualidad no se aplique el principio de oportunidad al Funcionario Público cuando comete el delito de peculado culposo?</b>	<b>FRECUENCIA</b>	<b>PORCENTAJE</b>
Muy en desacuerdo	17	21.3
En desacuerdo	28	35.0
Neutro	3	3.8
De acuerdo	19	23.8
Muy de acuerdo	13	16.3

*Fuente: Encuesta elaborada por los investigadores*



De acuerdo con los datos obtenidos se puede establecer que, de un total de 80 personas que corresponden al 100%, el 23.8% de la población encuestada se muestra **DE ACUERDO** con que no se aplique el principio de oportunidad al funcionario público cuando comete un delito en ejercicio de su cargo, un 16.3% indica estar **MUY DE ACUERDO**, un 3.8% mantiene una **POSICION NEUTRAL** y un 56.3% en **DESACUERDO** y **MUY EN DESACUERDO**.

**Tabla 6**

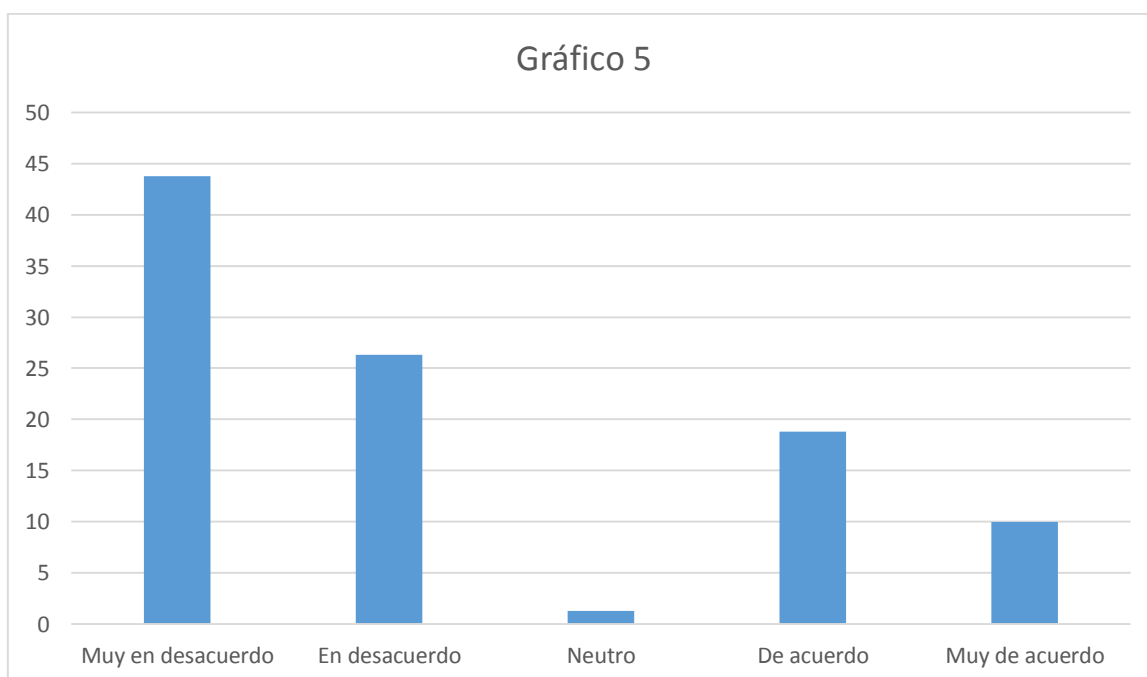
*Alternativas sobre una posible aplicación del principio de oportunidad.*

¿Considera que se debería aplicar el principio de oportunidad para los Funcionarios Públicos en ejercicio de su cargo, cuando hayan cometido delitos dolosos donde la pena no supere los cuatro años de pena privativa de la libertad?	FRECUENCIA	PORCENTAJE



Muy en desacuerdo	35	43.8
En desacuerdo	21	26.3
Neutro	1	1.3
De acuerdo	15	18.8
Muy de acuerdo	8	10.0

*Fuente: Encuesta elaborada por el investigador*



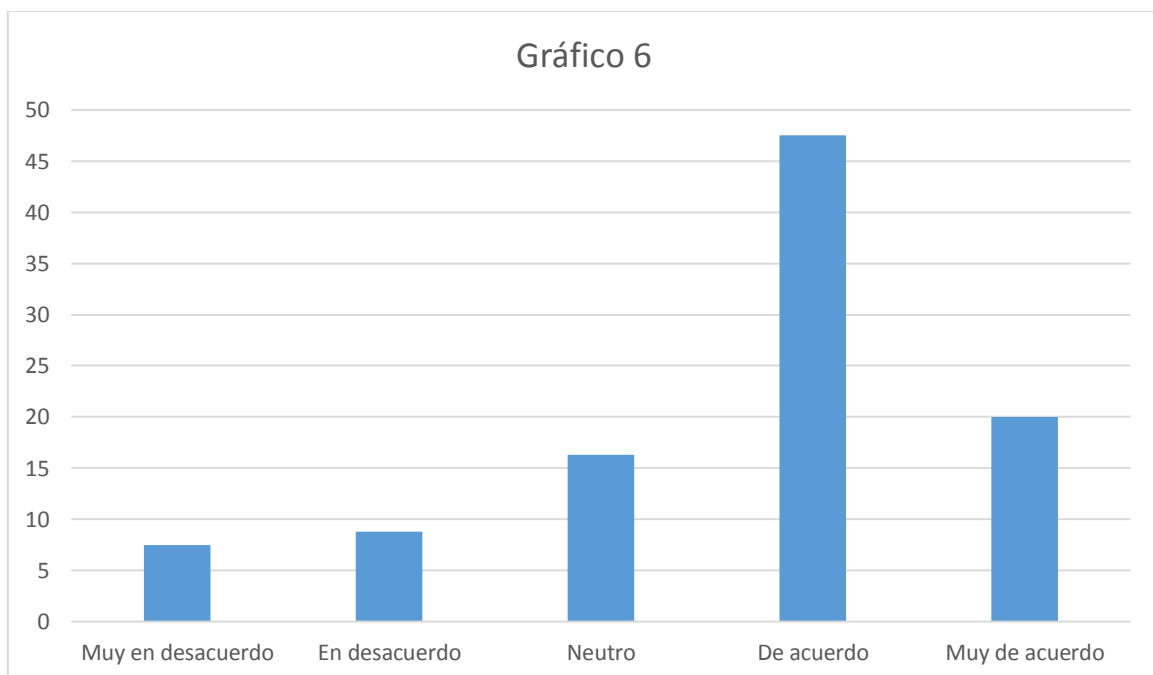
De acuerdo con los datos obtenidos se puede establecer que, de un total de 80 personas que corresponden al 100%, el 18.8% de la población encuestada se muestra **DE ACUERDO** con que se debería aplicar el principio de oportunidad para los funcionarios públicos en ejercicio de su cargo, cuando hayan cometido delitos dolosos donde la pena no supere los cuatro años de pena privativa de la libertad, un 10% indica estar **MUY DE ACUERDO**, un 1.3% mantiene una **POSICION NEUTRAL** y un 70.1% en **DESACUERDO** y **MUY EN DESACUERDO**.

**Tabla 7**

*Logros de la nueva aplicación del principio de oportunidad.*

<b>¿En caso se llegara a aplicar el principio de oportunidad al Funcionario Público, en el delito de peculado culposo, considera usted que se obtendría el logro de resarcir rápido el daño ocasionado?</b>	<b>FRECUENCIA</b>	<b>PORCENTAJE</b>
Muy en desacuerdo	6	7.5
En desacuerdo	7	8.8
Neutro	13	16.3
De acuerdo	38	47.5
Muy de acuerdo	16	20.0

*Fuente: Encuesta elaborada por los investigadores*



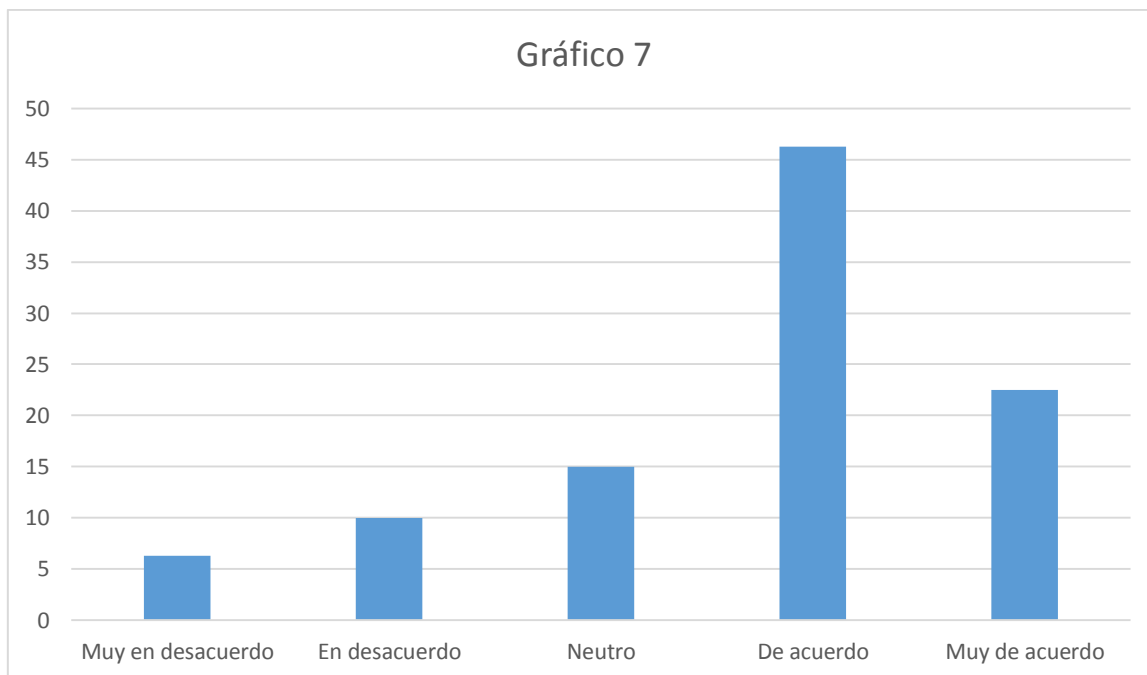
De acuerdo con los datos obtenidos se puede establecer que, de un total de 80 personas que corresponden al 100%, el 47.5% de la población encuestada se muestra **DE ACUERDO** con que si se llegara a aplicar el principio de oportunidad al funcionario público, en el delito de peculado culposo, se podría resarcir rápido el daño ocasionado, un 20% indica estar **MUY DE ACUERDO**, un 16.3% mantiene una **POSICION NEUTRAL** y un 16.3% en **DESACUERDO y MUY EN DESACUERDO**.

