



UNIVERSIDAD NACIONAL SAN ANTONIO ABAD DEL CUSCO

ESCUELA DE POSGRADO

MAESTRIA EN DERECHO

MENCIÓN EN DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

TESIS

LA DESPENALIZACIÓN DEL DELITO DE RETARDO INJUSTIFICADO DE PAGO, UN ESTUDIO DESDE EL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN PENAL: ANÁLISIS DE LOS CASOS DEL SEGUNDO DESPACHO DE INVESTIGACIÓN DE LA FECOF - CUSCO/ 2017-2021

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO
EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PENAL Y
PROCESAL PENAL**

AUTOR:

Br. DIVALDI PEDRIN CRUZ BORDA

ASESORA:

**Dra. KRUPSKAYA ROSA LUZ UGARTE
BOLUARTE**

CÓDIGO ORCID:

0000-0001-5226-4807

CUSCO – PERÚ

2024



Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco

ANEXO 1 INFORME DE SIMILITUD

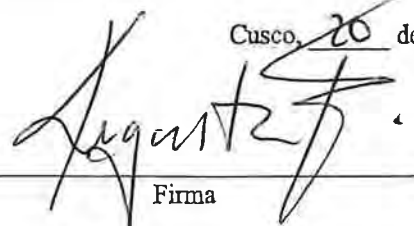
El que suscribe, el Asesor KRUPSKAYA ROSA LUZ UGARTE BOLUARTE, quien aplica el software de detección de similitud al trabajo de investigación/tesis titulada: LA DESPENALIZACIÓN DEL DELITO DE RETARDO INJUSTIFICADO DE PAGO, UN ESTUDIO DESDE EL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN PENAL: ANÁLISIS DE LOS CASOS DEL SEGUNDO DESPACHO DE INVESTIGACIÓN DE LA FEOF-CUSCO/2017-2021 presentado por: DIVALDI PEDRIN CRUZ BORDA con DNI Nro.: 72443449 presentado por: _____ con DNI Nro.: _____ para optar el Título Profesional/ Grado Académico de MAESTRO EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

Informo que el trabajo de investigación ha sido sometido a revisión por 2 veces, mediante el software: similitud, conforme al Artículo 6° del Reglamento para Uso del Sistema de Detección de Similitud en la UNSAAC y de la evaluación de originalidad se tiene un porcentaje de 3 % de similitud.

Evaluación y acciones del reporte de coincidencia para trabajos de investigación conducentes a grado académico o título profesional, tesis

Porcentaje	Evaluación y Acciones	Marque con una (X)
Del 1 al 10%	No sobrepasa el porcentaje aceptado de similitud.	
Del 11 al 30%	Devolver al usuario para las subsanaciones.	
Mayores a 31%	El responsable de la revisión del documento emite un informe al inmediato jerárquico, conforme al reglamento, quien a su vez eleva el informe al Vicerrectorado de Investigación para que tome las acciones correspondientes; sin perjuicio de las sanciones administrativas que correspondan de acuerdo a ley.	

Por tanto, en mi condición de Asesor, firmo el presente informe en señal de conformidad y adjunto la primera página del reporte del Sistema de Detección de Similitud.

Cusco, 20 de Octubre de 2025

Firma

Post firma: _____

Nro. de DNI: 23955587

ORCID del Asesor: 0000-0001-5226-4807

Se adjunta:

1. Reporte Generado por el Sistema de Detección de Similitud.
2. Enlace del Reporte Generado por el Sistema Detección de Similitud:

27259:510421879

DIVALDI PEDRIN CRUZ BORDA

LA DESPENALIZACIÓN DEL DELITO DE RETARDO INJUSTIFICADO DE PAGO, UN ESTUDIO DESDE EL PRINCIPI...

 Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco

Detalles del documento

Identificador de la entrega

trn:oid::27259:510421879

243 páginas

Fecha de entrega

9 oct 2025, 11:04 a.m. GMT-5

56.994 palabras

331.094 caracteres

Fecha de descarga

9 oct 2025, 12:12 p.m. GMT-5

Nombre del archivo

LA DESPENALIZACIÓN DEL DELITO DE RETARDO INJUSTIFICADO DE PAGO.pdf

Tamaño del archivo

1.5 MB

3% Similitud general

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para cada documento.

Filtrado desde el informe

- Bibliografía
- Texto citado
- Texto mencionado
- Coincidencias menores (menos de 20 palabras)

Fuentes principales

- 3%  Fuentes de Internet
- 0%  Publicaciones
- 2%  Trabajos entregados (trabajos del estudiante)

Marcas de integridad

N.º de alerta de integridad para revisión

-  **Texto oculto**
25 caracteres sospechosos en N.º de páginas
El texto es alterado para mezclarse con el fondo blanco del documento.

Los algoritmos de nuestro sistema analizan un documento en profundidad para buscar inconsistencias que permitirían distinguirlo de una entrega normal. Si advertimos algo extraño, lo marcamos como una alerta para que pueda revisarlo.

Una marca de alerta no es necesariamente un indicador de problemas. Sin embargo, recomendamos que preste atención y la revise.



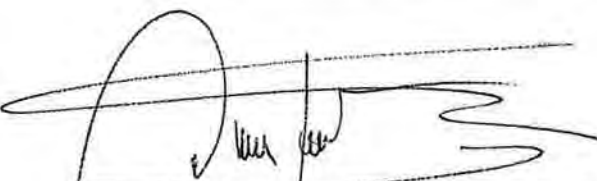
UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN ANTONIO ABAD DEL CUSCO
ESCUELA DE POSGRADO

INFORME DE LEVANTAMIENTO DE OBSERVACIONES A TESIS

Dra. NELLY AYDE CAVERO TORRE, Directora (e) General de la Escuela de Posgrado, nos dirigimos a usted en condición de integrantes del jurado evaluador de la tesis intitulada **LA DESPENALIZACIÓN DEL DELITO DE RETARDO INJUSTIFICADO DE PAGO, UN ESTUDIO DESDE EL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN PENAL: ANÁLISIS DE LOS CASOS DEL SEGUNDO DESPACHO DE INVESTIGACIÓN DE LA FECOF - CUSCO/ 2017-2021** del Br. DIVALDI PEDRIN CRUZ BORDA. Hacemos de su conocimiento que el (la) sustentante ha cumplido con el levantamiento de las observaciones realizadas por el Jurado el día TRECE DE DICIEMBRE DE 2024.

Es todo cuanto informamos a usted fin de que se prosiga con los trámites para el otorgamiento del grado académico de MAESTRO EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL.

Cusco, 11 de Setiembre del 2025


DR. ALFREDO FERNÁNDEZ TTITO
Primer Replicante


DR. JULIO TRINIDAD RÍOS MAYORGA
Segundo Replicante


MG. ROBERT CHÁVEZ HURTADO
Primer Dictaminante


MG. MARCOS IVÁN GALVÁN RAMOS
Segundo Dictaminante

DEDICATORIAS

A mis padres, quienes con su apoyo y cariño incondicional permitieron la materialización de esta meta.

A mi hermano Galois, quien encarna la virtud de la nobleza.

Divaldi.

RESUMEN

La presente investigación tuvo como objeto de estudio analizar si la conducta regulada en el artículo 390° del código penal peruano (delito de retardo injustificado de pago), tiene o no correlato con los postulados del principio de mínima intervención penal, tanto en su vertiente fragmentaria como subsidiaria; en ese sentido, lo que se pretende es determinar si dicha regulación penal se condice con nuestra realidad jurídica, y si esta tipificación resulta siendo coherente con los postulados del garantismo penal y un derecho penal mínimo.

Estando a ello, se propuso el siguiente problema ¿en qué medida la tipificación del delito de retardo injustificado de pago, vulnera al principio de mínima intervención penal en los casos fiscales tramitados por el segundo despacho de investigación de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Cusco/2017-2021?, para ello, la hipótesis formulada plantea que la conducta recogida en el referido artículo no tiene la relevancia jurídico penal exigida para ser considerado como delito, toda vez que se trata claramente de una infracción administrativa que bien puede ser sustanciada en otras vías extrapenales; consecuentemente, resulta necesario despenalizar esta conducta del código penal peruano.

Lo propuesto guarda armonía con los resultados obtenidos del análisis realizado a 20 disposiciones fiscales de archivo, emitidas por el Segundo Despacho de Investigación de la FECOF-Cusco, las mismas que tramitaron casos de esta naturaleza; así como de las entrevistas y cuestionarios aplicados a personal fiscal y administrativo de dicha fiscalía; instrumentos que permitieron corroborar lo planteado en la hipótesis.

Palabras Clave: Principio de Mínima Intervención Penal, Retardo Injustificado de Pago, Fragmentariedad Penal, Subsidiariedad Penal

ABSTRACT

The objective of this research was to analyze whether the conduct regulated in Article 390 of the Peruvian Penal Code (the crime of unjustified delay of payment) correlates with the principles of minimum criminal intervention, both in its fragmentary and subsidiary aspects. In this sense, the aim is to determine whether this penal regulation is consistent with our legal reality, and whether this classification is coherent with the principles of penal guarantees and minimal criminal law.

Given this, the following problem was posed: to what extent does the criminalization of unjustified delay of payment violate the principle of minimum criminal intervention in the fiscal cases processed by the Second Investigation Office of the Specialized Prosecutor's Office for Corruption Offenses of Public Officials in Cusco (2017-2021)? To address this, the hypothesis posits that the conduct described in the aforementioned article lacks the legal relevance required to be considered a crime, since it is clearly an administrative infraction that can be addressed through other non-criminal channels. Consequently, it is necessary to decriminalize this conduct from the Peruvian Penal Code.

This proposal is consistent with the results obtained from the analysis of 20 fiscal dismissal orders issued by the Second Investigation Office of the FECOF-Cusco, which processed cases of this nature, as well as from interviews and questionnaires administered to prosecutorial and administrative staff of said office. These instruments corroborated the hypothesis.

Keywords: Principle of Minimum Criminal Intervention, Unjustified Delay of Payment, Criminal Fragmentariness, Criminal Subsidiarity

INDICE GENERAL

DEDICATORIAS	2
RESUMEN	3
ABSTRACT	5
INDICE GENERAL	7
INTRODUCCIÓN	12
CAPITULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	14
1.1. Situación problemática	14
1.2. Formulación del problema	17
a) Problema general	17
b) Problemas específicos	18
1.3. Justificación de la Investigación	18
1.4. Objetivos de la investigación	21
a) Objetivo general	21
b) Objetivos específicos	21
CAPITULO II: MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL	22
2.1. Bases teóricas	22
2.1.1. Principio de Mínima Intervención Penal.	22
2.1.1.1. Evolución histórica.	22
2.1.1.1.1. Periodo previo a la ilustración.	23
a) Venganza Privada	23
b) Venganza Pública y Estados Absolutistas	24
2.1.1.1.2. Periodo de la Ilustración.	27
c) Humanización de penas, hacia un Estado de Mínima intervención. ..	27
2.1.1.2 Origen del término Última Ratio.	32
2.1.1.3. Definición y alcances	34
2.1.1.4. Principios operativos	38
a) Principio de Fragmentariedad	40
b) Principio de Subsidiariedad	43
2.1.1.5. Importancia de su aplicación.	45
2.1.1.6. El principio de mínima intervención y su relación con la constitucionalización del orden jurídico.	48
2.1.1.7. El poder punitivo del Estado (Ius Puniendi)	51
2.1.1.7.1. Que es el Ius Puniendi.	51
2.1.1.7.2. Los orígenes del poder punitivo del Estado.	52
2.1.1.7.3. Los fundamentos del Ius Puniendi.	55

2.1.1.7.4. El titular del <i>Ius Puniendi</i> .	59
2.1.1.7.5. Límites al <i>Ius Puniendi</i> del Estado.	62
2.1.1.8. La justificación del derecho penal.	67
2.1.1.9. Control Social.	69
2.1.1.9.1. Génesis del término Control Social.	69
2.1.1.9.2. Connotación sociológica.	71
2.1.1.9.3. Connotación jurídica.	72
2.1.1.9.4. Los mecanismos de control social.	74
a) Mecanismos de control social informal.	75
b) Mecanismos de control social formal.	78
2.1.1.9.5 El derecho penal como medio de control social formal.	80
2.1.1.10. Justificación del poder punitivo desde una perspectiva social	84
2.1.1.11. Límites al poder punitivo estatal desde el paradigma del garantismo penal.	85
2.1.1.11.1 Qué es el garantismo penal.	85
2.1.1.11.2. Tres acepciones del garantismo penal.	87
a) Como filosofía política o teoría de la justicia.	87
b) Como modelo de ciencia jurídica.	89
c) Como modelo de teoría del derecho.	90
2.1.1.11.3. Otros rasgos del garantismo penal.	90
2.1.1.11.4. Hacia la consecución de un derecho penal mínimo.	94
2.1.1.12. La relevancia jurídico penal del hecho, como presupuesto para la intervención punitiva del Estado.	98
2.1.1.12.1. Infracción administrativa.	100
2.1.1.12.2. Ilícito penal.	100
2.1.1.12.3. Diferencias entre sanción penal y sanción administrativa.	101
2.1.1.12.3.1. Criterios diferenciadores entre sanción administrativa y penal	101
2.1.1.12.4. El fenómeno de la administrativización del derecho penal.	103
2.1.1.12.4.1 Impacto y suficiencia de la sanción administrativa.	104
2.1.1.12.4.2. Capacidad disuasiva de la sanción administrativa	105
2.1.1.13. Importancia del principio de mínima intervención penal en la legislación penal peruana.	106
2.1.1.14. Toma de posición.	108
2.1.2. El delito de retardo injustificado de pago.	108
2.1.2.1. Definición.	108
2.1.2.2. Naturaleza Jurídica.	110

2.1.2.3. El retardo injustificado de pago en la legislación comparada.	114
2.1.2.4. El retardo injustificado de pago en la legislación peruana.	117
2.1.2.4.1. Bien jurídico protegido.	120
2.1.2.4.2. Descripción legal.	123
2.1.2.4.3. Tipicidad objetiva.	125
a) Sujeto activo.	125
b) Sujeto pasivo.	127
c) Comportamiento típico.	129
c.1) Fondos Expeditos.	129
c.2) Demora injustificada.	130
c.3) Pagos ordinarios o decretados por autoridad competente.	132
2.1.2.4.4. Tipicidad subjetiva.	134
2.1.2.4.5. Consumación y tentativa.	137
2.1.2.4.6. Penalidad.	139
2.1.2.5. Consideraciones generales respecto a los delitos contra la administración pública.	139
2.1.2.5.1. Administración pública.	139
2.1.2.5.2. Corrupción y administración pública.	142
2.1.2.5.3. Administración pública y derecho penal.	144
2.1.2.5.4. La administración pública como bien jurídico tutelado.	146
2.1.2.5.5. Concepto de funcionario y servidor público.	150
a) Funcionario público.	150
b) Servidor público.	152
2.1.2.5.6. Autoría y participación en los delitos de corrupción de funcionarios.	153
2.1.2.5.6.1. La teoría de la infracción del deber.	155
2.1.2.6. La responsabilidad por actos u omisiones de funcionarios o servidores públicos.	156
a) Responsabilidad política.	157
b) Responsabilidad administrativa.	158
c) Responsabilidad civil.	159
d) Responsabilidad penal.	159
e) Suficiencia del control administrativo y/o civil.	161
2.1.2.7. La política criminal en los delitos contra la administración pública. Una breve mirada al funcionalismo moderado.	161
2.1.2.7.1. El funcionalismo.	161
2.1.2.7.2. Funcionalismo moderado.	162

2.1.2.7.3. Política criminal en los delitos contra la administración pública.	163
2.1.2.8. Análisis criminológico del delito de Retardo Injustificado de Pago.	166
2.1.2.9. A manera de colofón: una posición crítica respecto a la regulación del delito de retardo injustificado de pago en nuestra legislación.	168
2.2. Marco conceptual	171
2.3. Antecedentes empíricos de la investigación	177
CAPÍTULO III: HIPÓTESIS Y VARIABLES	181
3.1. Hipótesis	181
a) Hipótesis general	181
b) Hipótesis específicas	181
3.2. Identificación de variables e indicadores	182
3.3. Operacionalización de variables	183
CAPITULO IV: METODOLOGÍA	184
4.1. Ámbito de estudio: localización política y geográfica	184
4.2. Tipo y nivel de investigación	184
4.3. Enfoque de la investigación	185
4.4. Unidad de análisis	185
4.5. Población de estudio	186
4.6. Tamaño de muestra	186
4.7. Técnicas de selección de muestra	187
4.8. Técnicas de recolección de información	187
4.9. Técnicas de análisis e interpretación de la información	188
4.10. Técnicas para demostrar la verdad o falsedad de las hipótesis planteadas	189
CAPÍTULO V: RESULTADOS Y DISCUSIÓN	190
5.1. Procesamiento, análisis, interpretación y discusión de resultados	190
5.1.1. Análisis de las entrevistas realizadas	190
5.1.2. Análisis de las encuestas realizadas	205
5.1.3. Análisis de casos fiscales	205
5.2. Prueba de hipótesis	211
5.3. Presentación de resultados	211
CONCLUSIONES	214
RECOMENDACIONES	216
BIBLIOGRAFÍA	217
ANEXOS	222

a) Matriz de consistencia (ANEXO 1)	222
b) Instrumentos de recolección de información (ANEXO 2).....	225
c) Cuadro de análisis de disposiciones fiscales de archivo (ANEXO 3)	232
d) Guías de entrevistas y encuestas desarrolladas (ANEXO 4)	243
e) Copias Certificadas de 20 disposiciones fiscales de archivo emitidas por el Segundo Despacho de Investigación de la FECOF – Cusco (ANEXO 5) .	243

INTRODUCCIÓN

A la luz del paradigma postpositivista del derecho en que nos encontramos, y teniendo en consideración que nuestro país se precia de ser un Estado Constitucional de Derecho, se hace patente comprender que nuestra realidad no solo exige la aplicación de reglas jurídicas (normas legales) a través de un elemental proceso de subsunción, como se realizaba en aquellos anquilosados Estados Legalistas; sino también precisa de la aplicación y vigencia irrestricta de los principios que inspiran al derecho penal.

En tal virtud, el presente trabajo busca analizar si la tipificación de la conducta regulada en el art. 390° del C.P. (delito de retardo injustificado de pago) tiene, o es coherente con los postulados y alcances del principio de mínima intervención penal; tanto más que, de la lectura de dicho dispositivo legal se advierte que esta conducta bien podría sustanciarse en otras vías extrapenales, como el derecho administrativo o el derecho civil; empero, de ninguna manera consideramos admisible sustanciar una investigación y un proceso penal para tramitar este tipo de proceder, ello de conformidad a la naturaleza subsidiaria y fragmentaria del derecho penal.

Estando a ello, el primer capítulo del presente trabajo contiene el planteamiento del problema, donde se delimitó la situación problemática y la formulación del problema, en virtud a los cuales se esbozó la respectiva justificación teórica, práctica y metodológica, siempre tomando en cuenta los objetivos trazados.

En seguida, el segundo capítulo denominado marco teórico conceptual, aborda las bases teóricas que insuflan el presente trabajo, las mismas que fueron expuestas de manera rigurosa y detallada, tanto del principio de

mínima intervención penal, como del delito de retardo injustificado de pago, señalando incluso notas características de la teoría del garantismo penal, los fundamentos del *Ius Puniendi*, entre otros aspectos que son de relevante importancia para el desarrollo de esta investigación.

En el tercer capítulo encontramos la hipótesis a la que arribamos, es decir, lo que pretendemos con la presente investigación es lograr la despenalización de este delito a la luz del principio de mínima intervención penal, en el entendido que este proceder no tiene la relevancia jurídico penal exigida para ser considerado delito; por otro lado, se tiene la clara delimitación de las dos variables objeto de estudio.

Finalmente, en el cuarto capítulo se detalla la actividad metodológica que se realizó en el presente trabajo, así como los instrumentos que se utilizaron para fines de alcanzar los objetivos y corroborar la hipótesis planteada.

CAPITULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Situación problemática

Actualmente la naturaleza jurídica de los delitos contra la administración pública regulados en el código penal peruano (art. 381 a 402 del C.P.), han cobrado una importancia relevante en nuestro sistema de administración de justicia, trascendiendo incluso al ámbito social y político de nuestra patria; es en este contexto que el legislador peruano en su afán de proteger y/o tutelar bienes jurídicos, incorporó más tipos penales al código sustantivo; como es el caso del delito de retardo injustificado de pago, regulado en el artículo 390° del código penal peruano.¹ De la lectura de la conducta recogida en dicho dispositivo se evidencia una palmaria problemática en cuanto a su regulación, que pasaremos a explicar en los siguientes párrafos.

Es claro que la función punitiva del Estado se manifiesta mediante el carácter coercitivo de las normas; y estas deben interpretarse con observancia irrestricta de los principios que regulan dicho poder coercitivo, tanto más que nos encontramos dentro de los alcances de un Estado Constitucional de Derecho; sin embargo, en la realidad fáctica de la administración de justicia, específicamente dentro del distrito fiscal del Cusco, se evidencia que este tipo penal no encuentra asidero ni mayor desarrollo, toda vez que, las denuncias que dan mérito a una investigación por la presunta comisión del delito de retardo injustificado de pago, son archivadas en sede fiscal por distintas razones, entre ellas podemos precisar: la existencia de justificación en la

¹ **Art. 390 C.P. Demora Injustificada de Pago.**

“El funcionario o servidor público que, teniendo fondos expeditos, demora injustificadamente un pago ordinario o decretado por la autoridad, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años”

demora de pagos, los trámites burocráticos de las entidades estatales, recortes presupuestales del Ministerio de Economía y Finanzas, entre otras razones que están trasuntadas en las disposiciones fiscales que se adjuntan al presente trabajo; consecuentemente, la conducta regulada en el artículo 390° del código penal, solo alcanza a la etapa de diligencias preliminares, no llegando a la etapa de formalización de investigación preparatoria propiamente dicha, ni a la etapa intermedia, ni mucho menos a la etapa estelar del proceso penal - juzgamiento.

La regulación de la conducta prevista en el art. 390° del C.P., debería estar dentro del ámbito del derecho administrativo, ya que no está revestida de relevancia penal, al respecto Peña Cabrera Freyre (2021) explica que, “aparece en escena el fenómeno de la administrativización del Derecho Penal, cuando el legislador eleva a la categoría delictual, meras desobediencias administrativas” (pág. 505); en esa línea de razonamiento, García Navarro (2022) concluye que se tratan de “injustos menores, que a lo mucho, se ajustan más a la naturaleza de una infracción o falta administrativa elevada erradamente al rango de un delito” (pág. 1120); nótese que, desde la teoría doctrinaria nacional, es unánime la postura que se decanta por despenalizar esta conducta, dado que solo ostenta relevancia administrativa.

Aunado a lo precedentemente señalado, se advierte que en la realidad práctica este delito no encuentra mayor desarrollo, conforme se evidencia de los distintos casos recabados del segundo despacho de investigación de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Cusco, los cuales fueron archivados en su oportunidad y que se adjuntan a la presente investigación; en ese entendido, con la tipificación de esta conducta se estaría

vulnerando el principio de mínima intervención penal, el mismo que postula que el derecho penal deberá aplicarse cuando sea imprescindible y hayan fracasado los demás mecanismos de control social.

En tal virtud, se advierte que esta conducta bien podría ser sustanciada en sede administrativa (mediante un procedimiento administrativo y su respectiva sanción de ser el caso) o incluso dentro del ámbito del derecho civil (a través de una demanda civil, que tenga como pretensión, obligación de dar suma de dinero); mas no así, en la vía del derecho penal, dado que éste viene a ser el último mecanismo al cual se debe recurrir para la solución de conflictos, conforme postula el principio de mínima intervención del derecho penal, entendiendo que la intervención del derecho penal deba ser el último recurso (última ratio).

Por lo tanto, para que el derecho penal salvaguarde los bienes jurídicos protegidos, es esencial que se respeten los principios limitadores del ius puniendi, como es el principio de mínima intervención. En tal virtud, en esta investigación se cuestiona si realmente es necesario castigar penalmente la conducta regulada en el artículo 390° del código penal, ya que este ámbito del derecho amenaza y castiga principalmente con penas privativas de libertad, teniendo en cuenta que esta protección debe otorgarse después de haber agotado otras medidas sancionadoras.

Respecto al principio de mínima intervención, García Caveró (2019) señala que el derecho penal debe “intervenir en los casos estrictamente necesarios, el Estado no solo tiene la obligación de proteger la sociedad con el Derecho Penal, creando delitos e imponiendo penas, sino también del Derecho Penal, no recurriendo a las penas en casos innecesarios” (págs. 135-136); en esa

línea de ideas, Villavicencio Terreros (2006) explica que, “el derecho penal solo debe permitir la intervención punitiva estatal en la vida del ciudadano en aquellos casos donde los ataques revisten de mayor gravedad”(pág. 92); estando a ello, la perspectiva del presente trabajo busca enmarcarse dentro de esa línea argumentativa, propugnando el respeto irrestricto del principio antes referido; en el entendido que, si sostenemos que sea factible penalizar cualquier conducta, estaríamos avalando la intervención del poder punitivo de manera indiscriminada, lo que es propio de un Estado autoritario y represivo.

Consecuentemente, se hace menester despenalizar la conducta descrita en el artículo 390° del código penal peruano; dado que no encuentra respaldo en nuestra realidad jurídica, más precisamente dentro del segundo despacho de investigación de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Cusco, significando básicamente un gasto infructuoso de recursos logísticos y humanos de los operadores del Ministerio Público.

1.2. Formulación del problema

a) Problema general

¿Cuán alineada está la tipificación del delito de retardo injustificado de pago con el principio de mínima intervención penal, en los casos fiscales tramitados por el segundo despacho de investigación de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Cusco/2017-2021?

b) Problemas específicos

Problema Específico 1.

¿Cómo opera el delito de retardo injustificado de pago en el código penal desde una dimensión formal garantista, en los casos fiscales tramitados por el segundo despacho de investigación de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Cusco/2017-2021?

Problema Específico 2.

¿Cómo opera el principio de mínima intervención penal en un sistema penal garantista, en los casos fiscales tramitados por el segundo despacho de investigación de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Cusco/2017-2021?

1.3. Justificación de la Investigación

a. Justificación práctica.

En mi experiencia y desempeño profesional, como asistente en función fiscal del segundo despacho de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Cusco, advertí que el legislador elevó erradamente a categoría delictual la conducta tipificada en el art. 390° del código penal (retardo injustificado de pago); en el entendido que, dicha conducta viene a ser una de carácter netamente administrativa, mas no penal, que bien puede ser tramitada en otras vías extrapenales como el derecho administrativo sancionador o incluso el derecho civil; es por este motivo que empecé a tomar interés en este tema, tanto más que, con la regulación penal de esta conducta se está desnaturalizando la esencia misma de uno de los principios que inspira el derecho penal peruano, que viene a ser el de mínima intervención; en tal

virtud, en mi experiencia pude advertir una absoluta inaplicabilidad de esta figura delictiva en nuestra realidad jurídica.

Esta investigación encuentra justificación en la praxis, en virtud a los casos fiscales (carpetas fiscales) vinculados al delito de retardo injustificado de pago tramitados ante el despacho fiscal antes referido, investigaciones que fueron archivadas en sede fiscal, mediante la emisión de sendas Disposiciones de No Procedencia de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria, ya que en dichos casos no se llegó a materializar el verbo rector precisado en el artículo 390° del código penal; es decir, la demora injustificada, atendiendo a una serie de razones expresadas en las referidas disposiciones, como son: existencia de justificación en la demora de pagos, los trámites burocráticos de las entidades estatales, recortes presupuestales del MEF, entre otros; estando a ello, se advierte que en la realidad fáctica, la tramitación de este tipo de investigaciones devienen en gastos infructuosos de recursos logísticos y humanos por parte de los operadores del Ministerio Público.

b. Justificación teórica.

La presente investigación encuentra su justificación teórica, en analizar si efectivamente dentro del ordenamiento jurídico penal peruano se respeta de manera irrestricta el principio de mínima intervención penal; puesto que, con la tipificación de esta conducta, se estaría vulnerando dicho principio rector del derecho penal en sus dos vertientes: fragmentariedad y subsidiariedad, lo que no es admisible, teniendo en cuenta que nos encontramos dentro de los alcances de un Estado Constitucional de Derecho y bajo el espectro de los postulados de la teoría del garantismo penal, que propugna alcanzar un

auténtico sistema de derecho penal mínimo, conforme así incluso está precisado en la exposición de motivos del código sustantivo; en ese orden de ideas, el legislador erróneamente elevó a una categoría delictual esta conducta, la cual sería una mera desobediencia administrativa, contraviniendo con ello, los criterios rectores del ius puniendi penal; en ese entendido, Peña Cabrera Freyre (2021) advierte que, “una tipificación penal así concebida, donde no se incluye la posibilidad de causar un perjuicio a alguien o de perturbar la función encomendada, puede generar serios reparos de justificación de acriminación” (págs. 504-505); estando a ello, nos decantamos por la despenalización de esta conducta.

c. Justificación metodológica.

Para el propósito de esta investigación se deberá recabar y analizar los casos relacionados al delito que se pretende despenalizar (retardo injustificado de pago), los que fueron tramitados ante el segundo despacho de investigación de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Cusco; asimismo, se hará uso de fichas de entrevista a 04 Fiscales especializados en delitos de corrupción de funcionarios del distrito fiscal del Cusco, así como a 06 asistentes en función fiscal de la misma fiscalía; con lo cual se busca recabar testimonios y documentación, para fines de evidenciar la situación problemática de la presente investigación y darle una alternativa de solución a la misma.

1.4. Objetivos de la investigación

a) Objetivo general

ANALIZAR si el delito de retardo injustificado de pago debe ser tipificado en el ordenamiento jurídico penal vigente, tomando en cuenta los postulados del principio de mínima intervención penal, en los casos fiscales tramitados por el segundo despacho de investigación de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Cusco/2017-2021.

b) Objetivos específicos

Objetivo específico 1.

EVALUAR cómo opera el delito de retardo injustificado de pago en el código penal, desde una dimensión formal garantista, en los casos fiscales tramitados por el segundo despacho de investigación de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Cusco/2017-2021.

Objetivo específico 2.

ANALIZAR cómo opera el principio de mínima intervención en un sistema penal garantista, en los casos fiscales tramitados por el segundo despacho de investigación de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Cusco/2017-2021.

CAPITULO II: MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

2.1. Bases teóricas

2.1.1. Principio de Mínima Intervención Penal.

2.1.1.1. Evolución histórica.

Desde la aparición del hombre sobre la faz de la tierra, es evidente que ha ido evolucionando con el devenir del tiempo, más aún con el descubrimiento y desarrollo de múltiples actividades como lo fue en su momento: la conquista del fuego, la agricultura, la caza, la recolección, entre otras; sin embargo, en ese cúmulo de labores resulta pertinente hacer hincapié en el desarrollo de la actividad agrícola, pues fue ésta la que permitió al hombre transformar su estilo de vida nómada a uno de corte sedentario, configurándose esta actividad en un punto de quiebre o inflexión, que posibilitó el génesis de la organización de individuos por excelencia - *la sociedad* -, aunque un tanto primitiva en sus orígenes, poco a poco fue evolucionando paralelamente al desarrollo del hombre.

Durante la formación y evolución de la sociedad - precisamente como organización de individuos -, es lógico advertir que no siempre las relaciones que se dieron entre sus miembros fueron pacíficas, o marchaban a un unísono compás sosegado, en ese sentido, y al presentarse situaciones de desavenencias entre sus miembros, surgió también la noción de instaurar un sistema que permita la solución de estos conflictos; tanto más que, la historia evidencia que el hombre no solo estuvo involucrado en conflictos de naturaleza bélica, sino también en muchos otros tipos de pugnas que incluso perduran actualmente, como son: la discriminación en todos sus aspectos, la

esclavitud, la segregación, etc.; podemos asentir entonces que, connatural al hombre es también su afán por el conflicto y la violencia.

En esa línea de ideas, y a fin de aplacar esas desavenencias o antagonismos, se hizo necesaria la instauración de un sistema penal, que al igual que el ser humano, fue evolucionando y mutando de acuerdo a las distintas épocas de la historia; estando a ello, podemos advertir que la evolución del sistema penal pasó por las siguientes etapas: i) la venganza privada, ii) la venganza pública y, iii) el periodo de la humanización de las penas, con la codificación respectiva; las dos primeras etapas se desarrollaron antes de la época de la ilustración, mientras que la última, germinó durante la referida época, y aún perdura en nuestros días.

2.1.1.1.1. Periodo previo a la ilustración.

a) Venganza Privada.

El primer registro de organización jurídica y penal, formalmente lo encontramos en el añejo código de Hammurabi *-La ley del Talión-*, la que rigió en el antiguo oriente (en la civilización Mesopotámica), que fue en pocas palabras, la expresión de la venganza privada, pues en ese contexto no se analizaban las intenciones o las condiciones particulares del autor de un hecho delictivo, simplemente se buscaba una venganza pura y dura por parte del ofendido o sus familiares, bajo el viejo apotegma *“ojo por ojo, diente por diente”*.

Al respecto, Peña Cabrera Freyre (2022), señala que:

“en los pueblos más antiguos, la aplicación de la Violencia punitiva estaba en manos de los ciudadanos, es decir, era una justicia privada,

que confería al agraviado, la posibilidad de realizar la justicia de propia mano que inclusive permitía la persecución de los familiares del agente infractor, como una suerte de extensión de responsabilidad penal por efectos de una relación de consanguinidad, lo que se denomina justicia del Cadí o el *Ius Talionis*, la medida de sanción era proporcional al grado de afectación producido – justicia compensatoria-.” (pág. 26)

Paralelamente a ello, aunque de manera muy prístina, también se desarrolló otra forma de resarcimiento, que fue el de una compensación económica en favor del afectado; sin embargo, esta modalidad de justicia acarreó que linajes familiares enteros entren en conflicto, toda vez que, en ocasiones este tipo de reparación recaía incluso en los familiares del infractor; al respecto, el historiador francés March Bloch (2016) citado en Ortiz Espinoza (2020), refirió que la compensación pecuniaria, se abrió paso como una alternativa pacífica para fines de reestablecer la armonía en las primeras sociedades.