**Tabla 8**

*Beneficios en la nueva aplicación del principio de oportunidad.*

<b>¿En caso se llegara a aplicar el principio de oportunidad al Funcionario Público, en el delito de peculado culposo, considera usted que se disminuiría una parte de la carga procesal?</b>	<b>FRECUENCIA</b>	<b>PORCENTAJE</b>
Muy en desacuerdo	5	6.3
En desacuerdo	8	10.0
Neutro	12	15.0
De acuerdo	37	46.3
Muy de acuerdo	18	22.5

*Fuente: Encuesta elaborada por los investigadores*



De acuerdo con los datos obtenidos se puede establecer que, de un total de 80 personas que corresponden al 100%, el 46.3% de la población encuestada se muestra **DE ACUERDO** con que se podría disminuir una carga de la parte procesal en caso se llegara a aplicar el principio de oportunidad a un funcionario en el delito de peculado culposo, un 22.5% indica estar **MUY DE ACUERDO**, un 15% mantiene una **POSICION NEUTRAL** y un 16.3% en **DESACUERDO** y **MUY EN DESACUERDO**.

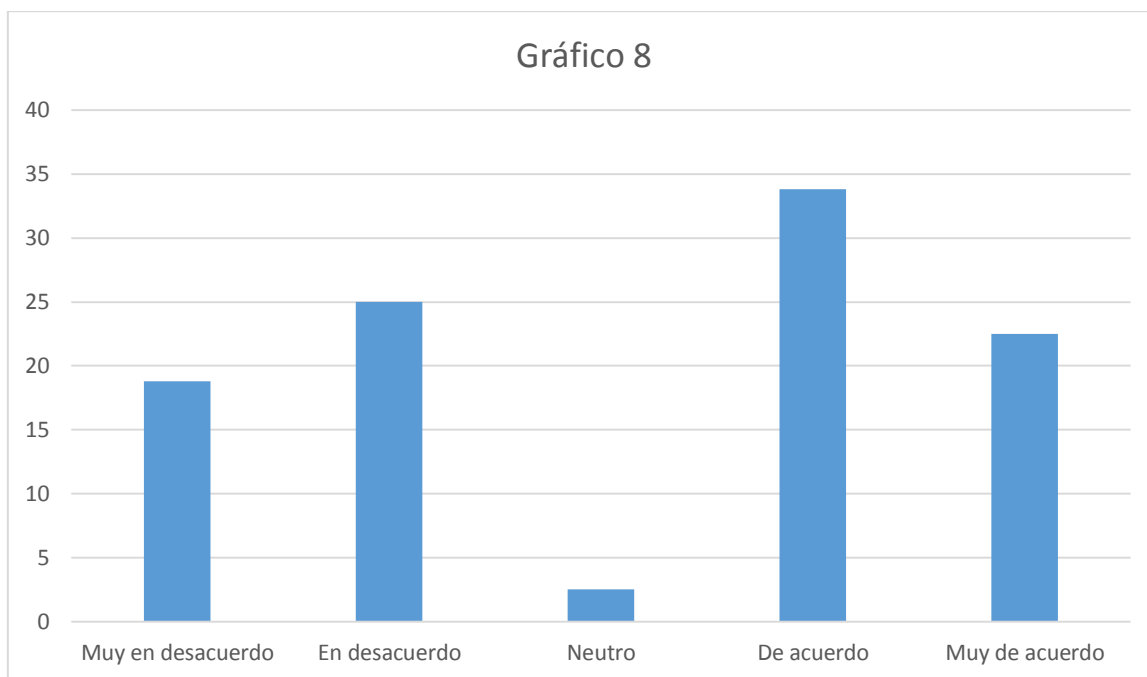
**Tabla 9**

*Proyecto de Ley en el principio de oportunidad.*

¿Si usted fuera Funcionario Público, propondría un proyecto de ley para que se aplique el principio de oportunidad para los Funcionarios Públicos, solamente para el delito de peculado culposo?	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Muy en desacuerdo	15	18.8

En desacuerdo	20	25.0
Neutro	2	2.5
De acuerdo	27	33.8
Muy de acuerdo	18	22.5

*Fuente: Encuesta elaborada por los investigadores*



De acuerdo con los datos obtenidos se puede establecer que, de un total de 80 personas que corresponden al 100%, el 33.8% de la población encuestada se muestra **DE ACUERDO** con que exista un proyecto de ley para que se aplique el principio de oportunidad para funcionarios públicos solamente por el delito de peculado culposo, un 22.5% indica estar **MUY DE ACUERDO**, un 2.5% mantiene una **POSICION NEUTRAL** y un 43.8% en **DESACUERDO** y **MUY EN DESACUERDO**.

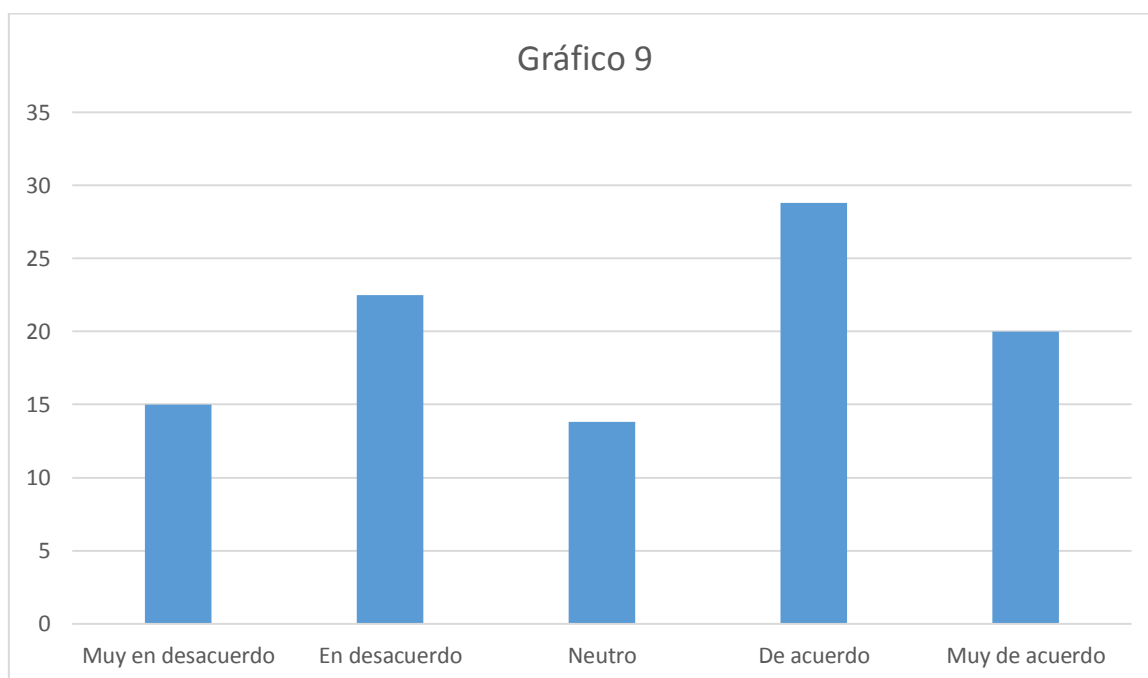
**Tabla 10**

*La no reincidencia en la nueva aplicación del principio de oportunidad.*

¿En caso se aplicara el principio de oportunidad para el Funcionario Público	FRECUENCIA	PORCENTAJE

cuando cometiera un delito de peculado culposo, estaría de acuerdo que se aplique dicho principio por sólo una ocasión?		
Muy en desacuerdo	12	15.0
En desacuerdo	18	22.5
Neutro	11	13.8
De acuerdo	23	28.8
Muy de acuerdo	16	20.0

*Fuente: Encuesta elaborada por los investigadores*



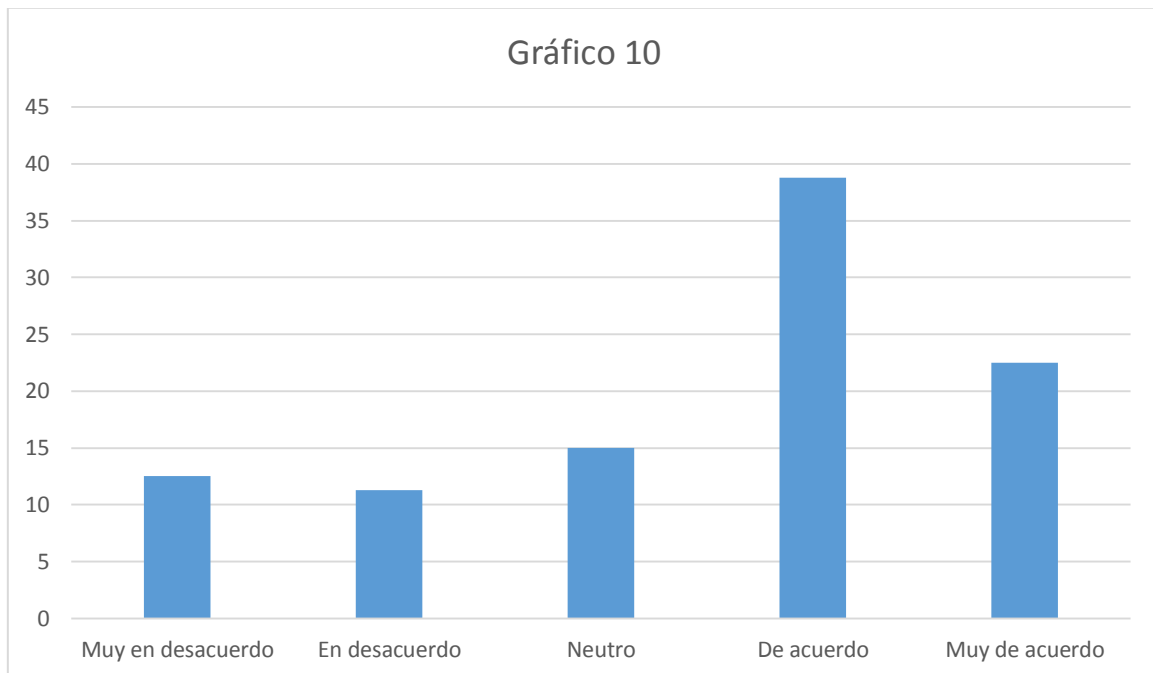
De acuerdo con los datos obtenidos se puede establecer que, de un total de 80 personas que corresponden al 100%, el 28.8% de la población encuestada se muestra **DE ACUERDO** con que se aplique el principio de oportunidad cuando se cometa un delito de peculado culposo, solo por una ocasión, un 20% indica estar **MUY DE ACUERDO**, un 13.8% mantiene una **POSICION NEUTRAL** y un 37.5% en **DESACUERDO** y **MUY EN DESACUERDO**.