Nótese que, durante este periodo, si bien se practicaba la venganza privada como principal instrumento de un sistema penal vetusto, también se buscaba encontrar otras formas pacíficas de solución de conflictos, como lo era, el de una sanción pecuniaria o económica; empero, es menester reiterar que el uso de la violencia y la correspondiente represión estaba en manos de los particulares, y bajo un enfoque de una justicia compensatoria, es por ello que a esta etapa se le denomina venganza privada.

b) Venganza Pública y Estados Absolutistas.

Con la evolución de las sociedades y la instauración de la Iglesia católica en gran parte de Europa, se dio paso al periodo denominado de la venganza

pública, a través del cual las monarquías absolutistas por intermedio de la Iglesia católica, erigieron a la pena como instrumento de sanción al transgresor, bajo dicha premisa, en esta época fue el soberano (como autoridad) quien organizó y ejecutó el castigo, ya no era directamente el ofendido o la víctima.

Al respecto el profesor Zaffaroni (2012) acertadamente concluye que, en el momento que se negó a la víctima su venganza privada, y esta potestad pasó a ser asumida por la autoridad, esto es lo que precisamente, marcó el origen del poder punitivo del Estado; vale decir, la venganza ya no la ostentaba el particular, sino en este caso, la autoridad, un tercero ajeno al conflicto.

Es así que, durante la edad media y con la consolidación de los postulados de la Iglesia católica, se instauró un proceso penal inquisitorial, modelo de justicia que abarcó casi toda Europa e incluso se expandió a los nuevos territorios de América colonizados durante los siglos XVI y XVII, esta etapa se caracterizó por la *“búsqueda de la verdad”* a través de los medios que fueran necesarios; en tal virtud, lo que se privilegiaba era la tortura como medio de prueba único e indubitable, con la finalidad de encontrar la culpabilidad del torturado, más allá de la pregonada búsqueda de la verdad.

El enciclopedista francés DIDEROT, citado en Arroyo & Berdugo (2001), clarifica estas ideas señalando que, “al prisionero no se le dice la causa de su detención, se comienza planteándole cuestiones capciosas. Se le esconden escrupulosamente los cargos y las informaciones. Llamaría a todo ello el arte de hacer -no de descubrir- culpables.” (pág. 494).

Por su parte, Carmona (2014) concluye que:

“En el ámbito estrictamente penal, es importante señalar la inalienable conexión existente entre *delito y pecado, delincuente y pecador*. La gravedad de los delitos no se medía según el daño que éstos causarían a la sociedad, sino que su atrocidad vendría marcada por razones religiosas o teológicas” (pág. 8)

Así las cosas, es evidente que este sistema penal estaba notoriamente polarizado por las premisas del oscurantismo eclesiástico, y tenía una clara dosis de sanción extrema y hasta con tintes de sadismo, la que fue monopolizada por la Iglesia católica, bajo el manto protector de las monarquías absolutistas imperantes en aquel entonces.

En consecuencia, durante la edad media y hasta la primera mitad del siglo XVIII se advierte que el poder absoluto (político, económico y especialmente penal), lo ostentaba un solo hombre -el monarca-, por tanto, el derecho penal se concebía como un instrumento a través del cual el soberano sometía a sus súbditos y éstos le debían obediencia; en ese sentido, las penas y sanciones se caracterizaban por ser severas y gravosamente inflexibles, v.gr.: penas de muerte, destierros, cercenamientos, mutilaciones de partes del cuerpo, entre otras; consecuentemente, los castigos impuestos no eran proporcionales, por el contrario, el sistema penal estaba atiborrado de sanciones rigurosas, severas y desproporcionadas, las cuales eran notas características de esa forma de gobierno que buscaba regir bajo la imposición del miedo.

2.1.1.1.2. Periodo de la Ilustración.

c) Humanización de penas, hacia un Estado de Mínima intervención.

En la segunda mitad del siglo XVIII, principalmente en Francia y Reino Unido surgió la corriente del liberalismo, doctrina política que propugnaba el respeto de las libertades más íntimas y personales del ser humano; es decir, buscaba la reivindicación de las libertades de la persona, ya sea esta política, religiosa o económica, en contraposición al absolutismo religioso que rigió previamente. Con la instauración del liberalismo se tuvo como resultado, según Sanchez Francisco (2007) “una nueva concepción política y jurídica, esencialmente basada en los fundamentos de la soberanía popular, del imperio de la ley, del control y separación de los poderes y de la defensa de la libertad” (págs. 278).

Con el asentamiento de esta corriente filosófica y política, se buscó reivindicar y resguardar la libertad del hombre, en contraposición a las premisas de los estados absolutistas en los cuales se concebía al hombre simplemente como un objeto, mas no así, como un sujeto de derechos. En mérito a estos postulados teóricos surgió el pensamiento de la ilustración o iluminismo, que tenía un enfoque más racionalista y científico que el liberalismo; sin embargo, ambas corrientes profesaban la reivindicación de la razón, en ese sentido, Arriola & Bonilla Saus (2011) concluyen que:

“Fue el consenso en torno a la reivindicación de la razón el que creó, en liberales e iluministas, la seria convicción de que la naturaleza y el universo en general, eran un todo uniforme que estaba sujeto a un

conjunto de leyes que podrían ser descubiertas mediante el adecuado uso de la razón”. (pág. 3)

Ahora bien, respecto a la influencia que tuvo la filosofía de la ilustración en el ámbito del derecho penal, resultaría siendo injusto no mencionar el ideario de Montesquieu, que si bien no fue un penalista, asentó las bases para una nueva concepción del derecho penal; para este pensador la severidad que significó el derecho penal del antiguo régimen (sistema inquisitorial-edad media), estaba vacío de fundamento, en el entendido que el derecho no tenía un origen divino, sino más bien era un artificio humano, y como tal, debía ser congruente a los principios de un estado social, en virtud a ello propuso la secularización del derecho penal, con lo cual, buscó diferenciar las nociones de delito y pecado, tanto más que, dichas categorías se confundían en el antiguo régimen.

A su vez, planteó también que la pena no debería constituir la simple retribución por el hecho causado, sino que debía perseguir una finalidad preventiva, es decir, ya hacía alusión a un fin utilitarista del derecho penal, con lo cual se buscaba moderación y proporcionalidad en las sanciones, lo que en palabras de Carmona (2014) “se erige como una de las aportaciones más trascendentales de la Ilustración en el ámbito jurídico-penal: el espíritu de moderación y el principio de proporcionalidad de las penas”(pág. 14).

Fue en este contexto que el filósofo milanés Cesare Bonesana, conocido bajo su título nobiliario de Marqués de Beccaria, desarrolló ampliamente sus postulados ilustrados, en su obra denominada *Tratado de los derechos y las penas*, publicada en 1764.

En cuanto a los aportes de Beccaria y con una visión más holística al respecto, el investigador chileno Ortiz Espinoza (2020) describió que:

“Esta es la primera vez que recoge un programa político criminal basado en una intervención mínima. El jurista italiano reconoce que, en gran medida sus ideas son tributarias de los pensamientos filosóficos franceses, autores a los cuales guardó una profunda admiración. Las principales proposiciones de este autor y que lo enmarcan con este principio se relacionan al establecimiento estrictamente legal de la pena y la utilidad de imponerla; la clasificación de los delitos; y la moderación del castigo.

Lo dicho se encuadra con una triple visión preventiva que encontramos en Beccaria: una primera visión general en que conmina a los ciudadanos a no cometer delitos; una segunda especial en la que incapacita al reo temporalmente; y última variante especial de enmienda de su conducta, que también conocemos por resocialización.” (págs. 33-34)

En consecuencia, Beccaria propuso que los sistemas penales debían transmutar o en todo caso, transformar su perspectiva, de una excesiva rigurosidad hacia una de moderación y humanización de las penas, teniendo en cuenta la necesidad o utilidad de las mismas, en tal sentido, el fin utilitarista del derecho penal se constituye en un pilar fundamental de sus postulados; de ahí que, la ideología de Beccaria se sustentaba en la búsqueda de la igualdad de los hombres ante la ley, y en cuanto al sistema penal, lograr su fin ulterior, es decir, la aplicación proporcional y racional de las sanciones y

con ello concretar la mínima intervención del derecho penal en las relaciones de los hombres.

Por su parte, Breton Betáncos (2018) concluye que:

“Cesar Beccaria, parte de los presupuestos filosóficos imperantes de la época (el contrato social) como origen de la constitución de la sociedad y la cesión de mínimos de libertad a manos del Estado y su poder punitivo para la conservación de las restantes libertades. Entonces, Beccaria humaniza el derecho penal al sustentar sus postulados bajo la premisa de la dignidad humana.” (págs. 33-37)

Ante ello, podemos colegir que durante el periodo de las monarquías absolutas no existieron límites al poder punitivo, tampoco garantías dentro de un proceso penal, pero si una intervención masiva por parte del Estado en la vida y relaciones de los hombres; es recién con el advenimiento de la filosofía de la ilustración, y el importante aporte de Beccaria, que se reforma esta visión y se decanta por el respeto e igualdad de las personas y la humanización de las penas, con lo cual se tiene un horizonte más propicio para lograr que la intervención penal del Estado ya no sea tan invasiva, sino que se minimice, aplicando siempre las penas de manera racional y proporcional.

En esa línea de ideas, Sánchez Francisco (2007) precisa que, a partir de la crítica que se origina con la postura de Beccaria, esta situación desencadena en una serie de reformas penales que constituyen la base del derecho penal garantista contemporáneo, que se resume en una gama de principios que se encargan de limitar el poder punitivo del Estado, como son: la humanización

de las penas, la igualdad ante la ley, la supresión de la tortura, el principio de proporcionalidad, la mínima intervención penal, entre otros.

A su vez, Guevaron Culqui (2021), apunta que:

“la ley que se aplica según las bases de la ilustración, debe tener una característica previa que asegure el respeto de los derechos de la persona inmersa en una investigación penal; es decir, que coincida con las fuentes normativas que contiene las garantías basadas en los principios, como el de Mínima Intervención.” (págs. 33-34).

Convenimos con la línea de razonamiento de los doctrinarios e investigadores precedentemente citados, toda vez que, los postulados de Beccaria se constituyen en pilares fundamentales que permiten tener una auténtica visión garantista del derecho penal; asimismo, no podemos soslayar que estas ideas marcaron el punto de partida de lo que es el principio de mínima intervención penal, y el respeto irrestricto de la persona humana y su dignidad, corriente que se condice con un Estado Constitucional de Derecho, conforme a lo prescrito en el artículo 1 de nuestra Constitución Política.²

En definitiva, dentro de la amplitud del derecho penal, Beccaria fue el primero en proponer un sistema garantista y, en consecuencia, limitador del ius puniendi del Estado, a través de una mínima intervención de éste, es así que, las sanciones penales alcanzaron una importancia gravitante y se configuraron en requisito imprescindible del poder sancionador, lo cual permitía la protección de los ciudadanos frente a los nacientes Estados

² **Art. 1°**

“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”

Liberales, ya no como sometimiento, sino como garantía de un proceso penal pleno; por tanto y demás, la época de la ilustración marco un antes y un después en la consecución de un derecho penal garantista.

2.1.1.2 Origen del término Última Ratio.

La expresión *Última Ratio* se encuentra tan arraigada en nuestra realidad jurídica, que resulta pertinente conocer su origen o al menos tener noción acerca de ello, al respecto Ozafrain (2016) explica que:

“La fórmula *ultima ratio* proviene del latín, puede traducirse como *última razón*, la *más alejada* o la *más remota*, y se entiende como el último recurso para el logro de un determinado objetivo. Este carácter final – en el sentido de último término de una serie-, no es cronológico, sino lógico: el concepto de *ultima ratio* no exige que efectivamente se hayan agotado sin éxito todas las alternativas, pero sí supone que esta última opción es, por su propia naturaleza, la menos deseable.

Históricamente, la fórmula completa parece haber sido “*ultima ratio regum*” -el “último argumento de los reyes”, frase que, según Wendt, el Duque de Richelieu hizo inscribir en el cañón real francés hacia el final de la Guerra de los Treinta Años. En la misma tendencia, “se dice que de 1742 en adelante los cañones de bronce de Federico el Grande llevaban la inscripción ‘*ultima ratio regis*’. Así que las balas de cañón volaban como la ‘*ultima ratio regum*’, la última palabra de rey” (págs. 17-18)

En tal sentido, el término del cual buscamos encontrar su origen, resultaría siendo una abreviatura de aquella fórmula original que habría sido: *Última Ratio Regis* o *Última Ratio Regum*, que a decir de Prieto (2008):

“esta expresión latina se puede traducir directamente como *el argumento final o definitivo del rey*. Actualmente se utiliza esta frase en algunas situaciones para expresar exactamente eso, que la última palabra la tiene aquel que dispone de la mayor fuerza.

El rey Luis XIV de Francia reconocía esta certeza y afirmaba que el poder último del estado recae en la fuerza para imponer sus decisiones. Así hizo inscribir en sus cañones el texto *ultima ratio regum*”.

Dicho lo anterior, podemos afirmar que la procedencia del término latino *Última Ratio* se originó en la época de las monarquías absolutas europeas (principalmente en Francia y Alemania), como aquella expresión tajante y definitiva del soberano respecto de un determinado asunto; a su vez, se propició el uso de esta locución dentro del contexto y ámbito bélico-militar, dado que dicha fórmula hacía alusión a aquella arma decisiva o última que permitía resolver una disputa, es por ello que, la traducción literal de esta frase sería: la última razón o el último argumento, es decir, aquello que ya es concluyente y definitivo.

Conforme lo anotado, es necesario resaltar la importancia que ameritan las investigaciones citadas, pues permiten evidenciar la procedencia histórica del término *ultima ratio*; sin embargo, cabe aclarar que muchas veces se suele confundir el principio de mínima intervención penal con el término *última ratio*,

vale decir, se usan ambas dicciones como si de sinónimos se trataran; acerca de ello, y como develaremos en los siguientes párrafos de este trabajo, podremos advertir que la expresión latina está íntimamente vinculada al carácter subsidiario del derecho penal, que dicho sea de paso, viene a ser un principio operativo o sub principio de la mínima intervención penal; estando a ello, si bien ambos términos no son equivalentes, se complementan y guardan una relación de parte a un todo.

Por último, es oportuno hacer hincapié al ya referido criterio razonable, más no cronológico, que se debe aplicar respecto a este término-*Última Ratio*-; es decir, este precepto y sus alcances no pueden entrar a colación de manera arbitraria solo porque otros mecanismos de control social hayan fracasado, sino que su aplicación debe ser congruente y coherente con los criterios de proporcionalidad y humanización de penas, postulados y premisas que insuflan de contenido a un Estado Constitucional de Derecho.

2.1.1.3. Definición y alcances.

El principio de mínima intervención penal postula que el derecho penal debe intervenir únicamente en los casos que sean estrictamente necesarios, es decir, cuando el problema o controversia que se suscita en la realidad fáctica no se pueda solucionar con otros mecanismos de control social menos gravosos; así pues, cuando se vislumbre un panorama de conflicto o desavenencias que puedan ser solucionados con otros mecanismos de control social, recién se deberá recurrir al derecho penal como último recurso (carácter subsidiario).

En ese sentido, el principio de mínima intervención penal se constituye en un límite al poder coercitivo del Estado, configurándose así en base angular del derecho penal contemporáneo, al igual que los principios de legalidad, lesividad, del debido proceso, entre otros; los cuales garantizan la vigencia y el respeto de derechos fundamentales y la dignidad de los ciudadanos.

Reafirmando esta postura, García Caveró (2019) explica que la intervención del derecho penal se deberá propiciar únicamente en aquellos casos que sean estrictamente necesarios, esto es, cuando el problema que se da en la realidad social no pueda ser resuelto a través de mecanismos extrapenales y de control social menos severos.

Por su parte, Villavicencio Terreros (2006) precisa que:

“el Estado sólo puede emplear la pena cuando está en situación de explicar su necesidad para la convivencia social, para mantener el orden democrático y social establecido. En un Estado Social, el Derecho Penal se legitima sólo cuando protege a la sociedad, pero si su intervención resulta inútil, entonces perderá su justificación. Por eso, este principio conduce a la exigencia de la utilidad, este principio es pues, un límite importante, porque permite evitar las tendencias autoritarias” (págs. 91-92)

En esa línea de ideas, Bramont-Arias Torres (2008), sostiene que el derecho penal únicamente intervendrá en aquellos actos que lesionen gravemente bienes jurídicos tutelados; sin perjuicio de ello, precisa además que esta intervención tiene que ser útil, caso contrario perdería su justificación.

Nótese que, se hace una especial referencia a los conceptos de **utilidad y necesidad** de las sanciones penales, toda vez que, dichas categorías dotan de sentido al principio de mínima intervención penal; consecuentemente, deberán estar presentes al momento de calificar una conducta punible e imponer la sanción penal de ser el caso, en tal virtud, solo respetando estas categorías podremos cumplir los objetivos de protección de la persona humana y de la sociedad, tal como lo precisa el artículo I del título preliminar de nuestro código penal³.

Ahora bien, cuando se evidencie que una reacción penal es fútil y no cumple con dicho objetivo de protección, su materialización no será necesaria, en el entendido que, si la utilidad se encuentra ausente, no podemos aseverar que el ejercicio del poder punitivo se está dando conforme a los postulados de un Estado Constitucional de Derecho, en consecuencia, la sanción penal requerirá de un cierto grado de utilidad.