**Tabla 11**

*Razones para la nueva aplicación del principio de oportunidad.*

<b>¿Si Usted fuera un Funcionario Público y por culpa comete el delito de peculado, le interesaría tener un derecho que lo ampare en la norma, para que se le pueda aplicar el principio de oportunidad?</b>	<b>FRECUENCIA</b>	<b>PORCENTAJE</b>
Muy en desacuerdo	10	12.5
En desacuerdo	9	11.3
Neutro	12	15.0
De acuerdo	31	38.8
Muy de acuerdo	18	22.5

*Fuente: Encuesta elaborada por los investigadores*



De acuerdo con los datos obtenidos se puede establecer que, de un total de 80 personas que corresponden al 100%, el 38.8% de la población encuestada se muestra **DE ACUERDO** con que exista un derecho que permita aplicar el principio de oportunidad, un 22.5% indica estar **MUY DE ACUERDO**, un 15% mantiene una **POSICION NEUTRAL** y un 23.8% en **DESACUERDO y MUY EN DESACUERDO**.



#### IV. DISCUSIÓN.

El Principio de Oportunidad está regulado en el Art.º 2 del Nuevo Código Procesal Penal Peruano donde estipula que el fiscal puede abstenerse de ejercitar la acción penal cuando:

1. El Ministerio Público, de oficio o a pedido del imputado y con su consentimiento, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en cualquiera de los siguientes casos:

a) Cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito, culposo o doloso, siempre que este último sea reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, y la pena resulte innecesaria. b) Cuando se trate de delitos que no afecten gravemente el interés público, salvo cuando el extremo mínimo de la pena sea superior a los dos años de pena privativa de la libertad, o hubieren sido cometidos por un funcionario público en ejercicio de su cargo. c) Cuando conforme a las circunstancias del hecho y a las condiciones personales del denunciado, el Fiscal puede apreciar que concurren los supuestos atenuantes de los artículos 14º, 15º, 16º, 21º, 22º y 25º del Código Penal, y se advierta que no existe ningún interés público gravemente comprometido en su persecución. No será posible cuando se trate de un delito conminado con una sanción superior a cuatro años de pena privativa de libertad o cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo.

2. En los supuestos previstos en los incisos b) y c) del numeral anterior, será necesario que el agente hubiere reparado los daños y perjuicios ocasionados o exista acuerdo con el agraviado en ese sentido.

Según el 61.13 % de la muestra encuestada, cuyos resultados resultan beneficiosos para la aplicación del Principio de Oportunidad para los funcionarios públicos en el delito de peculado culposo en nuestro país.

De los resultados obtenidos podemos observar el 48.8 % en caso se aplicará el Principio de Oportunidad para los Funcionarios Públicos en el delito de peculado culposo se aplicaría solo por una ocasión.

Señalando que si se llegara a aplicar el principio de oportunidad al Funcionario Público, en el delito de peculado culposo, se considera que se disminuiría una parte de la

carga procesal en nuestro país, esto sería una de los principales beneficios que se obtendría lograr su aplicación.

De acuerdo con los datos obtenidos corresponden el 68.8% de la población encuestada se muestra estar de acuerdo con que se podría disminuir una carga de la parte procesal en caso se llegara a aplicar el principio de oportunidad a un Funcionario en el delito de peculado culposo.

Según PEÑA (2013) respecto a las VENTAJAS DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD, indica lo siguiente:

- Lograr la descongestión de la actual carga procesal que existe, herramienta por la cual descongestiona el recargado despacho judicial, auxiliando de forma rápida y eficaz a la víctima que incurrió en hechos prohibidos por nuestra legislación Penal. Trayendo como consecuencia un ahorro para el estado y para los justiciables.

- Contribuye a la integración y el resarcimiento del daño de una manera eficaz y rápida en la aplicación a los delitos considerados de bagatela.

- Se configura como un tratamiento distinto entre hechos punibles, con un mínimo interés social y en los que la pena carezca de significación; naturaleza mínima de la infracción.

- Evitar total o parcialmente la punición de algunos delitos cuando esto permita el descubrimiento y sanción de ilícitos de mayor gravedad y poder obtener mayor prioridad de otros intereses sobre el de aplicación de la pena, sobre todo en delitos de mediana gravedad.

Finalmente según los resultados obtenidos, se refleja si el caso de ser fuera Funcionario Público, se propondría un proyecto de ley para que se aplique el principio de oportunidad para los Funcionarios Públicos, solamente para el delito de peculado culposo, donde arroja como resultado el 46.3% de la población encuestada se muestra de acuerdo y un 16.3% en desacuerdo.

## V. CONCLUSIONES

1. Que según los resultados de las encuestas realizadas gran parte de la muestra encuestada si aprueba que se aplique el principio de oportunidad para el Funcionario Público, cuando cometa sólo el delito de peculado culposo, pero dicha aplicación sea por única ocasión.
2. Se pudo diagnosticar el estado actual del principio de oportunidad con el delito de peculado culposo, con la cual pudimos apreciar que en la actualidad no se aplica por el hecho que en el delito de peculado culposo el sujeto activo es el Funcionario Público y tal principio no está disponible para que se le aplique.
3. Pudimos identificar cuáles son los factores influyentes por el cual se podría aplicar el Principio de Oportunidad para un Funcionario Público, uno de los factores es que se podría aplicar al delito de peculado culposo porque la pena máxima no supera los dos años de pena privativa de libertad, no se utiliza el dolo, y sólo se podría realizar en una sola ocasión dicha aplicación.
4. Para tal aplicación se tendría que modificar el artículo N° 2, incorporando en un numeral que el Fiscal se abstendrá de ejercitar la acción Penal, si es que el Funcionario Público haya cometido sólo el delito de peculado culposo, y dicha aplicación será por única vez.
5. Al aplicarse el principio de oportunidad para los Funcionarios Públicos en el delito de peculado culposo, se podría descongestionar una parte de la carga procesal, y se resarciría de manera inmediata el daño ocasionado.
6. Se recomienda modificar el artículo N° 2 del Nuevo Código Procesal Penal, incorporando el principio de oportunidad para los funcionarios públicos en el solo cuando cometa el delito de peculado culposo por única vez.
7. Se recomienda se apertura un debate legislativo a fin de discutir sobre el artículo N° 2 del Código Procesal Penal peruano, sobre el principio de oportunidad en los

Funcionarios Públicos, para que analicen si se podría aplicar en otros delitos leves cuya pena máxima no supere los 2 años de pena privativa de la libertad, y así los Fiscales se puedan avocar en delitos graves cometidos por Funcionarios Públicos.

8. Que los Fiscales consideren el delito de peculado culposo como una causal de abstenerse de ejercitar la acción penal, a través del principio de oportunidad.
  
9. Según la entrevista que se realizó al Fiscal de la Fiscalía Especializada en delitos de corrupción de Funcionarios, nos comentaba que si se aplicara el principio de oportunidad para delitos leves, se podría descongestionar parte de la carga procesal y tendrían más tiempo en dedicarse de los delitos graves.

## VI. REFERENCIAS

1. Abanto, M. (2003) *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Lima: Editorial Palestra.
2. Alvarez, H. (2002) *Delitos cometidos por Funcionarios Públicos contra la Administración Pública*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
3. Anaya, D. (2004) *El Proceso Penal Peruano*. Huaraz: Editorial Fecat.
4. Angulo, P. (2004) *El principio de oportunidad en el Perú*. Lima: Editorial Palestra.
5. Arbulu, V. (2013) *Derecho Procesal Penal*. Lima-Perú: Editorial Legales.
6. Armenta, D (1991) *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad*. Barcelona: Editorial PPU.
7. Buompadre, E. (2009) *Delitos contra la Administración Pública*. Buenos Aires: Editorial Mave.
8. Bustos, J. (2004) *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Editorial Ara.
9. Calderon, S. (2001) *Derecho Procesal Didáctico*. Lima: Editorial San Marcos.
10. Calderon, S. (2007) *El ABC del Derecho procesal Penal*. Lima: Editorial San Marcos.
11. Cubas, V. (2003) *El Proceso Penal*. 5ta edición. Lima: Editorial Palestra.
12. Espinoza, V. (1998) *Criminología*. Lima: Editorial Rodhas.
13. García, F. (2000) *El principio de Oportunidad*. Lima: Editorial Ediciones Legales.

14. Gimeno, V. (2012) *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Editorial Aranzadi S.A.
15. Molina, C. (2000) *Delitos contra la Administración Pública*. Bogotá: Editorial Leyer.
16. Ore, A. (1996) *Manuel del Derecho Procesal Penal*. Lima: Editorial Alternativas.
17. Ore, A. (1999) *Manuel del Derecho Procesal Penal*. 2da edición Lima: Editorial Alternativas.
18. Palacios, D. (2011) *Comentarios del Nuevo Código Procesal Penal*. Lima: Editorial Grijley.
19. Peña, R. (1999) *Tratado de Derecho Penal*. Lima: Editora Jurídica Grijley.
20. Peña, A. (2007) *Exegesis del Nuevo Código Procesal Penal*. Lima-Chiclayo: Editorial Rodhas.
21. Portocarrero, J. (1996) *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Editorial Jurídica Portocarrero.
22. Prado, V. (2009) *Nuevo Proceso Penal Reforma y Política Criminal*. Lima: Editorial Idemsa.
23. Rojas, F. (2007) *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Editora Jurídica Grijley.
24. Rosas, J. (2003) *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima-Perú: Editora Jurídica Grijley.
25. Roxin, C. (2000) *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editorial Puerto.

26. Roxin, C. (2002) *Política Criminal y sistema del Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial Hamurabi.
27. Salinas, R. (2009) *Delitos contra Administración Pública. 4ta edición*. Lima: Editora Jurídica Grijley.
28. San Martín, D. (2000) *Derecho Procesal Penal*. Lima- Perú: Editora Jurídica Grijley.
29. San Martín, C (2003) *Derecho Procesal Penal*. 2da edición. Lima: Editora Jurídica Grijley.
30. Vega, R (2003) *Derecho Procesal Penal*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
31. Zambrano, A. (2009) *El Delito de Peculado*. Lima: Editorial Jurista Editores.

## ANEXOS

### CUESTIONARIO

#### DIRIGIDO A FISCALES, ABOGADOS, DOCENTES UNIVERSITARIOS DE DERECHO PENAL, FUNCIONARIOS PÚBLICOS.

Le agradecemos responder a este breve y sencillo. A su vez es preciso aclarar que el presente instrumento es totalmente anónimo.

#### GENERALIDADES: INFORMANTES:

##### 1.1. Situación, profesión o cargo en la actualidad:

Fiscal ( )                      Docente universitario ( )                      Juez ( )  
Abogado ( )                      Funcionario Público ( )

##### Género

Masculino ( )                      Femenino ( )

##### Tiempo de servicio (en años):

a) 0 a 5 años ( )                      b) 6 a 10 años ( )                      c) 11 a 18 años ( )  
d) 19 a 26 años ( )                      e) 27 a más ( )

**1. ¿Existe diferencia, entre el delito de peculado culposo con el delito de peculado doloso?**

- a) Muy en desacuerdo.
- b) En desacuerdo.
- c) Neutro.
- d) De acuerdo.
- e) Muy de acuerdo.

**2 ¿Está de acuerdo que la pena estipulada en el artículo N° 387 del Código Penal Peruano, sobre el delito de Peculado Culposo no sea mayor de 2 años de pena privativa de libertad?**

- a) Muy en desacuerdo.
- b) En desacuerdo.



- c) Neutro.
- d) De acuerdo.
- e) Muy de acuerdo.

**3 ¿Considera al delito de peculado culposo como un delito de bagatela (delito leve)?**

- a) Muy en desacuerdo.
- b) En desacuerdo.
- c) Neutro.
- d) De acuerdo.
- e) Muy de acuerdo.

**4. ¿Está de acuerdo que en la actualidad no se aplique el principio de oportunidad al Funcionario Público cuando comete el delito de Peculado Culposo?**

- a) Muy en desacuerdo.
- b) En desacuerdo.
- c) Neutro.
- d) De acuerdo.
- e) Muy de acuerdo.

**5. ¿Considera que se debería aplicar el principio de oportunidad para los Funcionarios Públicos en el ejercicio de su cargo, cuando hayan cometido delitos dolosos donde la pena donde no supere los cuatro años de pena privativa de libertad?**

- a) Muy en desacuerdo.
- b) En desacuerdo.
- c) Neutro.
- d) De acuerdo.
- e) Muy de acuerdo.

- 6 ¿En caso se llegara aplicar el principio de oportunidad al Funcionario Público, en el delito de peculado culposo, considera usted que se obtendría el logro de resarcir rápido el daño ocasionado?**
- a) Muy en desacuerdo.
  - b) En desacuerdo.
  - c) Neutro.
  - d) De acuerdo.
  - e) Muy de acuerdo.
- 7 ¿En caso se llegaría aplicar el principio de oportunidad al Funcionario Público en el delito de peculado culposo, considera usted que se disminuiría una parte de la carga procesal?**
- a) Muy en desacuerdo.
  - b) En desacuerdo.
  - c) Neutro.
  - d) De acuerdo.
  - e) Muy de acuerdo.
- 8 ¿Si Usted fuera Funcionario Público, propondría un proyecto de ley para que se aplique el principio de oportunidad para los Funcionarios Públicos, solamente para el delito de peculado culposo?**
- a) Muy en desacuerdo.
  - b) En desacuerdo.
  - c) Neutro.
  - d) De acuerdo.
  - e) Muy de acuerdo.
- 9 ¿En caso se llegará aplicar el principio de oportunidad para el Funcionario Público cuando cometiera el delito de peculado culposo, estaría de acuerdo que se aplique dicho principio por sólo una ocasión?**
- a) Muy en desacuerdo.
  - b) En desacuerdo.
  - c) Neutro.

- d) De acuerdo.
- e) Muy de acuerdo.

**10 ¿Si Usted fuera Funcionario Público y por culpa comete el delito de peculado, le interesaría tener un derecho que lo ampare en la norma, para que se le pueda aplicar el Principio de Oportunidad?**

- a) Muy en desacuerdo.
- b) En desacuerdo.
- c) Neutro.
- d) De acuerdo.
- e) Muy de acuerdo.

## **PROYECTO DE LEY**

“PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD PARA LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL DELITO DE PECULADO CULPOSO.”

### **1. Identidad de los autores:**

El autor que suscribe, **Hugo Alejandro Varillas Figueroa, Lettsy Milagritos Jiménez Coaguila**, Bachilleres en Derecho de la Universidad Señor de Sipán de Chiclayo, y de acuerdo al ejercicio del Derecho de iniciativa legislativa que le confiere el Artículo 107° de la Constitución Política del Perú, presenta el siguiente:

### **2. Exposición de motivos**

Constituye una tarea inherente de los Abogados, alumnos e investigadores del Derecho, solucionar casos concretos aplicando diversas fuentes, sea de carácter formal o material, destacando principalmente el texto Constitucional peruano de 1993 y las normas con rango de Ley así como los precedentes constitucionales vinculantes, cuya ubicación en la actualidad es muy discutida, máxime si éstas tienen como epicentro las actividades desarrolladas por el Tribunal Constitucional Peruano.

La Constitución Política, en su Artículo 107°, en su segundo párrafo, dispone que los ciudadanos tienen derecho a iniciativa en la formación de leyes, concordante con la ley N° 26300 de los derechos de participación y control ciudadano, en su artículo 2 inciso d), que prescribe la iniciativa en la formación de las leyes.

Por lo tanto amparados en el precepto constitucional y demás leyes, que hace alusión al derecho que tiene toda persona de realizar una iniciativa legislativa.

El presente proyecto de ley, tiene por objeto que se incorpore esta aplicación de la abstención de ejercitar la acción penal en el delito de Peculado Culposos

para los Funcionarios Públicos; siendo considerado el único delito cometido por Funcionario Público donde se ve la figura de la culpa más no el dolo como los otros delitos; de tal manera que se haga una modificación en el Art.2 del Nuevo Código Procesal Penal

La abstención de ejercitar la acción penal es aquél mediante el cual se autoriza al fiscal a votar entre elevar la acción o abstenerse de hacerlo es archivando el proceso cuando las investigaciones llevadas a cabo conduzcan a la conclusión de que el acusado con gran probabilidad, ha cometido un delito.

A través de ello se conseguirá una mejor calidad de justicia, facultando al Fiscal, decidir sobre la pertinencia de no dar inicio a la actividad jurisdiccional penal. Dándole aquella facultad al Ministerio Público, como titular de la acción penal. Ya que se disminuyera la crisis del sistema en los puntos graves como el problema de la sobrecarga y congestión procesal y penitenciaria que tiene nuestro País.

La abstención de ejercitar la acción penal se orienta hacia una política de desprocesamiento, evitando que delitos de poca gravedad, impacto social y de penalidad, sea objeto de proceso.

En la doctrina una serie de argumentos entre los cuales tenemos:

- a) Escasa relevancia de infracción lo que distorsiona la condición de " última ratio" del derecho penal.
- b) Evitar los efectos crímenes o ajenos de las penas cortas privativas de libertad, sobre todo para aquellas personas que nunca han delinquido y para evitar el contagio criminal que la cárcel suele producir.
- c) Atender a razones de economía procesal y a la falta de interés público en la punición.
- d) Obtener la rehabilitación del delincuente mediante su sometimiento voluntario a un procedimiento de readaptación, a cuyo cumplimiento efectivo queda condicionado el sobreseimiento por razones de oportunidad.

e) Estimular la pronta reparación del daño. Constituye otro de los objetivos de la transacción penal, si bien el criterio suele ir acompañado de otros, tales como la renuencia del imputado al cuerpo del delito, el pago al Estado de los beneficios obtenidos mediante el infracción, la edad avanzada o el estado de enfermedad del inculcado.

f) Prevención especial, ya que el imputado sea acoja a éste principio, se entiende que no volverá a incurrir en infracción penal, por esto quizá sea oportuno incidir en la obligatoriedad de la inserción del delincuente como una forma de reparar el daño causado, sobre todo cuando el agraviado es el Estado.

g) Correctivo a la disfuncionalidad e ineficacia del sistema penal, permitiendo que el derecho penal dé a sus destinatarios y que se trate con mayor justicia a la víctima.

h) Evitar una doble penalidad para el causante del delito, puesto que la pena a imponérsele sólo acrecentaría el propio daño inferido, esta falta de necesidad de la pena porque la gente ha sido afectado grave y directamente por las consecuencias de su propio delito.

Este proyecto de ley procura obtener un tratamiento rápido y simplificado de las infecciones leves, agilizar la justicia penal ante un grave congestionamiento de los asuntos penales. Y finalmente que los órganos de persecución penal concentren su atención hechos punibles graves o complejos; como es el que estamos proponiendo y es nuestra principal pretensión.

Promueve y permite la integración social vía términos de reparación, luego de conformidad del imputado por el hecho punible imputado, se establece como presupuesto indispensable que el agente restituya el bien lesionado o indemnice en términos dinerarios a la parte afectada.

Este proyecto de ley se enmarca en una perspectiva más amplia del derecho, ya que arribamos a que se considere en nuestro artículo número dos del

Nuevo Código Procesal Peruano la abstención del ejercicio de la acción penal por parte de nuestros Operadores del Derecho Los Fiscales en el único delito cometido por un Funcionario Público donde incurre en la figura jurídica de la culpa a diferencia de los demás delitos donde existe la figura jurídica del dolo. Además este delito de peculado culposo cuando incurre por error su pena privativa de libertad máxima es de dos años por lo cual se le consideraría como un delito de bagatela.

## **BASE LEGAL**

CÓDIGO PROCESAL PENAL (Decreto Legislativo N° 957)

### **ARTÍCULO 2º Principio de oportunidad**

#### **"Artículo 2. Principio de oportunidad**

1. El Ministerio Público, de oficio o a pedido del imputado y con su consentimiento, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en cualquiera de los siguientes casos:

a) Cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito, culposo o doloso, siempre que este último sea reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, y la pena resulte innecesaria.

b) Cuando se trate de delitos que no afecten gravemente el interés público, salvo cuando el extremo mínimo de la pena sea superior a los dos años de pena privativa de libertad, o hubieren sido cometidos por un funcionario público en ejercicio de su cargo.

c) Cuando conforme a las circunstancias del hecho y a las condiciones personales del denunciado, el Fiscal puede apreciar que concurren los supuestos atenuantes de los artículos 14, 15, 16, 18, 21, 22, 25 y 46 del Código Penal, y se advierta que no existe ningún interés público gravemente comprometido en su persecución. No será posible cuando se trate de un delito conminado con una sanción superior a cuatro años de pena privativa de libertad o cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo.

2. En los supuestos previstos en los incisos b) y c) del numeral anterior, será necesario que el agente hubiere reparado los daños y perjuicios ocasionados o exista acuerdo con el agraviado en ese sentido.

3. El Fiscal citará al imputado y al agraviado con el fin de realizar la diligencia de acuerdo, dejándose constancia en acta. En caso de inasistencia del agraviado, el Fiscal podrá determinar razonablemente el monto de la reparación civil que corresponda. Si no se llega a un acuerdo sobre el plazo para el pago de la reparación civil, el Fiscal lo fijará sin que este exceda de nueve meses. No será necesaria la referida diligencia si el imputado y la víctima llegan a un acuerdo y este consta en instrumento público o documento privado legalizado notarialmente.