Por otra parte, también se hace mención a la necesidad, incluso el profesor Villavicencio Terreros (2006) al principio de mínima intervención penal lo denomina como: *principio de necesidad*, en tal virtud, el derecho penal además de precisar de utilidad, tiene la obligación de justificar la necesidad de su intervención, caso contrario, estaríamos vaciando de contenido al derecho penal y nos aproximaríamos peligrosamente a los postulados de un Estado autoritario y policiaco, donde se utiliza el poder penal de manera arbitraria.

³ Art. I.- Objeto del Código

Este Código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad

Reafirmando la necesidad de este principio, Noguera Ramos (2018), sostiene que la intervención penal del Estado se justifica sólo si su aplicación resulta necesaria para fines de mantener la organización política y democrática del Estado. Por su parte, Bustos Ramírez (2004) concluye que “todo lo que fuese más allá de lo estrictamente necesario sería autoritarismo y una grave lesión a los principios democráticos del Estado, a sus bases de sustentación” (pág. 548).

Además de la utilidad, cabe resaltar que la necesidad, es un claro rasgo de este principio, pues su intervención solo tendrá asidero cuando se aplique de acuerdo a los hechos que se producen en la realidad; en pocas palabras, si la situación lo amerita se podrá aplicar el contenido de este principio, he ahí la necesidad y pertinencia de la mínima intervención penal; es decir, no podemos admitir la intervención masiva del Estado en la vida de los hombres sin menester alguno, sino más bien, debemos propugnar una intervención justificada y mínima por parte del Estado y su poder coercitivo.

Resulta pertinente destacar que, tanto la idea de utilidad como la de necesidad germinaron todavía dos siglos atrás, con los aportes de Beccaria y la filosofía de la ilustración; por consiguiente, ambas nociones deberán estar presentes para una correcta aplicación de sanciones penales en nuestra cultura jurídica contemporánea.

Por otro lado, los maestros Muñoz Conde y García Aran (2010) refieren que los postulados del derecho penal entrarán a colación, cuando se presenten ataques graves a bienes jurídicos tutelados que tengan una importancia preponderante, es por ello que las perturbaciones consideradas leves o menos graves, deberán ser objeto de otras ramas del derecho, como puede

ser el derecho administrativo o el derecho civil; complementando esta postura, Pérez López (2021) refiere que, “no se puede usar el derecho penal para mantener el control social de forma usual y primaria. De lo contrario sería un Estado intervencionista y arbitrario” (pág. 110).

Es así que, este principio se encuentra íntimamente vinculado al principio de lesividad; puesto que su injerencia está supeditada a que se presenten ataques graves, o situaciones que menoscaben o afecten seriamente bienes jurídicos protegidos, de ahí podemos advertir el carácter subsidiario y fragmentario.

En consecuencia, podemos colegir que la mínima intervención penal es un principio general que se aplica a todo el espectro de la teoría general del derecho penal, pues viene a ser un precepto o axioma rector del mismo, y se constituye en un límite al *ius puniendi* del Estado, ya que, si se avala el uso del derecho penal a discreción, sin realizar un juicio de valor respecto de los bienes jurídicos, y sin observar la utilidad o necesidad de las sanciones, nos estaríamos aproximando peligrosamente al espectro de alcance de un Estado arbitrario e intervencionista.

2.1.1.4. Principios operativos.

La doctrina nacional y extranjera es uniforme al reconocer que este principio está compuesto por dos características o subprincipios, que son: la *fragmentariedad* y la *subsidiariedad*; estos caracteres son pues, las notas que inyectan de contenido al principio de mínima intervención penal, dotándole de vigencia y validez.

Más que características, García Caveró (2019) considera que son principios operativos, y que “ambos, se condensan en la idea global de que sólo deben sancionarse penalmente las lesiones más intolerables a los bienes jurídicos más importantes” (pag. 136). Por su parte, Villavicencio Terreros (2006) disgrega estos dos sub principios o características, y los desarrolla como tópicos propios del principio de mínima intervención penal.

Sin embargo, hay un reducido grupo de estudiosos del derecho, especialmente en la doctrina comparada, que consideran como una tercera característica, al principio de proporcionalidad, pues entienden a este último como una nota complementaria de la mínima intervención penal.

Al respecto, el profesor mexicano Monroy Rodríguez (2013), acota como tercera característica del principio *in examine*, al siguiente:

“Proporcionalidad: es proporcional por cuanto debe existir una consonancia entre el bien jurídico por proteger y la suspensión impuesta al derecho fundamental de la libertad, así como la limitación o condicionamiento al goce de otros derechos fundamentales. En todo caso, la medida adoptada por intermedio del derecho penal debe ser la menos gravosa posible.” (pag. 28)

A su vez, el argentino Lascurain Sánchez (2019), señala que, tanto las nociones de fragmentariedad y subsidiariedad se fusionan en el principio de mínima intervención del derecho penal, y al mismo tiempo, encuentran su fundamento jurídico en el principio de proporcionalidad.

A nuestro juicio, no resulta plausible considerar a la proporcionalidad como una característica del principio de mínima intervención penal, ya que tiene

existencia propia; sin perjuicio de ello, resulta importante destacar que la proporcionalidad, como principio penal independiente y genérico, estará presente en una relación sincrética con los postulados de un derecho penal mínimo y garantista, así como con los demás principios que se configuran en límites al poder coercitivo del Estado; por consiguiente, si bien la proporcionalidad tiene una relación sincrética con el principio de mínima intervención penal, no puede ser considerado como parte o característica de este último.

Estando a ello, nos decantamos por considerar como notas características del principio de mínima intervención, a la fragmentariedad y a la subsidiariedad, como bien lo afirma el maestro García Caveró (2019), son principios operativos que permiten consentir la idea de mínima intervención; es decir, se constituyen en fundamentos propios de dicho axioma. En ese sentido, resulta pertinente desarrollarlos con más detalle.

a) Principio de Fragmentariedad.

Este sub principio postula que, el contenido y alcances del derecho penal no protegerán todos los bienes jurídicos de la sociedad, sino solo aquellos que estén revestidos de una significativa importancia; es decir, el legislador erigirá como punibles solo aquellas conductas de los miembros de una comunidad que revistan mayor gravedad, dejando de lado aquellas conductas leves o tenues, de las cuales se encargarán otros mecanismos de control social, o en su defecto otras ramas del derecho.

Desde una visión más rigurosa, García Caveró (2019) considera que “no toda conducta lesiva de bienes jurídicos merecedores de protección penal debe ser

sancionada penalmente. Dentro del conjunto de conductas lesivas solo deben ser sometidas a represión penal las más graves” (pág. 137).

Por su parte, Villavicencio Terreros (2006) afirma que:

“el carácter fragmentario del Derecho Penal consiste en que no se le puede utilizar para prohibir todas las conductas, el derecho punitivo no castiga todas las conductas lesivas de bienes jurídicos protegidos, sino los que revisten mayor entidad. Este principio es una directriz político criminal, ya que determina en el legislador hasta qué punto puede transformar determinados hechos punibles en infracciones o no hacerlo” (pág. 94).

A su vez, Bramont-Arias Torres (2008) señala que el derecho penal no tiene como norte proteger la totalidad de bienes jurídicos que se presentan en la sociedad, sino, solo aquellos que revistan mayor significación; toda vez que, si se consiente la intervención del derecho penal en todas las situaciones en que hay conflictos o desavenencias, correríamos el riesgo de paralizar social y económicamente al país.

En buena cuenta, por la fragmentariedad se entiende que el derecho penal no se encarga de proteger todos los bienes jurídicos de la sociedad, sino solo aquellos que sean más importantes o valiosos; asimismo, se debe tener en cuenta la evolución de las sociedades, y la relatividad de la importancia o relevancia aludida; puesto que, el juicio de valoración de bienes jurídicos que se da en un determinado espacio, tiempo y lugar, será distinto a otro, v. gr.: en el pasado, en nuestra legislación se tenía como conductas punibles, al adulterio y la rapiña, empero, actualmente estas figuras fueron suprimidas de

nuestra legislación penal, dado que perdieron la importancia aludida; en ese sentido, la importancia o relevancia de bienes jurídicos no solo se trata de un aspecto subjetivo, sino que también, se determina en función al contexto (espacio y tiempo) en que se encuentre una determinada sociedad.

Siguiendo al maestro Villavicencio Terreros (2006), podemos identificar la fragmentariedad a partir de tres fundamentos: el primero, aquel que defenderá a los bienes jurídicos de ataques potenciales o reales que supongan una considerable gravedad; el segundo, tipifica solo un fragmento de lo que las demás ramas del orden jurídico consideran como hechos antijurídicos; y tercero, deja sin castigo aquellos comportamientos puramente inmorales, con lo cual se delimita el accionar del derecho penal solo respecto a aquellas conductas que lesionan bienes jurídicos relevantes.

Desde una perspectiva humanista, Urquiza Olaechea (2021) señala que:

“La construcción de tipos penales obedece al carácter fragmentario del Derecho Penal, el cual se presenta como un sistema normativo discontinuo, en el que no todos los comportamientos resultan penalizados, sino solo los más graves, que afectan aspectos esenciales de la persona humana” (pág. 102)

Por su parte, Monroy Rodríguez (2013) precisa que la fragmentariedad penal:

“consiste en la obligación del Estado, como mandatario de la soberanía popular, de delimitar su campo de acción a conductas que lesionen bienes jurídicos, cuya penalización resulte necesaria para la conservación de un orden justo y en paz para todos los conciudadanos” (pag. 28).

En tal merced, y reforzando lo precedentemente desarrollado, Peña Cabrera Freyre A. (2022) concluye que:

“el Derecho penal no puede ser visto como una palenque de la moralidad y de la ética, de sofocar toda exteriorización de reprobación social, de garantizar ciertos valores, acuñados en sectores de la sociedad; para ello no sirve el Derecho penal, su misión vital en una sociedad, es de proteger los valores vitales del individuo y la sociedad”
(pág. 83)

En definitiva, en el contexto jurídico contemporáneo, este principio operativo se presenta como una expresión garantista de límite al poder punitivo del Estado, puesto que, a la luz de este axioma se establece que no toda conducta deberá ser sancionada penalmente, sino sólo aquellas que sean más lesivas y que afecten severamente bienes jurídicos protegidos; es decir, el legislador deberá erigir y seleccionar como punibles solo determinadas conductas de la realidad, las que deberán estar revestidas de relevancia penal.

b) Principio de Subsidiariedad.

Por la subsidiariedad del derecho penal, se entiende que, se deberá recurrir al derecho penal y a sus sanciones, en tanto y en cuanto los demás mecanismos de control social fracasen, o no sean suficientes para resolver un determinado conflicto o situación problemática que se presente en la realidad; en buena cuenta, recurrir al derecho penal se constituirá en el último recurso para mantener la convivencia pacífica de los ciudadanos.

Para graficar este panorama de mejor manera, seguimos el hilo de razonamiento de García Caveró (2019), quien explica que este principio tiene

dos aristas, una cualitativa y otra cuantitativa; respecto al ámbito cualitativo, se advierte que en este aspecto prima la observación y/o valoración de la importancia que tenga un determinado bien jurídico protegido; mientras que en el plano cuantitativo, se hace referencia a que los problemas que puedan surgir en la realidad, se puedan solucionar a través de otros medios de control social, y no recurrir al derecho penal.

Para Muñoz Conde & García Aran (2010):

“El Derecho penal, como todo el ordenamiento jurídico, tiene una función eminentemente protectora de bienes jurídicos; pero en esta función de protección le corresponde tan sólo una parte, y ciertamente la última, interviniendo únicamente cuando fracasan las demás barreras protectoras del bien jurídico que deparan otras ramas del Derecho. Ello ha llevado a un cierto sector de la doctrina a decir que, frente a estas otras ramas jurídicas, el Derecho penal tiene carácter subsidiario” (pág. 73)

En esa línea de razonamiento, Villavicencio Terreros (2006) refiere que, la subsidiariedad penal:

“se trata de la *última ratio* o *extrema ratio*, en el sentido que solo debe recurrirse al Derecho Penal cuando han fallado todos los demás controles sociales. El derecho penal debe ser el último recurso que debe utilizar el Estado, debido a la gravedad de sus sanciones” (pág. 93).

Por su parte, Almanza Altamirano (2022) señala que el ejercicio de la potestad sancionadora:

“Debe operar cuando las demás alternativas de control han fallado, es decir, que carece de sentido la intervención del Derecho Penal cuando existe la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico, como las sanciones propias del Derecho Administrativo o del Derecho Civil” (pág. 64)

En ese sentido, la subsidiariedad del derecho penal implica que la aplicación del derecho penal y sus alcances, deben ser accesorias y/o secundarias; pues este principio, como bien lo afirma el profesor Bramont-Arias Torres (2008), hace referencia al derecho penal como remoto y definitivo medio de control social formal, al cual deberá acudir la sociedad organizada cuando ya no se cuente con otros medios de control.

Es precisamente en este extremo, en el que cala de manera acertada el término *Ultima Ratio*, que fue materia de explicación en los párrafos precedentes; por tanto, se deberá entender al derecho penal y sus sanciones, como el último recurso al cual se debe recurrir, y la última instancia que deberá entrar a colación para solucionar los conflictos entre los miembros de una sociedad.

2.1.1.5. Importancia de su aplicación.

No podemos pasar por alto que la mínima intervención penal al ser un principio, se constituye en fundamento esencial del derecho penal, y como tal, debe regir y sostener todo su desarrollo teórico y práctico, en ese sentido, Robert Alexy (1988) citado en Lozada (2016) señala que los principios, “serían «mandatos de optimización», en el sentido de que «son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las

posibilidades jurídicas y fácticas” (pág. 229); por lo tanto, buscar el verdadero sentido y auténtica aplicación de este principio en su real magnitud (mandato de optimización), debe ser el norte de todo Estado que se precie de ser Constitucional.

En ese orden de ideas, se advierte que la importancia de la aplicación de este principio radica en que no solo se constituye en un límite al poder punitivo del Estado; sino también, y no menos importante, se debe internalizar de manera definitiva que para lograr un auténtico Estado Constitucional de Derecho, y una sociedad democrática avanzada, recurrir al derecho penal y sus sanciones debe ser el último recurso; es decir, cuando sea extraordinariamente necesario, en consecuencia, si el Estado interviene mínimamente en la vida de las personas en sociedad, se confirmará que ésta sea fecunda y próspera.

En tal sentido, la mínima intervención penal se constituye en eje fundamental de nuestro ordenamiento jurídico penal, habida cuenta que su aplicación garantiza que nos encontremos en un Estado Constitucional de Derecho, donde prime la defensa y garantía de los derechos fundamentales; a su vez, este principio (con todos los preceptos que recoge) se encuentra engarzado, o tiene una ligazón más que relevante con la teoría del garantismo penal, a través del cual, se busca alcanzar un derecho penal mínimo y evitar la invasiva influencia de sanciones penales en la vida de los hombres, razones que incluso inspiran la exposición de motivos del vigente código penal peruano.

Por otro lado, debemos precisar que este principio no ha calado como debe ser en nuestra realidad jurídica, toda vez que, en los últimos años se ha podido evidenciar que el legislador peruano ha tenido y tiene un amplio margen para

seleccionar como punibles un indeterminado abanico de conductas, sin tomar en cuenta este principio, pues se ha dejado llevar, como dijo Urquiza Olaechea (2021), por un *Populismo Penal*, es decir, el legislador ha ido escogiendo como punibles conductas que no deberían serlo, como es el caso del delito de retardo injustificado de pago; en ese sentido, el principio de mínima intervención en palabras de Urquiza Olaechea (2021), se constituye en “un extraordinario farallón jurídico a favor de los ciudadanos”, respecto de aquella tentación que existe en el legislador de instrumentalizar el derecho penal con fines meramente políticos.

Bajo esas consideraciones, no podemos consentir la criminalización arbitraria de conductas, propias de un Estado autoritario y represor; he ahí la importancia gravitante de este principio, en el entendido que, la intervención del derecho penal y sus respectivas sanciones no podrán alcanzar a conductas que no revistan mayor relevancia penal, v. gr.: cuando se produce la demora en la atención a los usuarios en una determinada entidad pública, o cuando un estudiante copie o cometa plagio en un examen, por muy reiteradas que sean estas conductas, no acarrearán la intromisión del derecho penal, sino, en tal situación intervendrán otras ramas del derecho, como puede ser el derecho administrativo. Bajo esas consideraciones, de ninguna manera se podrá recurrir al derecho penal de primera mano, pues se estaría atiborrando el sistema penal con conductas que nada tienen que hacer en el espectro o halo de alcance del derecho penal.