4. Realizada la diligencia prevista en el párrafo anterior y satisfecha la reparación civil, el Fiscal expedirá una Disposición de Abstención. Esta disposición impide, bajo sanción de nulidad, que otro Fiscal pueda promover u ordenar que se promueva acción penal por una denuncia que contenga los mismos hechos. De existir un plazo para el pago de la reparación civil, se suspenderán los efectos de dicha decisión hasta su efectivo cumplimiento. De no producirse el pago, se dictará disposición para la promoción de la acción penal, la cual no será impugnabile.

5. Si el Fiscal considera imprescindible, para suprimir el interés público en la persecución, sin oponerse a la gravedad de la responsabilidad, imponer adicionalmente el pago de un importe a favor de una institución de interés social o del Estado y la aplicación de las reglas de conducta previstas en el artículo 64 del Código Penal, solicitará la aprobación de la abstención al Juez de la Investigación Preparatoria, el que la resolverá previa audiencia de los interesados. Son aplicables las disposiciones del numeral 4) del presente artículo.

6. Independientemente de los casos establecidos en el numeral 1) procederá un acuerdo reparatorio en los delitos previstos y sancionados en los artículos 122, 185, 187, 189-A primer párrafo, 190, 191, 192, 193, 196, 197, 198, 205 y 215 del Código Penal, y en los delitos culposos. No rige esta regla cuando haya pluralidad importante de víctimas o concurso con otro delito; salvo que, en este último caso, sea de menor gravedad o que afecte bienes jurídicos disponibles.



El Fiscal de oficio o a pedido del imputado o de la víctima propondrá un acuerdo reparatorio. Si ambos convienen el mismo, el Fiscal se abstendrá de ejercitar la acción penal. Si el imputado no concurre a la segunda citación o se ignora su domicilio o paradero, el Fiscal promoverá la acción penal. Rige en lo pertinente el numeral 3) del presente artículo.

7. Si la acción penal hubiera sido promovida, el Juez de la Investigación Preparatoria, previa audiencia, podrá a petición del Ministerio Público, con la aprobación del imputado y citación del agraviado, dictar auto de sobreseimiento -con o sin las reglas fijadas en el numeral 5)- hasta antes de formularse la acusación, bajo los supuestos ya establecidos. Esta resolución no será impugnabile, salvo en cuanto al monto de la reparación civil si esta es fijada por el Juez ante la inexistencia de acuerdo entre el imputado y la víctima, o respecto a las reglas impuestas si estas son desproporcionadas y afectan irrazonablemente la situación jurídica del imputado.

8. El Fiscal podrá también abstenerse de ejercer la acción penal, luego de la verificación correspondiente, en los casos en que el agente comprendido en la comisión de los delitos previstos en los artículos 307-A, 307-B, 307-C, 307-D y 307-E del Código Penal, suspenda sus actividades ilícitas de modo voluntario, definitivo e indubitable, comunicando este hecho al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental mediante instrumento de fecha cierta. Si la acción penal hubiera sido ya promovida, se aplican, en lo pertinente, las mismas reglas establecidas en el presente artículo.

9. No procede la aplicación del principio de oportunidad ni del acuerdo reparatorio cuando el imputado:

a) Tiene la condición de reincidente o habitual, de conformidad con los artículos 46-B y 46-C del Código Penal;

b) Sin tener la condición de reincidente o habitual, se hubiera acogido al principio de oportunidad o acuerdo reparatorio en dos ocasiones anteriores, dentro de los cinco años de su última aplicación, siempre que se trate, en todos los casos, de delitos de la misma naturaleza o que atenten contra un mismo bien jurídico;

c) Sin tener la condición de reincidente o habitual, se hubiera acogido al principio de oportunidad o acuerdo reparatorio dentro de los cinco años anteriores a la comisión del último delito; o,

d) Sin tener la condición de reincidente o habitual, se hubiera acogido con anterioridad al principio de oportunidad o acuerdo reparatorio y no haya cumplido con reparar los daños y perjuicios ocasionados o lo establecido en el acuerdo reparatorio.

En estos casos, el Fiscal promueve indefectiblemente la acción penal y procede de acuerdo con sus atribuciones. Lo dispuesto en el numeral 9) es aplicable también para los casos en que se hubiere promovido la acción penal."

## **CÓDIGO PENAL**

### **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 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 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.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de 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.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa.” (\*)

## **I. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL**

El presente proyecto con fundamento en la Constitución Política Peruana y con la normatividad vigente en la aplicación del Principio de Oportunidad plasmado en el Nuevo Código Procesal Penal donde se recomienda que se deben considerar los Fiscales, el delito de peculado culposo como otra causal al momento de abstenerse de ejercer la acción penal.

## **II. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO**

La presente propuesta no representa costo alguno al erario nacional ni es una iniciativa de gasto.

### **FÓRMULA LEGAL**

## **PROYECTO DE LEY QUE INCORPORA COMO CAUSAL LA ASTENCIÓN PENAL PARA LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL DELITO DE PECULADO CULPOSO.**

### **Artículo 1°.- Objeto del Proyecto de Ley**

El presente proyecto de Ley tiene por objeto que se considere en nuestro artículo número dos del Nuevo Código Procesal Peruano la abstención del ejercicio de la acción penal por parte de nuestros Operadores del derecho Fiscales; para los Funcionarios Públicos en el delito de Peculado Culposo.

**Artículo 2°.- Norma Derogatoria**

Deróguese toda norma que se oponga al presente Proyecto de Ley.

Comuníquese al señor Presidente Constitucional de la República para su promulgación.

En Chiclayo, a los 28 días del mes de noviembre de dos mil dieciocho.

**Daniel Enrique Salaverry Villa**

Presidente del Congreso de la República

**Leyla Felícita Chihuán Ramos**

Primer Vicepresidente del Congreso de la República

**Martín Alberto Vizcarra Cornejo**

Presidente Constitucional de la República

**JURISPRUDENCIA**

**R. N. N° 4500-2005.**

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA**

**JUNÍN**

**ASUNTO:** Peculado culposo

**PRECEDENTE VINCULANTE:** 4° Considerando

Lima, seis de setiembre del dos mil siete.

**VISTOS;** el recurso de nulidad interpuesto por el encausado Arístides Serpa Ortíz, contra la sentencia condenatoria de fojas mil setecientos noventa y ocho, su fecha catorce de octubre del dos mil cinco; con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; interviniendo como Vocal Ponente el señor Santos Peña; y, **CONSIDERANDO:** **Primero.-** Que, los hechos imputados se circunscriben a que la acusada Elvira Magda Limache Quesada, en su condición de encargada de depositar en el Banco de la Nación los recursos, directamente captados, por ingresos propios de la Dirección Regional Agraria de Junín, con la complicidad de sus co encausados Arístides Serpa Ortíz y Héctor Segura Mayta, que se desempeñaban como tesorero y encargado de la elaboración de las conciliaciones bancarias respectivamente, en la mencionada entidad, se apropió, durante los años mil novecientos noventa y ocho y mil novecientos noventa y nueve, de la suma de cuarenta y cinco mil cincuenta nuevos soles. Para tal fin, la encausada adulteró las cantidades a depositar, en cincuenta y tres boletas de depósitos de las cuentas corrientes número cinco nueve nueve ocho ocho siete dos, y seis uno seis ocho dos cuatro ocho, lo que ha permitido detectar diferencias entre lo que realmente depositaba en el citado Banco y las papeletas de depósitos así adulteradas; asimismo, bajo esta misma modalidad y en complicidad con sus encausados, se habría apropiado de dinero en dólares americanos de la cuenta corriente número cero seis- cero cero cero-cero uno siete cero siete seis de maquinaria Japonesa, de la cuenta corriente número seis-cero cero cero-cero dos cinco uno cuatro uno de maquinaria China, cuenta corriente número seis-cero

cero cero-cero dos siete cero seis tres de los fondos rotarios y de la cuenta corriente de alquiler de maquinaria agrícola. **Segundo.-** Que, en la sentencia condenatoria se ha concluido que el procesado Serpa Ortíz es responsable de la comisión de delito de peculado en su condición de cómplice primario y ha reservado el juzgamiento a los reos contumaces Elvira Magda Limache Quesada y Héctor Segura Mayta, bajo el fundamento sustancial, que en la fase preparatoria del hecho delictivo, en forma dolosa ha prestado su plena colaboración a su co-acusada Limache Quesada para la consumación del delito de peculado en la forma de apropiación indebida de los fondos del Estado, pues como Jefe de Tesorería, y por ende de la encausada que laboraba en la oficina bajo su cargo, no verificó la conformidad diaria, o en su defecto mensual, de los ingresos por recursos propios, y los depósitos, en las cantidades realmente ingresadas a favor de la entidad agraviada, por lo que, sin ese consentimiento, y consiguiente apoyo en el sistemático obrar de la aludida encausada para apropiarse los caudales, no hubiera

sido posible la consumación del delito. **Tercero.-** Que, el delito de peculado, y consecuentemente su grado de complicidad, exige necesariamente la concurrencia del dolo, requisito sine quantum sin el cual no podría configurarse el mismo, de conformidad con el primer párrafo del artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal 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 la libertad no menor de dos ni mayor de ocho años.*” **Cuarto.-** Que, la conducta ilícita del citado encausado, objeto de la acusación, ha sido incorrectamente tipificada por el representante del Ministerio Público, y así asumida por la Sala Superior, pues dicho quehacer únicamente puede subsumirse en el tipo penal de peculado culposo, el cual resulta imputable al sujeto que por falta de control interno -que es precisamente lo que se imputa al citado- actúa con negligencia o culpa en el ejercicio de sus funciones, originando que una tercera persona sustraiga caudales –en este caso-, es decir, facilita inconscientemente la comisión de un delito doloso por parte de un tercero, ello en atención a lo previsto en el tercer párrafo del artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal que tipifica: “ *Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos será reprimido...*” y, pues igualmente así, lo ha conceptuado el Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, del treinta de setiembre del dos mil cinco, al señalar los elementos o componentes típicos del delito de peculado culposo: “*...Habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando éste no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones (la culpa del peculado se refiere exclusivamente a sustracciones, no al término impreciso de pérdidas) vale decir cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público.*” **Quinto.-** Que, siendo esto así, resulta procedente la desvinculación de la acusación fiscal a que se refiere el artículo doscientos ochenta cinco – A del Código de Procedimientos Penales, pues esta decisión no afecta el derecho de defensa del procesado, por cuanto la pena contenida en la norma sustantiva acotada le

es favorable. **Sexto.-** Que, estando a que los hechos imputados al procesado Serpa Ortíz están realmente tipificados, previstos y sancionados en la norma acotada, resulta pertinente señalar que nuestro ordenamiento penal sustantivo establece las formas de extinción de la acción penal, entre ellas, la prescripción que puede deducirse en cualquier estado del proceso, incluso, puede ser resuelta de oficio por el Juez; la misma que conforme lo establece el artículo ochenta del Código Penal, opera cuando transcurre un tiempo igual al máximo de la pena fijada por ley para el delito, en tanto que tratándose de funcionarios y servidores públicos, el plazo de prescripción se duplica. **Sétimo.-** Que, desde el momento consumativo del delito (diciembre de mil novecientos noventa y nueve), a la fecha, al haber transcurrido más de ocho años, la acción penal que generó la conducta culposa incriminada al procesado se ha visto afectada extintivamente; toda vez que, consecuentemente, la pena máxima de dos años prevista en el ordenamiento sustantivo, quedó limitada al plazo de seis años, situación jurídica del que emerge el imperativo de amparar, de oficio, la excepción de prescripción. **Octavo.-** Que, habiéndose establecido la estructura típica del delito de peculado culposo, corresponde otorgar a dicha interpretación jurisprudencial el carácter de precedente vinculante en aplicación de lo autorizado por el inciso uno del artículo trescientos uno – A del Código de Procedimientos Penales.



Incorporado por el Decreto Legislativo numero novecientos cincuenta y nueve. Estando a las consideraciones expuestas: Declararon **HABER NULIDAD** en la resolución recurrida de fojas mil setecientos noventa y ocho, su fecha catorce de octubre de dos mil cinco, **en el extremo** que **condena** a Arístides Serpa Ortíz como cómplice primario por el delito de peculado en agravio del Estado representado por la Dirección Regional Agraria de Junín, a dos años de pena privativa de la libertad, suspendida en su ejecución a un año, bajo reglas de conducta; con lo demás que contiene; **REFORMÁNDOLA:** declararon, de oficio, extinguida la acción penal por prescripción, incoada contra Arístides Serpa Ortiz, en la instrucción que se le sigue por delito de peculado culposo en agravio del Estado. **MANDARON** archivar definitivamente el proceso en el extremo referido al procesado Serpa Ortiz, así como la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generados a consecuencia del presente proceso; **DISPUSIERON** que la presente Ejecutoria Suprema constituya precedente vinculante en lo concerniente a los criterios que determinan la estructura del delito de peculado culposo a los que alude el cuarto considerando de esta resolución; **ORDENARON** que el presente fallo se publique en el Diario Oficial El Peruano, y los devolvieron.

S.S

VILLA STEIN

RODRIGUEZ TINEO

SANTOS PEÑA

ROJAS MARAVI

CALDERÓN CASTILLO

### **Comentarios de los Autores**

Refiriéndonos a dicha jurisprudencia, la cual hemos adjuntado para nuestra investigación siendo el fin la abstención de ejercitar la acción penal en el artículo N° 2 del Nuevo Código Procesal Penal Peruano para los funcionarios públicos en el delito de peculado culposo”; debiéndose resolver aplicando el Principio de Oportunidad ya que si existió dolo, porque Arístides Serpa Ortíz se le acusó como cómplice primario por el delito de peculado en agravio del Estado representado por la Dirección Regional Agraria de Junín, el cual resulta imputable al sujeto que por falta de control interno que es precisamente lo que se imputa al citado actúa con negligencia o culpa en el ejercicio de sus funciones, originando que una tercera persona sustraiga caudales en este caso, es decir, facilita

inconscientemente la comisión de un delito doloso por parte de un tercero, eso es lo que paso en este caso. Declarando finalmente nulidad en la resolución recurrida de fojas mil setecientos noventa y ocho, su fecha catorce de octubre de dos mil cinco, en el extremo que condena a Arístides Serpa Ortíz como cómplice primario por el delito de peculado en agravio del Estado representado por la Dirección Regional Agraria de Junín, a dos años de pena privativa de la libertad, suspendida en su ejecución a un año, bajo reglas de conducta; con lo demás que contiene. Cuando se pudo aplicar el principio de Oportunidad terminando de esta manera con el archivamiento del caso, y la disminución de la carga procesal.

F No Cor...

2° JUZGADO DE INVESTIGACION PREPARATORIA  
EXPEDIENTE : 00084-2011-2-1826-JR-PE-02  
ESPECIALISTA : ABANTO ROSSI, MARIELLA EDITH  
ABOGADO DEFENSOR : DIAZ COCHACHIN, JULIO JOHN  
MINISTERIO PUBLICO : TERCERA FISCALIA PROVINCIAL  
CORPORATIVA ESPECIALIZADA ,  
IMPUTADO : PABLO MINAYA, TEOFANES  
DELITO : PECULADO  
AGRAVIADO : ESTADO PERUANO ,

Resolución Nro. TRES  
Miraflores veinticinco de noviembre del año dos mil once.-

**I.-PARTE EXPOSITIVA**

**1.1.- VISTOS Y OÍDOS**

En audiencia privada en el proceso especial de Terminación Anticipada contra el imputado Teofanes Pablo Minaya , natural del departamento de Ancash, nacido el 27 de diciembre del año 1948, identificado con documento de identidad nacional 10608630, de sesenta y dos años, hijo de Cacciolo y Paulina estado civil casado, con tres hijos grado de instrucción secundaria, ocupación actualmente con un cese temporal de ocho meses en el Ministerio de Transportes y comunicaciones. con domicilio en la Calle Cádiz manzana "I" lote 12-Urbanización La Capilla -Distrito de la Molina características física raza mestiza, contextura gruesa , talla 1:70, pelo entre cano, sin cicatrices a quien se les investiga el delito contra la Administración Pública en la modalidad de Peculado culposo en agravio del Estado Peruano

**1.2.- RESULTA DE AUTOS**

Que, a mérito de la Disposición N° 04 de fecha 18 de julio 2011, emitida en la Carpeta Fiscal la Tercera Fiscalía Provincial Corporativa especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios comunica a esta judicatura la formalización y continuación de la investigación preparatoria contra Teofanes Pablo Minaya como presunto autor del delito contra la Administración Pública en la modalidad de Peculado culposo en agravio del Estado delito tipificado en el tercer párrafo del artículo 387 del Código Penal, disponiéndose mediante resolución número 1 de fecha 20 de julio último, admitir la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria contra el citado imputado (cuaderno principal). A pedido del Fiscal Provincial antes mencionada solicita el Requerimiento de Terminación Anticipada fojas 1/10, formándose el cuaderno correspondiente, fijando fecha para la audiencia de Terminación anticipada mediante resolución número 1 de fecha 22 noviembre del año en curso, para el día de hoy 25 de los corrientes al haber renunciado los sujetos procesales a los plazos, la misma que se realizó conforme al registro de audio y video, habiéndose debatido el Acuerdo propuesto por el Fiscal con el imputado y su abogado defensor, así como el actor civil -Procurador Público a cargo de los asuntos de corrupción de Funcionarios -(Se hace constar que la participación en el Acuerdo por parte del actor civil es tan solo a la reparación civil) respecto al hecho punible, el delito, la pena y la reparación civil. La jueza de investigación preparatoria luego de escuchar al señor Fiscal y al actor civil, a los cargos imputados, y pedir se aclare respecto al resarcimiento del monto dinerario

PODER JUDICIAL  
Dra. ERIKA LILIANA HAYAKAWA RIOJAS  
Jueza del Segundo Juzgado de Investigación  
Preparatoria Especializado en Delitos  
Cometidos por Funcionarios Públicos  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA

PODER JUDICIAL  
MARIELLA EDITH ABANTO ROSSI  
ASISTENTE JUDICIAL  
Juzgado de Investigación Preparatoria  
Especializado en Delitos Cometidos por  
Funcionarios Públicos  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

sustraído al erario público como se iba a recuperar, a lo cual el Fiscal manifestó que apenas se reintegre el imputado se le iba a descontar de sus haberes, caso contrario como es un sujeto con más de cuarenta años de servicios, si este renunciaba a la institución también de su compensación por tiempo de servicio también operaría dicho descuento. Posteriormente la suscrita explica al procesado en qué consiste este proceso especial de Terminación Anticipada, así como los beneficios del mismo y efectos. Se les preguntó si está de acuerdo con los términos expresados, manifestando su aceptación a los hechos, pena y reparación civil. Posteriormente se suspendió la diligencia para emitir resolución que corresponda.

## II.- PARTE CONSIDERATIVA

### 2.1 ACUERDO DEL HECHO PUNIBLE

1.- De los actuados se infiere que el hecho que es objeto de imputación se suscitó entre los días 15 y 18 de octubre del año pasado, cuando la persona Teófanos Pablo Minaya se desempeñaba como responsable del Fondo fijo para la caja chica de la Dirección General de Control y Supervisión de comunicaciones, ya que al tener dicho cargo y bajo su responsabilidad el dinero destinado para el pago de las diferentes ECER (Estación de control del espectro radioeléctrico de la Dirección general de control y supervisión de comunicaciones del Ministerio de transportes y comunicaciones) sin embargo se ha sustraído dicho monto dinerario que según informe pericial contable arroja el monto sustraído ascendería a ocho mil ochocientos cincuenta con 38/100 nuevo soles, suma a la cual se le debió dar la seguridad para que se impida su sustracción conforme a la directiva N° 001-2010-MTC/10, no habiendo adoptado el imputado las medidas de seguridad pues ha retenido el dinero por más de dieciocho días a pesar de haberse efectuado con anterioridad la primera rendición de pago, dinero el cual incluso ya había sido liquidado y a pesar de ello el imputado no tomó las provisiones del caso.