Al respecto, Limaico (2015) concluye que:

“El Derecho Penal debe utilizarse solo en casos extraordinariamente graves y sólo cuando no haya más remedio por haber fracasado otros

mecanismos de protección menos gravosos para la persona; el Derecho Penal, por imperativo del principio de intervención mínima, no sanciona toda lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sino sólo aquellas que son consecuencia de acciones especialmente intolerables.” (pág. 13)

Entiéndase que la mínima intervención del derecho penal, no solo se trata de un principio que se agota en una expresión lírica, como quizá lo entienden nuestros legisladores; por el contrario, va más allá de eso, pues al ser un principio general, es sobre el cual se sustenta nuestro ordenamiento jurídico, por tanto, se debe promover su real aplicación, más aún en nuestro contexto jurídico y social; toda vez que, el legislador tiende a criminalizar más conductas con la falsa convicción de que realizando este tipo de prácticas se podrá suprimir aquellas conductas dañosas de la sociedad. En consecuencia, la importancia de este principio no se puede agotar en ser una simple expresión teórica o dogmática, sino más bien, debemos buscar su auténtica aplicación en nuestra realidad jurídica y social.

2.1.1.6. El principio de mínima intervención y su relación con la constitucionalización del orden jurídico.

Antes que nada, debemos aclarar que la noción *constitucionalización del orden jurídico*, es una premisa propia del paradigma postpositivista del derecho, el cual supera aquel modelo legalista del positivismo jurídico, que consideraba únicamente a las reglas como soportes que sostenían la estructura de un sistema jurídico; en ese sentido, el paradigma postpositivista entiende que no solo existen reglas, sino también principios, al respecto y de manera acertada, el profesor Aguiló Regla (2007) precisa que:

“Para dar cuenta de la estructura de un sistema jurídico hay que considerar que, además de reglas, hay principios. Es decir, hay normas que establecen una solución normativa pero no definen un caso. Los principios, así entendidos, dotan de sentido a las reglas” (pág. 669)

En consecuencia, se debe entender que los principios son aquellas razones subyacentes y más básicas de un sistema jurídico, y por tal condición, permiten interpretar esas reglas, en tal medida, es indudable que los principios son notas singulares de un orden jurídico constitucionalizado, ya que es precisamente en la constitución política donde se amparan los derechos fundamentales de los ciudadanos, por tanto, resulta válido aseverar que existe una estrecha relación entre principios, constitucionalización del orden jurídico y derecho constitucional.

En este punto, cabe recordar que este tema viene siendo materia de análisis desde el periodo de la Ilustración - donde germinaron las ideas de respeto y vigencia de libertades y derechos de los hombres - es por ello que, dichas premisas se fueron trasuntando en principios, los que además de constituirse en límites al poder coercitivo del Estado, también sirven para sostener y explicar la estructura de un sistema jurídico; estos principios (dentro de los cuales se encuentra el de mínima intervención penal), como máximas de optimización del derecho, tiene una estrecha vinculación con la constitucionalización del orden jurídico, y subsecuentemente con el derecho constitucional y sus alcances.

Estando a ello, si bien nuestra constitución no recoge de manera taxativa el principio de mínima intervención penal, debemos precisar que el artículo 3 reconoce aquellos derechos fundamentales que se funden en la dignidad

humana, por ende, creemos que este principio si tiene reconocimiento constitucional, tanto más que, es en este ámbito donde se condensan todos los principios limitadores del poder punitivo los cuales sirven de parámetros de aplicación del derecho penal.

Ante lo dicho, no podemos restringir nuestro razonamiento a una interpretación literal de la constitución y la ley, sino todo lo contrario, debemos propugnar una interpretación extensiva cuando se trate de principios y derechos humanos; al respecto, Aguiló Regla (2007) señala que “se huye de la interpretación literal en favor de una interpretación extensiva, de manera que del texto constitucional pueden extraerse gran cantidad de normas y de principios implícitos” (pág. 667). Entiéndase entonces que, junto a los derechos relativos a la justicia en general, el derecho penal se deberá aplicar con preponderante importancia, tomando en cuenta el catálogo de derechos fundamentales que están precisados en la Carta Magna y también aquellos que no lo estén, pero que, por su naturaleza y fundamentación en la dignidad humana resultan siendo implícitos.

En esa línea de ideas, Landa Arroyo (2013) concluye que, “las bases del Derecho Penal no hay que buscarlas en las leyes sino en la Constitución, entendida como bien jurídico fundamental del actual Estado constitucional democrático” (pág. 71); en ese sentido, los tribunales no deben limitarse a aplicar las instituciones propias del derecho penal, sino que aquellas decisiones que se emitan (decisiones judiciales y fiscales), deben ser elaboradas también conforme al contenido del derecho constitucional.

Con lo anotado, se advierte que, en efecto, el derecho penal y sus principios deben considerar al derecho constitucional, a razón de existir limitaciones en

este último, por consiguiente, debe darse preminencia a los principios consagrados en el orden constitucional.

2.1.1.7. El poder punitivo del Estado (Ius Puniendi).

2.1.1.7.1. Que es el Ius Puniendi.

En primer lugar, para fines de avizorar una noción más completa acerca del Ius Puniendi o poder punitivo del Estado, resulta pertinente señalar que existe una arista objetiva y otra subjetiva del derecho penal; respecto a la primera, resulta atinado afirmar que ésta se encuentra constituida por las normas jurídicas y las leyes positivizadas, o formalizadas dentro de un determinado ordenamiento jurídico; mientras que la segunda, se configura como aquella potestad que tiene el Estado de ejercer el poder o violencia que le fue conferida por los miembros de la sociedad, para imponer penas o medidas de seguridad; es precisamente ésta última perspectiva, la que nos convoca a la presente investigación.

El derecho subjetivo o ius puniendi, en palabras de Perez Lopez (2021) “es el derecho del Estado a castigar o sancionar, en otras palabras, es la facultad que tiene el Estado de crear o aplicar determinadas sanciones a las personas que infringen el derecho penal objetivo.” (pág. 59).

Para Mir Puig (1995), el derecho penal subjetivo o denominado poder punitivo del Estado, viene a ser la facultad que tiene el Estado de castigar determinadas conductas, estando a ello, el ius puniendi es aquella potestad, facultad o prerrogativa que tiene el Estado de imponer penas o medidas de seguridad.

Por su parte, García Caveró (2019) explica que:

“Desde una perspectiva subjetiva, el Derecho penal puede ser definido como la facultad de imponer penas por la realización de un delito. A este poder punitivo se le conoce también con la denominación latina *ius puniendi*, la doctrina penal se plantea básicamente tres cuestiones al ocuparse del tema del *ius puniendi*. En primer lugar, se discute la cuestión de si en la sociedad actual es posible justificar la existencia de una potestad punitiva. En segundo lugar, se plantea también la cuestión de quien es el legitimado para ejercer ese poder y finalmente resulta necesario establecer límites a ese poder” (pág. 107)

Nótese que, este autor plantea tres cuestiones de relevante importancia que permitirá un cabal entendimiento del concepto y real alcance del poder punitivo del Estado, como son: la justificación o fundamentos, el titular y los límites al *ius puniendi*, tópicos que pasaremos a desarrollar a continuación.

2.1.1.7.2. Los orígenes del poder punitivo del Estado.

Conforme ya fue precisado al inicio del presente capítulo, en el apartado referido a la evolución histórica del principio de mínima intervención penal y al describir cada una de sus etapas, tales como: venganza privada, venganza pública y humanización de penas, se puede advertir que el origen del poder punitivo estatal, lo encontramos, aunque de manera muy prístina, en la etapa de la venganza pública, cuando el ofendido renunciaba a su venganza privada y entregaba esta facultad a la autoridad de la organización social, que en un primer momento era el monarca, lo que, a opinión del profesor Zaffaroni (2012), marcó el origen del *ius puniendi*; dicho de otro modo, en la etapa de

la venganza pública podemos advertir la presencia de un poder penal o ius puniendo aun vetusto y en formación.

Así pues, se advierte que fue recién en la época de la ilustración donde se originó formalmente la idea de poder punitivo o ius puniendi estatal, ello a raíz de la aparición y desarrollo de la noción del *contrato social*, toda vez que, este concepto prescribía que las personas debían adecuar y/o acomodar su comportamiento a ciertas reglas sociales, para fines de asegurar una convivencia social pacífica, dichas reglas eran de carácter moral, político o incluso penal, dentro de esta última se encuentra precisamente la facultad sancionadora del Estado; respecto al contrato social, Habermas (1998) señala que, “cada individuo autónomo concluye con todos los demás individuos autónomos, que sólo puede tener por contenido algo que todos pueden racionalmente querer por ser interés de todos y cada uno” (pág. 578), es decir, para asegurar la plena convivencia entre los miembros de una sociedad, éstos se someten de manera deliberada a la voluntad de la mayoría, en esa línea de ideas, Peña Cabrera Freyre (2022) concluye que:

“el contrato social exigía que la potestad de penar solo podría ser detentada por un ente jurídico y políticamente organizado, que vendría a asumir el modelo de un Estado, como organización política y jurídica de una sociedad. Por lo tanto el Estado aparece como una institución monopólica de la represión penal, despojando a los particulares - ofendidos por el delito-, de la capacidad de reaccionar violenta u organizadamente frente al delito” (pág. 27)

Es decir, a fin de garantizar una convivencia pacífica dentro de una sociedad, sus miembros de mutuo propio y de manera voluntaria se someten al mandato

de la mayoría, siempre y cuando esta voluntad sea racional, renunciando así a la venganza privada o autotutela que éstos pudieran efectuar, delegando de esa manera la potestad sancionadora en favor del Estado, como ente formal donde se concentrará la voluntad de cada uno de sus miembros.

Por su parte, Villavicencio Terreros (2006) sostiene que:

“la función punitiva del Estado social y democrático de Derecho se origina en su soberanía para identificar como punibles ciertas conductas y establecer la sanción correspondiente (Derecho Penal Subjetivo). Históricamente proviene de la Revolución Francesa y el pensamiento ilustrado del siglo XVIII” (pág. 87)

A su vez, Peña Cabrera Freyre (2022) precisa que:

“el fundamento político de la delegación punitiva, descansa en el hecho de que las leyes son el resultado de la ansiada y audaz propuesta de los ciudadanos de asociarse bajo determinadas reglas, a pesar de que aquello signifique perder una porción de libertad, pues este cometido político jurídico, permite ganar seguridad y protección, presupuestos que únicamente pueden emanar de una institución soberana política y jurídicamente organizada, que es el Estado, por ende depositan su confianza en él y someten sus intereses individuales en aras de fundamentar un interés colectivo” (págs. 27-28)

En consecuencia, la potestad de imponer penas o medidas de seguridad por parte del Estado es un acto de plena soberanía, la misma que tuvo su origen en el contrato social y en aquella delegación de la potestad punitiva en favor del Estado, con la finalidad también de proteger los bienes jurídicos más

relevantes y poner freno así a la crítica irracionalidad de tomar justicia por mano propia.

Desde una perspectiva filosófica, Muñoz Conde & García Aran (2010) refieren que:

“Las ideas que anidan en el corazón de los hombres de conseguir una paz social justa, un sistema equitativo que ampare sus derechos fundamentales y una seguridad personal que evite los despotismos y arbitrariedades, han ido formando un patrimonio común, una plataforma sobre la que debe descansar también el ejercicio del poder punitivo del Estado.” (pág. 71)

Siguiendo a estos doctrinarios, creemos que el poder punitivo del Estado responde, como ya lo dijimos, al pacto social, en virtud al cual los ciudadanos entregan al Estado la facultad de erigir en punibles ciertas conductas y la sanción respectiva, siempre tomando en cuenta la relevancia de los bienes jurídicos, y propugnando un uso racional de la violencia por parte del Estado.

2.1.1.7.3. Los fundamentos del ius Puniendi.

Para fines de determinar el fundamento del ius puniendi o el denominado poder coercitivo del Estado, previamente es menester aclarar si nuestra sociedad requiere o no de un sistema de imposición de penas. Al respecto se tienen corrientes tales como: el *abolicionismo*, *reduccionismo* y *expansionismo*, las cuales buscan explicar la justificación o no de la imposición de penas por parte del Estado.

El *abolicionismo* postula que, no hay justificación alguna para la existencia de sanciones de tipo penales, ni de ninguna otra índole, es decir, se debe suprimir

todo tipo de sanción; a criterio nuestro, esta postura no tiene razón de ser en la realidad jurídica y social peruana, toda vez que, dejar al libre albedrío las conductas de los ciudadanos desembocaría en una sociedad anárquica y caótica, en tal sentido, contar con un sistema penal resulta siendo imperativo para fines de asegurar una convivencia social pacífica; por consiguiente, arribar a la conclusión de suprimir todo tipo de sanción sería elucubrar ideas puramente quiméricas.

Por su parte, el *expansionismo*, es aquella tendencia que propugna la creación de nuevos bienes jurídicos penales, flexibilizando las reglas de imputación, e incluso relativizando los principios político criminales; vale decir, promueve el uso arbitrario de la facultad legislativa del Estado y su correspondiente potestad sancionadora, impulsando con ello una intervención masiva por parte del Estado y su poder en la vida de los ciudadanos, creyendo falazmente que con ello se logrará una óptima convivencia social; estando a ello, podemos colegir que el expansionismo desdeña todos aquellos principios limitadores del ius puniendi, y especialmente, el de mínima intervención penal, en palabras de Carrasco-Jimenez (2016) “la arremetida maximalista sin “freno” del Derecho Penal contrasta con la postura del Derecho Penal mínimo que adolece de falta de contenido concreto” (pág. 2).

A su vez, el *reduccionismo*, viene a ser una postura que busca aminorar significativamente la intervención penal, puesto que, además de impulsar la descriminalización de determinados comportamientos, pretende plantear sanciones alternativas a la pena privativa de libertad, con lo cual, reconoce que es necesaria la existencia de un sistema penal; empero, postula que dicha idea debe ir de la mano con la proporcionalidad, que ineludiblemente debe

estar presente al momento de imponer sanciones; en consecuencia, esta tendencia se caracteriza por tener un espíritu más humanista que las anteriores.

A criterio nuestro, la corriente acorde con la realidad jurídico peruana viene a ser ésta última, ya que, sus postulados se condicen y complementan con la doctrina de un derecho penal garantista, y exigente de una imputación penal eficaz. Bajo esa premisa, podemos afirmar que, si es necesario que exista un sistema de penas, y por lo tanto un ejercicio del *Ius Puniendi*.

Ahora bien, habiendo dado por sentado que si debe existir un sistema penal y un poder coercitivo que rija la vida de los hombres en sociedad, implica encontrar cuales son los fundamentos de dicho poder, así tenemos que, desde una visión pragmática, García Caveró (2019) postula que existen dos posiciones que explican el fundamento del *Ius Puniendi* estatal:

“Por un lado, está la concepción dominante, que entiende que el Derecho penal debe proteger bienes jurídicos -como realidades valoradas positivamente- por medio de la prevención de las conductas que los lesionan. Frente a esta posición ha adquirido cierta notoriedad el planteamiento que considera que el Derecho penal cumple la labor, más bien, de mantener la vigencia de la norma defraudada por el delito. Como puede verse, para los primeros el fundamento del *Ius Puniendi* está en que es una manera imprescindible de mantener incólumes los bienes jurídicos, mientras que los segundos legitiman la potestad punitiva en la protección (o restablecimiento) de las expectativas normativas defraudadas por los delitos cometidos” (pág. 109)

Lógico es entender que, por un lado, se tiene una perspectiva de prevención de comisión de delitos y faltas con la finalidad de mantener intactos los bienes jurídicos y, por otro lado, se tiene otra perspectiva de resarcimiento; es decir, si se llega a lesionar o poner en peligro bienes jurídicos protegidos, se debe procurar el restablecimiento de los mismos o de ser el caso su reparación, y eso se logrará a través del uso del poder coercitivo del Estado, es donde encontramos precisamente su fundamento.

Por su parte, Villavicencio Terreros (2006), advierte además que aparte de las dos posiciones precisadas, esta función se encuentra fundamentada por nuestra Constitución Política, así como también, por las normas internacionales; entendiendo que nos encontramos en un Estado de Derecho, esta función se cumplirá con observancia y en función a dichos instrumentos; es decir, el *ius puniendi* también encuentra su fundamento en el contenido de dichos dispositivos.

A su vez, Muñoz Conde & García Aran (2010) refieren que “el poder punitivo se justifica por su propia existencia, es decir, porque, guste o no, es una realidad, una amarga necesidad con la que hay que contar para el mantenimiento de una convivencia mínimamente pacífica y organizada” (pág. 69); entonces, su fundamento se encuentra en su propia intrínseca naturaleza; a su vez, Bautista Peña (2021) sostiene que “el poder punitivo, expresado en la pena, es una facultad sancionadora del Estado que permite la convivencia de las personas en la comunidad y garantiza el restablecimiento del orden jurídico” (pág. 151).

Nuestra posición es avalada por la doctrina nacional y extranjera, puesto que, podemos advertir con meridiana claridad que las sanciones penales (penas o

medidas de seguridad), se constituyen en una amarga necesidad, a la cual debe echar mano el Estado, a fin de alcanzar y mantener una convivencia social pacífica entre los hombres, por tanto y demás, su fundamento lo encuentra en su propia naturaleza.

2.1.1.7.4. El titular del *Ius Puniendi*.

Conforme a lo ya esbozado, se advierte que en un primer momento, el titular del *Ius Puniendi* fue el monarca (etapa de la venganza pública), quien ejercía esta facultad dentro de un contexto totalitario y discrecional propio de un Estado absolutista, y como tal, era la máxima autoridad y se encargaba de castigar e imponer sanciones a través de la Iglesia católica; es en esta etapa que se evidencia un paralelismo entre derecho subjetivo y derecho privado, es decir, a alguien se le tenía que encargar la potestad de sancionar delitos o conductas dañosas, como un tercero ajeno al conflicto; en tal sentido, si bien no existía una delegación expresa o tácita por parte del ofendido, quien asumía dicho rol era el soberano.