### 2.- Calificación jurídica de la imputación

El tipo penal imputado por el Ministerio Público es el delito contra la Administración Pública en la modalidad de Peculado culposo previsto en el tercer párrafo del artículo 387 del Código Penal vigente al momento de la materialización en la Ley 26198, el cual textualmente establece: " Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas"

### 3. Los elementos de convicción valorados:

a) Resolución directoral N° 0068-2010-MTC de fecha 15 de enero de 2010 mediante la cual se le designa al imputado como encargado del manejo del fondo fijo para caja chica. Quien en tal condición asumía la responsabilidad de custodia del efectivo documentos y archivos de fondo que guardaba en las instalaciones de dicha dependencia

b) Resolución Ministerial N° 270-2008-MTC/10.07 de fecha 9 de marzo 2008 que establece que el imputado tiene el cargo de Técnico Administrativo II CAP 1138, en la Dirección General de Control y supervisión en las comunicaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones

c) Declaración indagatoria de Sandra Celia Sánchez Cavero coordinadora de recaudación y logística de la Dirección General de Control y Supervisión en las comunicaciones quien manifestó que el imputado no había efectuado el depósito respectivo en el Banco para las ECER provincias, reteniendo dicho dinero por 18 días.

d) Declaración indagatoria de Jesús Wilfredo Munive Taquíá director general de supervisión de las comunicaciones y señaló que se descubrió que el

PODER JUDICIAL

.....  
Dr. ERIAN LILIANA HAYAKAWA RIOJAS  
Juez del Segundo Juzgado de Investigación  
Preparatoria Especializado en Delitos  
Cometidos por Funcionarios Públicos  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PODER JUDICIAL

.....  
MARIELLA EDITH ABANTO ROSSI  
ASISTENTE JUDICIAL  
Juzgado de Investigación Preparatoria  
Especializado en Delitos Cometidos por  
Funcionarios Públicos  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

imputado no cumplió con depositar el dinero para las ECER provincias pese a que habían sido rendidos, reteniéndolo indebidamente

e) Oficio remitido por el Jefe de Registros Nacional de condenas donde se informa que el imputado no tiene antecedentes penales.

f) El informe pericial contable elaborado por los peritos Emma Ausejo Caraza y Elena Sulca Asto, que concluye que el perjuicio al fondo fijo para caja chica de la dirección general de control y supervisión de comunicaciones asciende al monto de S/. 8850.33 nuevos soles

g) La ampliación de la declaración de Teófanos Pablo Minaya quien acepta los cargos al indicar que no tomó las medidas de seguridad necesaria a fin de resguardar el dinero que se encontraba a su cargo ni solicitó los medios para el resguardo de los caudales posibilitando que otra persona los sustraiga además no hizo el depósito correspondiente en el Banco de la Nación a fin de que las ECER provincias hagan el cobro correspondiente

4 El Ministerio Público y el imputado están de acuerdo que los hechos descritos en los acápite que anteceden y que lo vincula, además su conducta desplegada se subsumen en el tipo penal delito contra la Administración Pública cometido por servidores público en la modalidad de Peculado culposo que se encuadra en el artículo 387 tercer párrafo del Código Penal,

5.- El delito es toda acción u omisión típica, antijurídica y culpable, en este contexto para la configuración del delito contra : i) La Administración Pública en la modalidad de Peculado culposo - previsto en el tercer párrafo del artículo 387 del Código Penal, es presupuesto necesario para que opere el comportamiento típico de que por culpa de quien se halle en posesión sujeto activo en virtud a los deberes o atribución de su cargo y, la existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo (esto ha permitido sostener a nivel doctrinario que el Peculado trasciende la simple esfera patrimonial siendo más una violación flagrante a los deberes de garantía y confianza asumidos por el funcionario o servidor en razón a su cargo

Hecho que se ha consumado con la conducta del imputado, ya que al no tener el cuidado debido a la custodia de los caudales del estado y brindar las seguridades del caso, así como el no haber efectuado el depósito oportuno al banco de la Nación para el pago de los ECER provincias ha operado que en dicho interín se haya sustraído el dinero, monto que ascendería a las suma de más de ocho mil ochocientos cincuenta nuevos soles

## 2. 2.- ACUERDO RESPECTO A LA PENA

2.2.1 Se tiene en cuenta a tres etapas desarrolladas

i) La pena abstracta (pena básica conminada o legal) para el delito contra la Administración Pública en la modalidad de peculado culposo tipificado en el tercer párrafo del artículo 387 del Código Penal es de pena privativa no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. (...)

ii) En cuanto a la identificación de circunstancias privilegiadas o cualificadas se ha determinado que no existen,

iii) A efecto de determinar la pena concreta y teniendo en cuenta a las circunstancias genéricas contenida en el artículo 46 del Código Penal a efecto de concretizar la pena:

1.- Se ha valorado la naturaleza de la acción constituyendo la conducta del imputado un delito de resultado ya que ha lesionado el patrimonio del estado ya que por culpa del imputado ha dado ocasión a que un tercero sustraiga de la dirección general de control y supervisión de comunicaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones la suma de más de ocho mil ochocientos nuevos soles

PODER JUDICIAL  
Dra. ERICA LILIANA HAYAKAWA RIOJAS  
Jefe del Segundo Juzgado de Investigación  
Preparatoria Especializada en Delitos  
Cometidos por Funcionarios Públicos  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PODER JUDICIAL  
MARIELLA EDITH ABRAMO ROSSI  
ASISTENTE JURISDICCIONAL  
Juzgado de Investigación Preparatoria  
Especializado en Delitos Cometidos por  
Funcionarios Públicos  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

2.- El imputado ha incumplido sus funciones de lealtad y probidad y de control que le asigna la institución, permitiendo con ello que un tercero sustraiga los caudales del Estado destinado al pago del ECER provincias. También tener en cuenta que en el presente caso ha participado un solo agente, verificando las condiciones personales del sujeto activo tales como la edad sujeto de 62 años, grado de instrucción secundaria, situación económica aceptable, nivel social aceptable. Sujeto que no presenta deficiencia mental tiene capacidad de goce y ejercicio y ello le permite conocer el injusto penal que ha cometido con la conducta puesta de manifiesto

2.2.2 De la valoración de estas 3 etapas se ha llegado a determinar que la pena concreta sería de 24 meses, y aplicando la reducción de un sexto como beneficio al someterse a la Terminación anticipada está se reduciría en 4 meses en aplicación a lo dispuesto en el artículo 471 del Código procesal Penal. Descontando los cuatro meses tenemos un TOTAL DE veinte MESES lo que daría una pena de UN AÑO Y OCHO MESES DE PENA de pena privativa de libertad con carácter de suspendida un año

2.2.3 Es menester señalar que aplicando el principio de proporcionalidad de la pena y el evento criminoso, teniendo en cuenta las calidades personales del imputado quien no tiene antecedentes penales, judiciales ni policiales. las particularidades personales como agente primario, y el ánimo al resarcimiento económico al llegar en el presente acuerdo de terminación anticipada y lo dispuesto en el artículo 46, i del Código antes mencionado y en aplicación a lo dispuesto en el artículo 57 del Código Penal que regula la suspensión de la ejecución de la pena, cuando la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años. a condición de que cumpla con ciertas reglas de conducta. Además la judicatura fijará determinadas reglas de conducta conforme lo dispone el artículo 58 del Código Penal

2.2.4.- Al caso concreto siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 426 del Código Penal, es decir imponer una pena de inhabilitación ello concordado con el artículo 36 incisos 1 y 2 del citado Código, es decir la incapacidad para obtener mandato cargo empleo o comisión de carácter público durante el tiempo que dure la suspensión de la pena es decir por UN AÑO Y OCHO MESES

### 2. 3. ACUERDO RESPECTO A LA REPARACIÓN CIVIL

2.3.1. En cuanto a la reparación civil dado que tiene como uno de sus fines el de reparar el daño o efecto que el delito ha tenido sobre la víctima, por lo que el monto fijado debe guardar proporción con los bienes jurídicos que se afectan, es así que el Ministerio Público, el imputado y el actor civil acuerdan como monto de reparación civil a pagar a favor del Estado la suma de dos mil nuevos soles, pago que deberá ser efectuada de la siguiente del modo y forma que han acordado las partes (ya que el resarcimiento de lo sustraído más los intereses se ha obligado al imputado a devolverlo tal como consta de la Resolución N° 1662-2011-MTC/10.02) pago que se efectuara en el Banco de la Nación a nombre del segundo juzgado de investigación preparatoria

### 2.4.- APROBACION DEL ACUERDO

2.4.1 Que, el Tribunal Constitucional señala que la Terminación Anticipada como un proceso especial mediante el cual se establece "Un acuerdo entre el procesado y la fiscalía con admisión de culpabilidad de los cargos que se formulen permitiendo al acusado la obtención de la disminución punitiva (EXP. 00855-2003-HC/TC. Así mismo César San Martín refiere en su libro de Derecho Procesal Penal Tomo II Segunda edición pag. 1384 "Que, el procedimiento de Terminación anticipada se sitúa en la necesidad muy sentida de conseguir una justicia más rápida y eficaz, aunque respetando el principio de legalidad procesal, la idea de simplificación del procedimiento parte en este modelo del

PODER JUDICIAL  
Dra. ERLA VILIANA HAYAKAWA RIOJAS  
Juez del Segundo Juzgado de Investigación  
Preparatoria Especializado en Delitos  
Cometidos por Funcionarios Públicos  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PODER JUDICIAL  
MARIELLA EDITH QUANTO ROSSI  
ASISTENTE JURISDICCIONAL  
Juzgado de Investigación Preparatoria  
Especializado en Delitos Cometidos por  
Funcionarios Públicos

Principio de consenso. Pues este proceso de simplificación habrá cumplido su objetivo solamente si el imputado y el fiscal llegan a un acuerdo sobre las circunstancias del hecho punible, la pena, la reparación civil y las consecuencias accesorias a que hubiere dado lugar, siendo su propósito evitar el período de instrucción y los juzgamientos innecesarios, sentenciando anticipadamente

Que, en estricta aplicación de las normas de Terminación Anticipada contenidas en la sección Quinta del Código Procesal Penal, ello concordando con el Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 de fecha 13 de noviembre del año 2009. Estableciendo en el fundamento 10 que el ejercicio de Control de la Legalidad respecto del acuerdo entre los sujetos procesales se procede a verificar a) Control de la calificación jurídica del hecho punible b) Control de pena y reparación civil c) Control del fundamento probatorio de la imputación analizada dentro del marco legal de las normas que rigen el proceso.

**2. 4.2** Efectuada la calificación jurídica del acuerdo de Terminación Anticipada del proceso sustentada oralmente en audiencia por el Ministerio Público, el imputado y defensa técnica, así como por el actor civil (en cuanto le concierne a la reparación civil) conforme lo previsto en el artículo 468 inciso 6 del Código Procesal Penal, tenemos que el hecho punible, la calificación del delito, la aplicación de las penas y la reparación civil resultan legales, razonables y obran suficientes elementos de convicción que lo corroboran.