Posteriormente, durante la época de la ilustración (etapa de humanización de penas), y con la aparición de los Estados Republicanos y el concepto de contrato social, la población organizada delegó la potestad sancionadora y coercitiva en favor del Estado; por consiguiente, fue a partir de este periodo que el Estado asumió la titularidad del *Ius Puniendi*, constituyéndose así en aquel ente legitimado para sancionar o castigar a los ciudadanos, dicha delegación se dio en virtud al referido contrato social, que establecía que las personas debían ceder parte de su libertad al Estado, a fin de que este último proteja a los ciudadanos y garantice una convivencia social pacífica bajo reglas morales, políticas y penales.

En esa línea de razonamiento, Noguera Ramos (2018) ratifica lo delimitado, señalando que:

“el ius puniendi responde originariamente al modelo del pacto social, según el cual los ciudadanos entregan al Estado la facultad de predeterminar los injustos en atención a la importancia de los bienes jurídicos, y la facultad de castigar si se dan los supuestos previstos en la ley” (pág. 85).

Desde una perspectiva política, Villavicencio Terreros (2006) precisa que el único titular del poder penal es el Estado, y puede advertirse matices en el ejercicio de ese poder, desde un punto de vista: legislativo, judicial y ejecutivo; resalta dichos matices, en el entendido que, a través de ellos el Estado no solo lleva a cabo la forma de gobierno, sino también la forma como ha de ejercer su facultad sancionadora.

Por su parte, García Caveró (2019) manifiesta que:

“es el Estado quien tiene el monopolio exclusivo de la facultad de imponer penas, lo que lo convierte en un asunto público. La razón de esta asignación exclusiva del ius puniendi al Estado se suele encontrar en la necesidad de que sea un tercero ajeno al conflicto de naturaleza penal, el que decida la manera de resolverlo. Se preservaría, de esta manera, a la respuesta punitiva del riesgo de convertirse en una reacción irracional o desproporcionada, como sucedería antes, si la vendetta o la venganza privada se constituyesen en los medios de respuesta legítimos frente a los actos delictivos.” (pág. 110).

En ese sentido, resulta válido aseverar que el Ius Puniendi tiene como único y exclusivo titular al Estado, quien se arroga para sí, en virtud a un pacto social y un sistema de justicia penal, la potestad de sancionar con penas y medidas de seguridad aquellas conductas indebidas que puedan cometer sus miembros, con la salvedad que dicho imperio deberá ser ejercido de manera racional y proporcional.

Cabe aclarar que, dicha potestad no fue delegada a las personas o gobernantes de turno; por el contrario, este poder fue delegado al Estado, como ente abstracto y permanente, y su ejercicio no puede ser materializado de manera discrecional, pues también tiene límites, como bien lo apunta Almanza Altamirano (2022):

“enfaticamos en la necesidad que el poder punitivo del Estado no puede ejercerse de manera arbitraria, aleatoria, lúdica o indiscriminada según el parecer del gobernante de turno, pues así se perdería la esencia de Estado Social y Democrático de Derecho y, como consecuencia, nos llevaría a una dictadura” (pág. 44).

Estando a lo señalado precedentemente, el titular del Ius Puniendi en un Estado Social y Democrático de Derecho, como es el contexto en el que pervive nuestra patria, viene a ser el Estado, no un gobernante de turno, ni mucho menos los denominados operadores de justicia (jueces y fiscales), pues todos ellos actúan en nombre del Estado, a quienes se les encomienda la misión de impartir justicia, no de manera discrecional, sino con observancia de los principios y límites que establecen tanto el ordenamiento jurídico, como la misma teoría general del derecho penal.

Así las cosas, vale la pena formular la siguiente interrogante: ¿puede llegar a malas interpretaciones el porque unos individuos sancionan a otros?, una respuesta apresurada acarrearía una cierta rebeldía por parte de los ciudadanos, entendiendo que no sería admisible que un hombre sancione a otro; sin embargo, conforme ya lo dejamos establecido, quien sanciona no es un individuo, sino más bien es el Estado, como titular del *Ius Puniendi*, ello no significa que éste pueda hacer uso y abuso de su facultad punitiva, pues existen instrumentos que permiten garantizar una aplicación racional del mismo, como son los principios del derecho penal, que actúan como límites a este poder.

Finalmente, debemos recalcar que, con el propósito de garantizar una convivencia pacífica todos hemos sacrificado parte de nuestra libertad, en mérito al pacto social ya aludido, por tanto y demás, el *Ius Puniendi* no se trata de un imperativismo autoritario por parte del Estado, sino más bien esta relacionado a la expresión de un acuerdo democrático de los ciudadanos, quienes delegamos esa función en favor del Estado de manera voluntaria y convencional.

2.1.1.7.5. Límites al *Ius Puniendi* del Estado.

Estando a lo expuesto hasta este punto, y bajo el amparo de una perspectiva reduccionista y garantista, podemos sostener que el ejercicio del derecho penal subjetivo o poder punitivo del Estado no puede ser absoluto; al igual que la generalidad de derechos y potestades, éstos tienden a ser relativizados, ya que no se puede avalar una aplicación despótica de un poder tan riguroso como lo es el *Ius Puniendi*.

Al respecto, García Caveró (2019) plantea que:

“La potestad de castigar las conductas delictivas no puede ser ejercida de forma irrestricta, por lo que el Estado no está autorizado a optimizar al máximo el objetivo perseguido con la pena, al extremo de caer en una situación de terror penal o llevar a cabo una injerencia indebida en las libertades del ciudadano. El ejercicio de la potestad punitiva debe sujetarse a un conjunto de principios y garantías que forman parte esencial del sistema penal. A estas garantías se les conoce también como principios político-criminales, en la medida que se ocupan de definir la manera como el Estado debe usar el Derecho penal para hacer frente a las conductas socialmente dañosas.” (págs. 111-112).

En esa línea de argumentación, Villavicencio Terreros (2006) expone que:

“a partir de las atribuciones funcionales del Estado se pueden estudiar límites a su poder penal: principio de necesidad, exclusiva tutela de bienes jurídicos, protección de Derechos Humanos (Derecho Penal Garantista), etc. El Estado ya no tiene un poder absoluto, como antes lo tuvo, sino que al ejercer su poder punitivo lo hace de acuerdo a determinados límites que lo rigen. Estos límites se expresan en forma de principios.” (pág. 88).

Por consiguiente, se entiende que el poder punitivo del Estado tiene que ser ejercido con plena observancia de los principios político-criminales que inspiran al derecho penal, dado que, con el acatamiento de estos axiomas se garantiza una aplicación racional y proporcional del poder punitivo, configurándose así dichos principios en límites al ejercicio de esa potestad

sancionadora; es decir, se erigen en barreras que salvaguardan el correcto ejercicio del *Ius Puniendi*, alejado de aquella arbitrariedad y discrecionalidad que regía en los Estados absolutistas.

En palabras de Almanza Altamirano (2022):

“De la necesidad de establecer límites al poder punitivo del estatal y de la innegable realidad que en nuestra sociedad hay ciudadanos que pueden dañar a la sociedad de manera grave y aborrecible o que puedan dañar al Estado mismo, es que surgen los principios informadores y limitativos del derecho penal. Estos principios se erigen como un escudo, una muralla de protección de los ciudadanos frente al Estado y su poder punitivo; son la barrera legal y constitucional infranqueable que ningún gobernante o autoridad política de turno debe siquiera intentar poder traspasar” (pág. 44).

Cabe reiterar que, el origen de estos principios tuvo lugar en la época de la ilustración, como respuesta a los Estados absolutistas que imperaban en aquel escenario, los cuales solamente pretendían imponer sanciones o castigos como forma de sometimiento, bajo el estigma de la represión y el miedo; si bien en un primer momento dichos principios se originaron en clara oposición al contexto de esa época, éstos se han ido desarrollando y evolucionando a lo largo de los años, propugnando que el poder sancionador sea aplicado con presupuestos de racionalidad y proporcionalidad.

Al respecto, Peña Cabrera Freyre A. (2022) acota que “una de las principales conquistas del Derecho penal liberal, fue precisamente sujetar el *Ius Puniendi*

a un estricto ámbito de actuación, a fin de que la violencia punitiva se aleje de la irracionalidad y de la arbitrariedad” (pág. 111).

En ese orden de ideas, los principios se constituyen en las notas que delimitan pautas que se requieren para una aplicación racional del poder punitivo; en ese estado de cosas, el ejercicio de este poder no solamente deberá prever la represión, o la rígida retribución por la comisión de un delito, sino también tiene la misión de aplicar un enfoque restaurativo, así como de prevención general y especial.

Habida cuenta que nuestro sistema jurídico se encuentra bajo los alcances del paradigma postpositivista del derecho, y como tal, no solo podemos regir nuestro comportamiento por reglas como se hacía en los estados legalistas, sino que, debemos ser conscientes que además de reglas existen principios, los cuales permiten una interpretación más amplia de las normas y disposiciones, lo que desemboca en suprimir la aplicación fría y arbitraria del imperio de la ley; consecuentemente, debemos internalizar que la interpretación de las normas se debe realizar a través de estos principios.

Al respecto, Lascurain Sanchez (2019) precisa que:

“En la medida en la que miden o establecen los valores de una regla penal los principios actúan como principios de legitimación o justificación de esa regla. En la medida en que los principios demarcan también un mínimo de valor que la regla ha de observar, actúan como principios de limitación del ius puniendi (esto es, de la facultad del Estado de penar; en definitiva, del Derecho Penal): la falta de

observancia del principio determinará la exclusión, por inconstitucionalidad, de las reglas penales.”

Ahora bien, para fines de aplicar estos principios - en tanto límites al poder punitivo del Estado - debemos tener presente el contexto y la realidad social de un determinado orden jurídico, pues el contenido de éstos no son inmutables; por el contrario, al igual que las sociedades, van evolucionando y adecuando sus preceptos a sus respectivas circunstancias sociales, es en ese devenir que adquieren uno o más rasgos que permiten servir de límites al ius Puniendi, como por ejemplo la mínima intervención penal.

El profesor Villavicencio Terreros (2006) afirma que “los límites del poder penal actúan tanto en la creación de las normas penales (*criminalización primaria*) como en su aplicación (*criminalización secundaria*)” (pág. 89); este autor divide los límites en dos: materiales y formales, dentro de los límites formales o garantías penales encontramos al principio de mínima intervención penal, así como a los demás análogos a éste, como son: el principio de legalidad, proporcionalidad de las penas, prohibición de analogía, etc.; mientras que, en los límites materiales o garantías procesales, encontramos lo que es el debido proceso y todo lo que esta institución jurídica contiene; precisando además que, esta distinción realizada por Villavicencio Terreros se da más que nada con fines prácticos e instrumentales.

Otro aspecto fundamental, radica en el ámbito de la formación de leyes, pues el legislador se ha dejado llevar por el denominado populismo penal, concibiendo la errada idea de que seleccionando como punibles la mayoría de conductas alcanzaremos una mejor aplicación del derecho penal; por consiguiente, los principios servirán también como barreras para que el

legislador no ejerza ese poder punitivo de manera irracional, es decir, no exista esa polución en el marco de la política criminal.

Al respecto, Reyna Alfaro (2018) con una visión más garantista, explica que:

“El surgimiento de una sensación de *miedo al delito*, es así bien aprovechado por quienes ven en la legislación penal el mejor mecanismo para la obtención de réditos políticos. De esto, como puede anticiparse, solo pueden derivar *actitudes punitivistas*, caracterizadas por el recurso e implementación *irracional* de la ley. En este contexto, los principios limitadores del poder punitivo constituyen el único medio de contención capaz de enfrentar al ejercicio irracional del poder del Estado” (pág. 53)

En resumidas cuentas, los límites al poder punitivo del estado se expresan en los principios, en la medida que sirven de fundamento de las diversas instituciones del derecho penal y también de guía para la interpretación y aplicación de la ley, alejada de ese ejercicio arbitrario y discrecional de antaño; y estos límites como tales, no solo se agotan en cuanto a la aplicación del derecho por parte de jueces o fiscales, sino que también, y no menos importante, alcanzan a los legisladores; consecuentemente, en cuanto se respeten y apliquen estos principios, el ejercicio del poder coercitivo del Estado estará legitimado.

2.1.1.8. La justificación del derecho penal.

Al respecto, Muñoz Conde & García Aran (2010), concluyen que:

“la legitimidad del Derecho penal, proviene del modelo fijado en la Constitución y de los Pactos y Tratados internacionales, como la

Declaración Universal de los Derechos Humanos, reconocidos por la propia Constitución (art. 10,2), que el Derecho penal debe respetar y garantizar en su ejercicio. Pero junto a esta legitimación extrínseca del Derecho penal, hay también una legitimación intrínseca del propio instrumento jurídico punitivo, representada por una serie de principios específicos que inspiran y limitan su actuación. Algunos de estos principios, como el de legalidad de los delitos y las penas, tienen tanta importancia que han llegado a recogerse a nivel constitucional entre los derechos y libertades fundamentales; otros son más producto de la reflexión especulativa sobre la regulación penal que de la aplicación directa de preceptos constitucionales. Pero todos son igualmente importantes en la configuración de un Derecho penal respetuoso con la dignidad y la libertad humanas, meta y límite del Estado social y democrático de Derecho” (pág. 70)

Para el tratadista Bramont-Arias Torres (2008):

“El derecho penal se justifica porque tiende a resolver los problemas graves que se producen dentro de la convivencia social, evitando la venganza privada, procurando la defensa de la sociedad y confirmando los valores prevalentes de ésta. Es con esta finalidad que el derecho penal declara como indeseables -delitos- y amenaza su realización con sanciones de un rigor considerable; las sanciones a las que hacemos referencia son las más drásticas que puede imponer nuestro sistema jurídico -penas o medidas de seguridad-. A pesar de tomarse este tipo de medidas - sanciones-, el derecho penal tiene una fundamentación racional que se centra en proteger tanto a los individuos -en forma

particular como colectiva- como al sistema mismo. El Derecho Penal solo debe intervenir cuando se han realizado hechos graves que infringen reglas básicas de la sociedad” (pág. 55)

A decir del doctrinario uruguayo Juárez Tavares (2010), el derecho penal se vincula a lo que denomina como “*dañosidad social*”, es decir, la comisión de un hecho delictivo ingresa a un ámbito de incompatibilidad con las reglas de una pacífica vida en común.

Aunque resulte un poco intrincado en palabras de Perez Lopez (2021): “Con la finalidad de orientar la conducta de las personas mediante reglas generales de carácter penal, se debe determinar cuáles son los comportamientos reprimibles, ya que el objetivo del derecho penal es evitar su realización” (pág. 39).

En tal sentido, si bien con la aplicación del derecho penal se restringe la libertad del ser humano, esta se realiza con la finalidad de evitar que se materialicen determinadas conductas que podrían eventualmente vulnerar los cimientos mismos de la sociedad organizada; por tanto, esta intervención estatal, a través del derecho penal resulta siendo imprescindible para lograr la ulterior finalidad que viene a ser la convivencia social pacífica.

2.1.1.9. Control Social.

2.1.1.9.1. Génesis del término Control Social.

Es evidente que el hombre es un ser social por naturaleza, lo cual explica su convivencia y agrupación con sus congéneres; empero, dicha convivencia no siempre es pacífica, y a consecuencia de ello, la propia sociedad ha ido estableciendo a lo largo de la historia reglas de convivencia, que no eran otras

cosas que una suerte de pautas establecidas por la misma sociedad, las cuales estaban dirigidas a regular, orientar o reprimir conductas no deseadas; sin embargo hasta mediados del siglo XIX dichas reglas no tenían un rótulo o denominación propia.

Fue recién durante la segunda mitad del siglo XIX que se acuñó el término: *control social*, formula que germinó en pleno auge de la revolución industrial en los Estados Unidos de América; la autoría de dicha expresión le es atribuida al sociólogo norteamericano Edward Alsworth Ross, quien fue la primera persona que utilizó dicha expresión para referirse a aquellos mecanismos que podían ser utilizados para resolver los problemas del orden y la organización social.

Al respecto, Noguera Ramos (2018) precisa que:

“la denominación control social se atribuye a Edward A. Ross, especialmente a partir de una serie de ensayos iniciados en 1895, que luego fueron publicados conjuntamente en 1901 en un solo volumen titulado *Social Control: a survey of the foundations of order*, en el que subrayó la imposibilidad de una sociedad sin orden e indicó que el control social es el elemento indispensable de la realidad social” (pág. 45-46)

Reafirmando lo señalado, Bautista Peña (2021) explica que este término fue acuñado por el citado sociólogo norteamericano a finales del siglo XIX, durante el contexto de industrialización que se gestaba en la naciente potencia norteamericana; es así que, ante el fenómeno migratorio importante de la más variada cosmovisión cultural, religiosa, política, etc., que soportaba Estados

Unidos, se hizo patente la necesidad de instaurar reglas que permitirían integrar esas diferencias, es decir, estrategias de administración con las que debía contar una sociedad organizada para mantener el *statu quo social*, como un instrumento de dominación legitimado por la mayoría.

2.1.1.9.2. Connotación sociológica.

Así las cosas, es evidente que esta categoría tuvo un origen sociológico *per se*, que en su momento planteó que dicho control debía ser asumido por la sociedad misma, es decir, la organización social debía autorregularse a través de sus interacciones sociales, excluyendo así de este ámbito a los controles estatales y legales.

En esa línea de razonamiento, Gonzales Rodriguez (2010) concluye que:

“la esencia controladora sería asumida por la sociedad a través de la interacción social persuasiva, de la cual se derivaba el modelamiento de la conciencia individual a las necesidades de su entorno, produciéndose entonces un proceso de asimilación e internalización individual de las normas culturales” (págs. 7-8).

Desde esta visión sociológica, Gonzales Rodriguez (2010) explica que el control social tenía “un objetivo general que radicaba en el mantenimiento del orden social, en lo particular perseguía la estabilidad de los grupos humanos y singularmente funcionaba regulando la conducta del sujeto concreto” (pág. 37); en pocas palabras, si no existía un control social, de ninguna manera podría existir un orden social.

Sin embargo, esta postura sociológica fue superada, toda vez que se incorporaron valoraciones políticas y jurídicas dentro de este discurso; en

consecuencia, el Estado asumió el rol de centralizar estratégicamente este control, principalmente a través del Derecho como ente regulador por excelencia, por ende, el Estado se erigió como la entidad monopolizadora del control social, ya sea en su vertiente informal o formal.

2.1.1.9.3. Connotación jurídica.

Con lo precedentemente señalado, podemos aproximarnos a una definición del término control social, ya no solo desde un punto de vista puramente sociológico, sino también jurídico; en ese sentido, se entiende por control social, a aquellos medios instituidos por una sociedad organizada (reglas y principios), en virtud a los cuales la sociedad garantizará una convivencia pacífica y armoniosa entre sus miembros.

Desde una visión general, Pérez López (2021) define al control social, como el “conjunto de medios o repercusiones sociales que sirven para ordenar y regular el comportamiento humano externo en diversos aspectos” (pág. 28).

Desde una perspectiva más concreta, Bustos Ramírez y Hormazabal Malarée (1997) concluyen que:

“son aquellos recursos de que dispone una sociedad determinada para asegurarse de la conformidad de los comportamientos de sus miembros a un conjunto de reglas y principios establecidos, así como las formas organizadas con la comunidad responde a los comportamientos transgresores, abarca cualquier cosa que garantice el orden social, como el sistema educativo, sanitario o asistencial del Estado, y en general, todo el sistema de organización social” (pág. 15).

Nótese que, ya se hace referencia a reglas y principios que no deberán ser transgredidos para fines de garantizar una convivencia pacífica; consecuentemente, toda sociedad se organiza en función a un orden, y con el propósito de mantener ese orden, la propia organización social establece baremos o parámetros de conducta dentro de los cuales deberán desenvolverse sus miembros, contando para ello con una serie de instrumentos, como son por ejemplo: la familia, la religión, la educación, el derecho, etc.

De manera concluyente, Peña-Cabrera Freyre (2013) refiere que control social:

“es una condición básica irrenunciable de la vida social, mediante la cual todo el grupo o comunidad asegura las normas y expectativas de conducta de sus miembros indispensables para seguir existiendo como tal, a la par que impone límites a la libertad del hombre y conduce a su socialización como integrante de un grupo” (pág. 50)

En resumidas cuentas, la ulterior finalidad del control social es garantizar la convivencia pacífica de los miembros de una sociedad bajo la imposición de reglas de conducta, las que deberán ser aprendidas y respetadas durante las diferentes etapas de socialización del hombre; vale decir, se impondrán códigos de conducta que deberán regir las relaciones de los individuos, las mismas que serán impuestas por la mayoría, precisando además que, estas pueden ser de carácter informal o formal.

2.1.1.9.4. Los mecanismos de control social.

Conforme a lo anotado líneas arriba, es evidente que la noción de control social es consustancial al concepto de sociedad; puesto que es en la organización social donde se desarrollan los mecanismos de control social, los cuales son aquellos parámetros de comportamiento que deben acatar los miembros de una sociedad; estando a ello, es imprescindible canalizar el comportamiento de los individuos a través de estos mecanismos para garantizar una convivencia pacífica.

Desde una visión genérica, Villavicencio Terreros (2006), afirma que “el control social comprende aquellos mecanismos mediante los cuales la sociedad ejerce su dominio sobre los individuos que la componen” (pág. 7); en ese entendido, estos mecanismos se constituyen en pautas de conducta que los individuos deberán cumplir.

Por su parte, Gonzales Rodriguez (2010), ya hace una distinción entre mecanismo de control formales e informales, concluyendo que, “el Control Social Informal posee una naturaleza controladora primaria, significando esto que le corresponde la regulación básica indispensable de todo el entramado social; mientras al Control Social Formal se le reconoce una naturaleza secundaria” (pág. 28); es decir, los mecanismos de control social los encontramos en estas dos vertientes: Informales y Formales, en cuanto a las primeras, debemos precisar que estas tienen una naturaleza primordial, aquí tenemos instituciones como la familia, centros educativos, universidades, etc., mientras que en las segundas, encontramos al Derecho principalmente, precisando que estos tienen una naturaleza accesorio.

Al respecto, Noguera Ramos (2018) señala que el objeto de estudio del control social tiene dos dimensiones, “por un lado está la conducta o comportamiento desviado, y por el otro, la reacción o respuesta social de la sociedad a su realización” (pág. 37).

Para el suscrito, los mecanismos de control social son aquellos que regulan la vida del hombre en sociedad, y se establecen con la finalidad de asegurar una convivencia social pacífica. En ese entendido, estos mecanismos (informales o formales) se constituyen en límites a la libertad de los miembros de una sociedad, toda vez que, imponen formas de convivencia dentro de los cuales se debe desenvolver cada individuo.

Por último, como bien afirma Noguera Ramos (2018), con la aplicación de estos mecanismos “se aseguran las expectativas de conducta y las normas que rigen la convivencia” (pág. 46); nótese que, el desarrollo de estos mecanismos se constituye en pilares esenciales para regular la conducta del hombre en sociedad.

a) Mecanismos de control social informal.

Como su denominación lo indica, se trata de aquellos mecanismos que no necesitan estar formalizados o prescritos en algún instrumento material, estos se expresan en forma de normas o valores que rigen una determinada sociedad, y perduran con la finalidad de cumplir la función de disciplinar el comportamiento de los individuos; vale decir, son etéreas.

En palabras de Gonzales Rodriguez (2010), el control social informal se realiza a través de “la interiorización de las normas y valores vigentes en la sociedad, de forma tal que su cumplimiento llega a convertirse en un

imperativo interno del individuo, a partir de un acatamiento volitivo de esas normas.” (pág. 29).

Los mecanismos de control social, a juicio de Bramont-Arias Torres (2008) son “aquellos en los que el Estado no manifiesta de manera directa su carácter represivo sobre las personas, sino que, la presión es ejercida por otros individuos o grupos de ellos” (pág. 43); es decir, los valores y principios que rigen en una comunidad determinaran esa coacción para con los individuos.

Por su parte, Gonzales Rodriguez (2010) refiere que:

“las características más relevantes de este tipo de control se ubican en la permanencia temporal de su acción, en que se ejerce sobre la totalidad de los individuos y en que se manifiesta de manera sutil; accionando a través de disímiles instituciones comunitarias, entre las que se encuentran: la familia, la escuela, la iglesia o centros de culto, los medios de comunicación, el vecindario, etc.” (pág. 29)

En ese sentido, serán los grupos sociales tales como: la familia, los centros educativos, los centros laborales, entre otros, quienes se encargarán de reprimir ciertas conductas de los individuos; sin embargo, dicha represión solo se expresará en una sanción ética o moral, la cual quedará en el fuero interno de cada uno de los miembros de la comunidad, no subyace al exterior, ni mucho menos estigmatiza al sancionado, como si lo hace una sanción penal.

Así las cosas, podemos inferir que los mecanismos de control social informal están referidos a los usos, costumbres y tradiciones que rigen la vida del hombre en sociedad, en tal sentido, los individuos que integran una sociedad o comunidad organizada, garantizan su convivencia a través de conductas

reflexivas; consecuentemente, éstos se instituyen como mecanismos naturales de regulación social.

En ese estado de cosas, acciones como las de consumir drogas, bebidas alcohólicas, practicar el fetichismo, entre otras; son refutadas conductas o manifestaciones inmorales, mas no llegan a ser consideradas como conductas delictivas, por ello la sanción será en el fuero interno de cada uno de los miembros de la sociedad, no llegando a trascender a otro ámbito; al respecto, Noguera Ramos (2018) integra esta visión, refiriendo que el control social informal lo realizan las instituciones sociales ya mencionadas; empero, no de forma principal, sino como una actividad complementaria.

Ratificando la idea de complementariedad, Bustos Ramirez & Hormazábal Malarée (1997) concluyen que “el control social informal lo ejercen instituciones sociales no en forma primordial sino como actividad complementaria” (pág. 18).

Finalmente, Pérez López (2021) refiere que:

“Este control no se realiza a través del Estado, ya que su carácter represivo sobre las personas no se manifiesta de manera directa, sino que la presión viene de otros individuos o grupos, como por ejemplo: la familia, la vecindad, la escuela, la iglesia, el centro de trabajo, el partido político, etc. Estos grupos no aceptan ciertas conductas, es decir, las rechazan socialmente y este rechazo es el que controla a la persona” (pág. 30).

b) Mecanismos de control social formal.

Los mecanismos de control social formal, a diferencia de los informales, se encuentran materializados y/o constituidos en normas o leyes escritas, en ese sentido, en este ámbito es donde surge la idea o noción de norma jurídica, las cuales se erigen como aquellas reglas de conducta que los individuos de una organización social deben acatar, bajo apremio de sanción; por tanto, el control social formal y sus mecanismos entrarán a colación cuando una determinada situación o conflicto no pueda ser superado por los mecanismos informales; he ahí la naturaleza subsidiaria y/o accesoria de éstos.

Así pues, el Estado como ente legitimado para hacer uso de la fuerza, centraliza estos mecanismos de control formal, y los utiliza con la finalidad de garantizar la convivencia social pacífica; dentro de estos mecanismos encontramos principalmente al derecho, en tanto sistema jurídico concretizado, el que a su vez tiene vertientes como: el derecho civil, el derecho administrativo sancionador, el derecho penal, etc.; es decir, estas ramas del derecho se constituyen en mecanismos de control formalizado, de los cuales se podrá evidenciar una menor o mayor drasticidad.

En esa línea de ideas, Bramont-Arias Torres (2008) explica que, el Estado hace uso de su poder coercitivo para moderar las conductas de los hombres, y castigar aquellas conductas desviadas de ser el caso; ya sea con sanciones administrativas o sanciones penales, precisando que, estas sanciones son negativas y estigmatizantes, a diferencia de las informales que son neutras; por tanto y demás, el derecho penal no se configura como el único mecanismo de control social formal, pero si es el último al que se debe recurrir, en virtud a la drasticidad que caracterizan las sanciones contempladas en éste.

Estos mecanismos, en palabras de Bustos Ramirez & Hormazábal Malarée (1997) son ejercidos por:

“instancias que han sido establecidas precisamente con la finalidad de ejercer control social, como la policía, los tribunales, el derecho penal, el procedimiento penal, los establecimientos penitenciarios en un sentido amplio, y también las oficinas encargadas de registrar, clasificar y archivar la información sobre personas que alguna vez han sido objeto de alguna sanción penal. Al contrario de lo que sucede con el control social informal, la respuesta de este tipo de control ante la conducta desviada está regulada por el derecho escrito” (págs. 18-19)

En síntesis, los mecanismos de control social formal los ejerce el Estado, como ente legitimado para hacer uso de éstos, en ese contexto, tenemos al derecho como mecanismo de control formal primordial, el que a su vez es aplicado por diferentes agentes del Estado (policía, jueces, fiscales, etc.), todo ello con la finalidad de controlar las conductas de los individuos; lógico es encontrar en este apartado al derecho penal y sus sanciones como uno de estos instrumentos, que no viene a ser el principal, ni exclusivo, pero si el último al cual se debe acudir; en consecuencia, el control social formal se manifiesta a través del poder del Estado, ya que este es quien reprime y controla a las personas.

Por último, merece la pena apuntar que los mecanismos de control social, ya sean estos informales o formales, tienen por ulterior finalidad asegurar una convivencia social pacífica, toda vez que ambos se establecen como medios represivos, con la nota característica que el primero de ellos impondrá sanciones más que nada morales, y que perdurarán en el fuero interno de

cada individuo, mientras que en el segundo caso, las sanciones serán penales o administrativas, y éstas subyacen al fuero externo del individuo y tienden a ser más lacerantes.

2.1.1.9.5 El derecho penal como medio de control social formal.

La organización social se sostiene en base a relaciones que se dan entre sus integrantes; en ese sentido, su propósito será asegurar el bienestar común de sus miembros y lograr su desarrollo colectivo; empero, dichas relaciones no siempre son pacíficas, en tal virtud, se hace necesaria la intervención de mecanismos de control social formalizado, como lo es, en el presente caso, el derecho penal.

Desde una perspectiva criminológica, García-Pablos (1998), citado en Gonzales Rodriguez (2010) define al derecho penal como:

“uno de los instrumentos del Control Social Formal a través del cual el Estado, mediante un determinado sistema normativo (leyes penales) castiga con sanciones negativas de particular gravedad (penas y otras consecuencias afines) las conductas desviadas más nocivas para la convivencia (delitos), asegurando de ese modo la necesaria disciplina social y la correcta socialización de los miembros del grupo” (pág. 39)

Estando a ello, no podemos pasar por alto que el derecho penal posee una esencia eminentemente social, toda vez que, su contenido se encuentra particularmente vinculado al comportamiento humano en sociedad; vale decir, el derecho penal como parte integradora del control formal se encarga de regular la vida del hombre en sociedad, y tiene como propósito capital, alcanzar la estabilidad y el orden social.

Así las cosas, el derecho penal se configura en la variante más extrema del control social formalizado, al cual se recurrirá de manera residual, decimos “extrema”, porque el derecho penal echará mano, o hará uso de la violencia para fines de mantener la coexistencia social pacífica, al respecto Bramont-Arias Torres (2008) refiere que “el Derecho Penal no es otra cosa que un medio de control social que emplea la violencia, con la diferencia que es una violencia formalizada que apunta a lograr el bien común” (pág. 42)

En esa línea de ideas, Muñoz Conde & García Aran (2010) explican que:

“Hablar del Derecho penal es hablar, de un modo u otro, de violencia. Violentos son generalmente los casos de los que se ocupa el Derecho penal (robo, asesinato, terrorismo, rebelión). Violenta es también la forma en que el Derecho penal soluciona estos casos (cárcel, internamientos psiquiátricos, suspensiones e inhabilitaciones de derechos)” (pág. 29).

Es decir, el derecho penal entrará a colación, cuando se presenten aquellas situaciones mas nocivas y perjudiciales que alteren el orden social, haciendo uso de aquella violencia formalizada y legitimada por parte del Estado (Ius Puniendi), con el propósito de corregir dichas alteraciones y garantizar una convivencia pacífica.

En esa línea de argumentos, Hurtado Pozo (1987) refiere que el derecho penal “constituye uno de los dominios en los que el Estado ejerce su poder, con el fin de establecer o conservar las condiciones necesarias para el normal y buen desenvolvimiento de la vida comunitaria” (pág. 10); nótese que, la ulterior

finalidad del derecho penal, al igual que los otros mecanismos de control social, es lograr el bienestar general.

Por otra parte, el derecho penal encuentra respaldo para su aplicación en aquellas normas gestadas previamente, en palabras de Perez Lopez (2021) “el control social jurídico-penal es, además, un control normativo, es decir, se ejerce a través de un conjunto de normas creadas previamente al efecto” (pág. 31), nos referimos básicamente a que la ley debe ser previa (principio de legalidad).

En ese estado de cosas, el derecho penal, en tanto mecanismo de control social, se caracteriza por imponer sanciones (penas o medidas de seguridad) cuando se adviertan conductas dañosas que afecten gravemente bienes jurídicos relevantes (principio de lesividad), siempre con plena observancia de normas establecidas con antelación (principio de legalidad), y se debe tener presente que tiene un carácter eminentemente residual y fragmentario (principio de mínima intervención); consecuentemente, se debe recurrir al derecho penal solo cuando otros instrumentos de control social fracasen, a decir de Bramont-Arias Torres (2008) “el Derecho Penal aparece como el medio de control más drástico, al cual se debe recurrir en última instancia” (pág. 42). Establecemos esta triada de principios, ya que éstas busquen precisar cual es el interés de la colectividad que se viene vulnerando, sirviendo así, de límites al coertio del Estado.

Por su parte, Peña Cabrera Freyre A. (2022) señala que, “el Derecho Penal constituye el medio de control social mas aflictivo con el que cuenta el ordenamiento jurídico; ello obedece a que cuenta con las sanciones coercitivas más drásticas, con las que se puede sancionar a un individuo”

(pág. 19); precisamente por dicha severidad, que es la que caracteriza al derecho penal, éste se constituye en el último mecanismo de control que debe emplear el Estado.