### III RESULTADO SOBRE EL FONDO

Estando a las consideraciones antes expuestas y a lo dispuesto en el artículo 399 y artículos ya mencionados se emite

#### PARTE RESOLUTIVA:

**1.- SE APRUEBA** el Acuerdo de Terminación Anticipada del proceso celebrado entre el Cuarto Despacho de la Tercera Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios y el imputado Teófanos Pablo Minaya, defensa técnica del imputado y el actor civil (en lo que le concierne a la reparación civil)

**2.- CONDENANDO** al imputado TEOFANES PABLO MINAYA como autor del delito contra la Administración Pública en la modalidad de Peculado culposo tipificado en el tercer párrafo del artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal en agravio del Estado y como tal se les impone a la pena privativa de libertad de **UN AÑO Y OCHO MESES SUSPENDIDA EN SU EJECUCIÓN** por el período de prueba un AÑO

**3.- SE IMPONE LA PENA DE INHABILITACION** de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 incisos 1 y 2 y 426 del Código Penal, por el término de un año y ocho meses no podrá obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público

#### 4.- SE FIJA LA REPARACIÓN CIVIL

**4.1.-** El Ministerio Público, el imputado y el actor civil acuerdan como monto de reparación civil a pagar en favor del Estado la suma de DOS MIL nuevos soles. El pago de la suma antes indicada será EFECTUADO EN CUATRO ARMADAS. Siendo la primera cuota a pagar el quince de diciembre del presente año a razón del pago de quinientos nuevos soles, debiendo consignar dicho monto en el Banco de la Nación a nombre del Segundo juzgado de investigación preparatoria Y así sucesivamente se pagaran la segunda, tercera y cuarta armadas a razón de quinientos nuevos soles, cada 15 de los meses posteriores

#### 5.- REGLAS DE CONDUCTA

5.1.- No frecuentar lugares de dudosa reputación

PODER JUDICIAL

.....  
Dra. ERLA LILIANA HAYAKAWA RIOJAS  
Juez del Segundo Juzgado de Investigación  
Preparatoria Especializado en Delitos  
Cometidos por Funcionarios Públicos  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PODER JUDICIAL

.....  
MARIELLA EDITH ABANTO ROSSI  
ASISTENTE JURISDICCIONAL  
Juzgado de Investigación Preparatoria  
Especializado en Delitos Cometidos por  
Funcionarios Públicos  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

5.2 No ausentarse del lugar donde reside sin previa autorización del Ministerio Público

5.3 Comparecer personalmente y de manera obligatoria portando su documento de identidad el primer día útil de cada y durante el tiempo de suspensión de la pena a las oficinas de la Mesa Partes del Sub-Sistema Anticorrupción sito en la Avenida La Mar 1005 Miraflores a fin de dar cuenta de sus actividades y registrarse en el libro correspondiente.

5.4 Pagar la reparación civil ascendente a la suma dos mil nuevos soles, conforme se ha dispuesto en la presente resolución.

5.5 No cometer nuevo acto delictuoso de ningún tipo con especial relevancia a los referidos a la corrupción de funcionarios o servidores públicos

6.- El cumplimiento de las reglas de conducta por parte del sentenciado será bajo apercibimiento de aplicarse las alternativas dispuestas en el artículo 59 del Código Penal .

7.- Téngase por notificados de la presente resolución a los sujetos procesales existentes a la audiencia.

Consentida o ejecutoriada la presente resolución INSCRIBASE en el Registro de Central de Condenas, remitiéndose los testimonios y boletines de condena de su propósito. Archívese el expediente en el modo y forma de ley en la sección que corresponda. Téngase por notificados de la presente resolución a los sujetos procesales existentes a la audiencia.

**PODER JUDICIAL**  
 Dña. ERIKA LILIANA HERNÁNDEZ RIVERA  
 Jueza del Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos  
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

**PODER JUDICIAL**  
 WARELLA ESTHA ROSANTO ROSSI  
 ASISTENTE JURISDICCIONAL  
 Juzgado de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos  
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

En dicha Jurisprudencia adjuntada también para fortalecer nuestra investigación, en nuestro ordenamiento peruano, no se encuentra regulado esto como ya sabemos, por eso es que proponemos la abstención de ejercitar la acción penal en el artículo N° 2 del Nuevo Código Procesal Penal Peruano para los funcionarios públicos en el delito de peculado culposo, ya que en si Nuestro Código Penal Procesal los abstiene de poder aplicarles el Principio de Oportunidad por ser funcionarios Públicos, buscando de esta manera como fin nuestro lo dicho anteriormente. Con respecto al caso se debió analizar dichos criterios para poder darle la aplicación del Principio de Oportunidad, fijando una reparación civil a favor del Estado.



**CARTILLA DE VALIDACION NO EXPERIMENTAL POR JUICIO DE  
EXPERTOS DEL INSTRUMENTO: TEST**

<b>NOMBRE DEL FISCAL</b>	JAVIER RECHADO JONAS RODRIGUEZ
<b>PROFESIÓN</b>	ABOGADO
<b>TITULO Y GRADO ACADÉMICO OBTENIDO</b>	MAGISTER
<b>ESPECIALIDAD</b>	Delictos Civil y Comercial.
<b>INSTITUCIÓN DONDE LABORA</b>	Fiscalía Anticorrupción
<b>CARGO</b>	Fiscal Adjunto.

<b>TITULO DE LA INVESTIGACIÓN</b>	
<b>PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD PARA LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL DELITO DE PECULADO CULPOSO.</b>	
<b>NOMBRE DE LOS TESISISTAS</b>	Br. Lettsy Milagritos Jimenez Coaguila Br. Hugo Alejandro Varillas Figueroa.
<b>INSTRUMENTO EVALUADO</b>	Entrevista
<b>OBJETIVO GENERAL</b>	Recoger información acerca del tema del principio de oportunidad para los Funcionarios Públicos en el delito de Peculado Culposos.

### INSTRUCTIVO PARA EL EXPERTO

EVALÚE CADA ITEM DEL INSTRUMENTO MARCANDO CON UN ASPA EN "TA" SI ESTÁ TOTALMENTE DE ACUERDO O CON EL ITEM "TD" SI ESTÁ TOTALMENTE EN DESACUERDO, SI ESTÁ EN DESACUERDO POR FAVOR ESPECIFIQUE SUS SUGERENCIAS.

#### DETALLE DEL INSTRUMENTO

El instrumento consta de 10 preguntas y ha sido construido, teniendo en cuenta la revisión de la literatura, luego del juicio de expertos que determinará la validez de contenido será sometido a prueba de piloto para el cálculo de la confiabilidad con el coeficiente de alfa de Cronbach y finalmente será aplicado a las unidades de análisis de esta investigación.

#### PREGUNTAS

TA (Totalmente de acuerdo) / TD (Totalmente en desacuerdo)

<p>1. ¿Existe diferencia, entre el delito de peculado culposo con el delito de peculado doloso?</p>	<p>TA(<input checked="" type="checkbox"/>)      TD( )</p> <p>SUGERENCIAS:</p>
<p>2. ¿Está de acuerdo que la pena estipulada en el artículo N° 387 del Código Penal Peruano, sobre el delito de Peculado Culposo no sea mayor de 2 años de pena privativa de libertad?</p>	<p>TA(<input checked="" type="checkbox"/>)      TD( )</p> <p>SUGERENCIAS:</p>
<p>3. ¿Considera al delito de peculado culposo como un delito de bagatela (delito leve)?</p>	<p>TA(<input checked="" type="checkbox"/>)      TD( )</p> <p>SUGERENCIAS:</p>
<p>4. ¿Está de acuerdo que en la actualidad no se aplique el principio de oportunidad al Funcionario Público cuando comete el delito de Peculado Culposo?</p>	<p>TA( )      TD(<input checked="" type="checkbox"/>)</p> <p>SUGERENCIAS:</p>

<p>5-¿Considera que se debería aplicar el principio de oportunidad para los Funcionarios Públicos en el ejercicio de su cargo, cuando hayan cometido delitos dolosos donde la pena donde no supere los cuatro años de pena privativa de libertad?</p>	<p>TA( )      TD(X)</p> <p>SUGERENCIAS:</p>
<p>6-¿En caso se llegara aplicar el principio de oportunidad al Funcionario Público, en el delito de peculado culposo, considera usted que se obtendría el logro de resarcir rápido el daño ocasionado?</p>	<p>TA(X)      TD( )</p> <p>SUGERENCIAS:</p>
<p>7-¿En caso se llegaría aplicar el principio de oportunidad al Funcionario Público en el delito de peculado culposo, considera usted que se disminuiría una parte de la carga procesal?</p>	<p>TA(X)      TD( )</p> <p>SUGERENCIAS:</p>
<p>8-¿Si Usted fuera Funcionario Público, propondría un proyecto de ley para que se aplique el principio de oportunidad para los Funcionarios Públicos, solamente para el delito de peculado culposo?</p>	<p>TA(X)      TD( )</p> <p>SUGERENCIAS:</p>
<p>9-¿En caso se llegará aplicar el principio de oportunidad para el Funcionario Público cuando cometiera el delito de peculado culposo, estaría de acuerdo que se aplique dicho principio por sólo una ocasión?</p>	<p>TA(X)      TD( )</p> <p>SUGERENCIAS:</p>
<p>10 ¿Si Usted fuera Funcionario Público y</p>	

<p>por culpa comete el delito de peculado, le interesaría tener un derecho que lo ampare en la norma, para que se le pueda aplicar el Principio de Oportunidad?</p>	<p>TA(X)      TD( )</p> <p>SUGERENCIAS:</p>
<p>PROMEDIO OBTENIDO:</p>	<p>N° TA <u>08</u>    N° TD <u>02</u></p>
<p>COMENTARIOS GENERALES</p>	
<p>OBSERVACIONES</p>	

  
 FISCAL EXPERTO

**INSTRUMENTO DE VALIDACION POR JUICIO DE EXPERTOS  
FISCAL**

<b>1. NOMBRE</b>		JAVIER RICARDO IDROSO RODRIGUEZ
	<b>PROFESIÓN</b>	ABOGADO
	<b>ESPECIALIDAD</b>	DERECHO PENAL Y CIVIL
	<b>EXPERIENCIA PROFESIONAL</b>	
	<b>CARGO</b>	FISCAL ADJUNTO
<b>"PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD PARA LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL DELITO DE PECULADO CULPOSO."</b>		
<b>EN BASE A UNA CALIFICACIÓN DE 1 A 20, EVALÚE:</b>		
1. Pertinencia: (0- 5)		5
2. Coherencia: (0- 5)		4
3. Congruencia: (0- 5)		4
4. Eficiencia: (0- 5)		5
<b>PROMEDIO OBTENIDO:</b>		18
<b>2. COMENTARIO GENERAL:</b>		
<b>3. OBSERVACIONES</b>		
<b>4. SUGERENCIAS</b> que haya un máximo en la comisión del peculado culposo como de normativas mínimas. 7/18/60		

  
 FISCAL EXPERTO



## VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

Yo, JAVIER RICARDO IDROGO RODRIGUEZ, Fiscal de la Fiscalía Especializada en delitos de corrupción de Funcionarios, he leído y validado el Instrumento de Recolección de datos (ENCUESTA) elaborada por: Lettsy Milagritos Jimenez Coaguila y Hugo Alejandro Varillas Figueroa, Bachilleres de la carrera de Derecho, para el desarrollo de la investigación titulada: "PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD PARA LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL DELITO DE PECULADO CULPOSO."

C E R T I F I C O: Que es válido y confiable en cuanto a la estructuración, contenido y redacción de los ítems.

Chiclayo, 07 de diciembre del 2018

  
FISCAL EXPERTO

**Fotos con El Fiscal Experto de la Fiscalía Anticorrupción de Funcionarios.**