Por tanto, el derecho penal es el mecanismo de control social formal mas severo, que no solo busca la retribución o la restauración del orden social que se ve afectado por conductas dañosas, sino tambien desde esta perspectiva busca tener un efecto disuasivo, para fines de canalizar las conductas de los individuos y garantizar una coexistencia social pacífica.

Muchos confunden al derecho penal como el mecanismo de control social formal por antonomasia, es por ello que los legisladores tienen la errada convicción de que, recurrir al derecho penal y sus sanciones garantizará una coexistencia pacífica, lo cual esta muy alejado de la realidad, toda vez que, éste viene a ser el ultimo recurso (última ratio), no podemos normalizar su uso para mantener la paz social.

Finalmente, debemos distinguir que existen dos aristas respecto del derecho penal como mecanismo de control social formal, en palabras de Gonzales Rodriguez (2010) “en tanto sistema específico del Control Social Formal, se organiza operativamente en agencia legislativa y agencias ejecutivas. De un lado debe existir quien proyecta las normas y de otro se encuentran las instancias que aplican esas normas previamente definidas” (pág. 58); es decir, para su correcta aplicación se requiere tanto de legisladores y aplicadores de la ley (jueces y fiscales) debidamente definidos.

2.1.1.10. Justificación del poder punitivo desde una perspectiva social

Es evidente que el poder punitivo estatal se encuentra legitimado, en tanto y en cuanto busca garantizar una convivencia social pacífica; sin embargo, resulta imperativo aclarar que en virtud a la dinamicidad de las sociedades, esta potestad estatal deberá aplicarse conforme a los contextos o a la situaciones coyunturales de cada sociedad, calibrando su poder de acuerdo a los bienes jurídicos que dicha organización social considere de mayor importancia o relevancia, para fines de salvaguardarlos.

Estando a ello, es menester precisar que en la actualidad existe una sociedad de riesgo, la cual favorece a la aparición de nuevos bienes jurídicos, al respecto Jimenez Diaz (2014) refiere que, “una sociedad en la que los avances científicos y tecnológicos, así como el fenómeno de la globalización, entre otros factores, favorecen la aparición de nuevos peligros ante los que el ciudadano medio se siente amenazado” (pág. 2), lo cual evidencia que el legislador debe ser cuidadoso al realizar la selección de conductas punibles, siempre dentro del marco de racionalidad, caso contrario, estaríamos avalando un uso inadecuado de esta herramienta.

Si bien el derecho penal y su potestad coercitiva son el último eslabón al cual se debe recurrir, debemos tener presente que también tiene naturaleza de control social, es decir, acudiendo a sus alcances podremos alcanzar un equilibrio, y luchar contra aquello que se denomina como entropía social, en palabras de Palomino Infante (2020) “entropía social es la suma de todos los estados caóticos que acontecen en un tiempo determinado a nivel social.”, vale decir, el desorden o caos que puede existir en una sociedad se podrá

superar recurriendo al derecho penal, pero siempre de manera excepcional o subsidiaria.

Ahora bien, en virtud a la avalancha penalizante de las diferentes relaciones sociales, debemos internalizar que el protagonismo del que goza el derecho penal como mecanismo de control social, debe ser el último; vale decir, debemos suprimir ese protagonismo de prima ratio que le otorgan no solo las mayorías ciudadanas, sino también los legisladores, a través del denominado populismo legal; tanto más que, erróneamente se cree que el derecho penal a través del poder punitivo podrá solucionar todos los conflictos sociales; consecuentemente, al sostener dicha afirmación vaciaríamos ese contenido social que tiene el poder punitivo.

Finalmente, no debemos entender al derecho penal como un mecanismo que simplemente sancione, sino que también busque la realización del proyecto de vida de los ciudadanos, evitando esta intromisión en sus vidas y logrando ese desarrollo que se busca en un Estado de Derecho, y con ese respeto a su realización y por consiguiente a sus derechos fundamentales, nos aproximamos a los postulados del garantismo penal que desarrollaremos a continuación.

2.1.1.11. Límites al poder punitivo estatal desde el paradigma del garantismo penal.

2.1.1.11.1 Qué es el garantismo penal.

No es propósito de la presente investigación abordar escrupulosamente todos y cada uno de los postulados que plantea la teoría general del garantismo penal; toda vez que, ésta abarca de manera compleja muchas aristas del

derecho penal, que no solo se agotan en conceptos jurídicos, sino incluso metajurídicos y filosóficos; en ese sentido, escudriñar detalladamente en el ideario del garantismo penal, sin duda significaría bregar por aguas enriquecedoras de conocimiento jurídico, filosófico y social (debido a la naturaleza integral de estas ideas); sin embargo, para fines entender cabalmente lo que se plantea con el presente trabajo, nos limitaremos a desarrollar de manera concisa, aquellos postulados que a criterio nuestro, son relevantes y coadyuvan a esta investigación.

En ese orden de ideas, conviene precisar que, la teoría general del garantismo, y particularmente la del garantismo penal fue desarrollada por el jurista italiano Luigi Ferrajoli, en su libro *Derecho y Razón* publicado en 1989, quien tomó como punto de partida aquellas ideas liberales planteadas por los filósofos de la época de la ilustración; es decir, Ferrajoli tiene un fuerte raigambre de sus postulados en la doctrina ilustrada, y a partir de ésta, explica de manera sistemática el contenido y alcances de su teoría; en ese sentido, el garantismo tiene una visión muy integral, en palabras de Carbonell (2006) “es una ideología jurídica, es decir, una forma de representar, comprender, interpretar y explicar el derecho” (pág. 4); como es de verse, esta teoría no solo es muy amplia en cuanto a sus postulados, sino también, es muy completa.

En ese estado de cosas, conviene formular la siguiente interrogante ¿qué es el garantismo penal?, al respecto, Ferrajoli plantea que debemos tomar en cuenta tres acepciones que permiten responder dicha interrogante, las mismas que están desarrolladas en la última parte de su obra, Ferrajoli (1995), que a la letra dice:

“(…) según una primera acepción, “garantismo” designa un *modelo normativo de derecho* (...) en una segunda acepción “garantismo”, designa una teoría jurídica de “validez” y de la “efectividad” como categorías distintas no sólo entre sí, sino también respecto de la “existencia” o “vigencia” de las normas (...) En una tercera acepción, en fin, “garantismo” designa una *filosofía política* que impone al derecho y al estado la carga de justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos” (págs. 851-853)

En buena cuenta, las tres acepciones así descritas, vienen a ser el núcleo o esencia de la visión filosófica propuesta por Ferrajoli; las cuales nos permitieran vislumbrar una mejor perspectiva respecto de lo propuesto por este jurista, y si estos postulados son aplicables y respaldan nuestra investigación, en tal sentido, y con el propósito de lograr un cabal entendimiento de lo que significa garantismo penal, pasaremos a desarrollar de manera sucinta, pero concreta, cada una de estas acepciones.

2.1.1.11.2. Tres acepciones del garantismo penal.

a) Como filosofía política o teoría de la justicia.

Esta acepción plantea que el garantismo se debe entender como cualquier otra ideología, llámese liberalismo, socialismo, etc.; en ese sentido, busca explicar o fundamentar la necesidad de una justificación externa del Estado y subsecuentemente del Derecho, vale decir, como ya se postulaba en la filosofía ilustrada, la existencia del Estado no era natural o anterior al hombre, por lo tanto, al ser un artificio humano, era imperativo que deba existir razones

externas que lo justifiquen; en consecuencia, un rasgo fundamental de esta acepción radica en que tanto el Estado como el Derecho, deben estar sustentados en valores compartidos, que son externos; es decir, sus razones deben ir mas allá de lo recogido en el ordenamiento jurídico. Ferrajoli (1995), refiere que se debe propugnar por las normas hétero-poyéticas, por encima de las auto-poyéticas, toma prestado este neologismo, propio de la ciencia molecular, para argumentar que el derecho no se sustenta en si mismo, sino que requiere de otras fuerzas o valores externos.

Otro de los rasgos de esta primera acepción es la desconfianza que postula el garantismo hacia todo tipo de poder, por consiguiente propugna que exista un ferreo control del poder, en palabras de Carbonell (2006):

“Una de las principales ideas del garantismo es la desconfianza hacia todo tipo de poder, público o privado, nacional o internacional. El garantismo no se hace falsas ilusiones acerca de “poderes buenos”, que den cumplimiento espontáneo a los derechos y prefiere verlos limitados siempre, sujetos a vínculos jurídicos que los acoten y que preserven derechos subjetivos, sobre todo si tienen carácter de derechos fundamentales” (pág. 4)

No queremos afirmar que esta sea la acepción mas importante del garantismo, pues las tres son necesarias para entender esta teoria; sin embargo, en este extremo es donde el garantismo penal plantea la minimización de la violencia penal y maximiza la libertad, limitando el poder punitivo a esas garantías de los derechos de los ciudadanos, las cuales estan trasuntadas en la Constitución Política.

b) Como modelo de ciencia jurídica.

En virtud a esta acepción, Ferrajoli plantea que el garantismo penal se debe entender como una forma de hacer ciencia jurídica, con tal propósito, plantea dos puntos de vista: uno externo (ético-político) y otro interno (jurídico), en cuanto al primero, sostiene que debemos entender que los conceptos *moral* y *derecho* son totalmente independientes, es decir, existe una separación nítida entre estas dos nociones, toda vez que, la moral tiene sus propias reglas, y el derecho también tiene sus reglas y su propia racionalidad; en tal sentido, cuando estos postulados se proyectan al ámbito del derecho penal, la consecuencia es que no se deba confundir las categorías de delito y pecado, en otras palabras, lo que moralmente puede resultar prohibido o inaceptable para un grupo social, no quiere decir que esta situación se deba configurar en un delito, porque la moral, como ya lo dijimos, tiene sus propias reglas y el derecho también. Es por ello que, mientras las sanciones morales perviven en el fuero interno de los hombres, las sanciones penales subyacen al fuero externo.

A partir de lo anotado, y ya desde un punto de vista interno, Ferrajoli postula que debemos distinguir claramente los conceptos de *vigencia* y *validez* de una norma, para Ferrajoli no existe equivalencia entre estas dos categorías, pues son totalmente distintas, es decir, una norma puede ser vigente, en virtud a que fue formalmente aprobada y siguiendo los procedimientos establecidos para fines de entrar en vigor; sin embargo, esto no implica que por el solo hecho de que la norma este vigente, a su vez sea válida, ya que la validez depende de la conformidad material o sustantiva que debe existir con los derechos fundamentales y con las normas constitucionales;

consecuentemente, cuando una norma no se encuentre debidamente justificada en derechos fundamentales o bienes jurídicos relevantes, podemos aseverar que no es válida. En buena cuenta, el maestro italiano plantea que la vigencia de una norma, no implica su validez.

c) Como modelo de teoría del derecho.

En este extremo, Ferrajoli plantea que para superar aquellas lagunas o antinomias que se presentan dentro de un ordenamiento jurídico, además de recurrir a los principios clásicos, como son de: especialidad, jerarquía, entre otros, debemos valernos de las fuentes del derecho; consecuentemente, se hace imperativo recurrir a técnicas de argumentación jurídica, como por ejemplo, la ponderación.

Nótese que, estas tres acepciones conjugadas son de vital importancia para fines de entender, por lo menos meridianamente los postulados de Ferrajoli; es decir, el garantismo plantea que el sistema penal contemporáneo debe propugnar la minimización de la violencia y el poder punitivo del Estado, con plena observancia de los derechos fundamentales y principios del derecho penal (garantías), y esto se logrará, cuando la norma y el derecho se encuentren justificados externamente, vale decir, no solo ceñirnos en el contenido de la norma, sino ir más allá de ésta, lo que conllevará a internalizar las diferencias entre vigencia y validez de la norma.

2.1.1.11.3. Otros rasgos del garantismo penal.

Ahora bien, a parte de las acepciones ya desarrolladas existen otros rasgos del garantismo que conviene señalar, así tenemos que, Ferrajoli plantea la existencia de garantías sustanciales y procesales, como principales

indicadores que deben estar presentes y vigentes en un Estado de Derecho, toda vez que, las primeras tienen como propósito evitar que se materialicen delitos, y las segundas son las llamadas a limitar el poder punitivo estatal al momento de juzgar e imponer sanciones; en consecuencia, solo tomando en consideración tanto las garantías sustantivas como procesales, se podrá asegurar una correcta aplicación de las normas y el poder punitivo dentro de un sistema penal.

Por otro lado, para Ferrajoli el término democracia tiene dos acepciones: a) *democracia política*, la cual considera incompleta e incluso un tanto peyorativa, puesto que, por la democracia así entendida la mayoría podría decidir si una persona es culpable o no, determinar que conductas son delictivas o no; todo ello sin tomar en cuenta las garantías desarrolladas, por consiguiente, esta noción de democracia así entendida puede desembocar en lo que Francesco Cárara ha denominado como “terrorismo penal”; y b) *democracia constitucional o de derecho*, la cual es mas completa, en este caso ya no se hace referencia a lo que la mayoría puede decidir, sino mas bien, que es lo que no puede decidir en virtud a la presencia de *garantías*, por lo tanto, las decisiones de la mayoría no podrán ir más allá de los límites y garantías establecidas, en palabras de Ferrajoli (1995) “ninguna ley, aun votada por una mayoría aplastante, puede disponer o consentir que un hombre sea castigado sin haber cometido algun hecho prohibido o por haber realizado actos inofensivos, meramente internos o sin culpa” (pág. 860); es decir, aquí ya se advierte la presencia de límites.

En ese sentido, Ferrajoli no hace referencia a una simple y vaga definición de democracia, sino tiene un horizonte mas amplio; al respecto Bramont-Arias

Torres (2008) explica que, “*garantismo* significa precisamente, tutela de aquellos valores o derechos fundamentales cuya satisfacción, aún contra los intereses de la mayoría.” (págs. 61-62).

Ferrajoli plantea también una distinción entre estado liberal y estado social, precisa que ambos tienen existencia independiente, sin embargo, pueden llegar a complementarse; en el primer caso, el Estado tiene restringida su intervención, toda vez que, en un estado liberal solo se propugna el respeto irrestricto de los derechos y libertades de la persona; mientras que en un estado social, además de las restricciones que tiene el Estado, se advierte la presencia de deberes por parte de los ciudadanos, para fines de que el Estado pueda cumplir con los derechos sociales; en esa línea de razonamiento que, Bramont-Arias Torres (2008), refiere que se identifica al *Garantismo* con un ideal modelo de Estado de Derecho; es decir, no sólo como Estado Liberal (y por ende protector de los derechos individuales) sino también como Estado Social (garante también de toda una serie de *intereses difusos* de derechos sociales).

En otro extremo, Ferrajoli desarrolló la noción de “ley del mas debil” frente al mas fuerte, que por regla general es el Estado y su poder punitivo; en ese sentido, la defensa social será respecto del ofendido en un primer momento, del imputado en el proceso penal y del sentenciado durante la ejecución de una pena; en ese orden de ideas, todas las garantías desde las penales y procesales no son mas que técnicas encaminadas a minimizar la violencia y la potestad punitiva, todos los derechos fundamentales se pueden entender como la ley del mas debil, a quien se debe proteger.

Postula también, la rigidez en cuanto a la modificación del Código Penal, a lo que ha denominado como *reserva del Código Penal*, con este planteamiento busca superar ese populismo penal o coyuntural que tan arraigado está en nuestra cultura jurídica, toda vez que, no resulta admisible que el derecho penal y sus conductas se encuentren expuestos a los humores contingentes de las mayorías de gobierno; en consecuencia, lo que Ferrajoli busca, es un cambio estructural respecto del catálogo de delitos, es decir, debe haber una reestructuración total del sistema penal y para fines de modificar o incluir nuevos delitos en los catálogos penales, se deberá seguir un procedimiento más riguroso y con mayores criterios de conocimientos, bajo esta premisa busca superar ese paradigma penal coyuntural, que erradamente ha venido realizando el legislador.

En resumidas cuentas, esta teoría plantea que se debe entender como garantías al conjunto de límites y vínculos impuestos a los poderes públicos en resguardo de los derechos fundamentales, se constituye como un medio de control del poder punitivo estatal y pretende evitar su uso a discreción, en esa línea de razonamiento, Gascon (2005) citado en Carbonell (2006) precisa que, “la teoría general del garantismo arranca de la idea de que, del poder hay que esperar siempre un potencial abuso que es preciso neutralizar haciendo del derecho un sistema de garantías, de límites y vínculos al poder para la tutela de los derechos” (pág. 4).

Con todo lo desarrollado, Ferrajoli plantea minimizar el poder punitivo del Estado, por tanto, minimizar esa violencia y maximizar la libertad del ciudadano; consecuentemente busca arribar a lo que ha denominado como *Derecho Penal Mínimo*; si bien critica la excesiva inflación de conductas

penales, con lo cual estamos de acuerdo; empero, debemos aclarar que el uso de las sanciones penales está legitimado y no podemos llegar a suprimirlo como plantea en uno de sus extremos Ferrajoli, pues sostiene que debemos dar el salto a una civilización más avanzada y suprimir incluso las penas de cadena perpetua y las de privativas de libertad; sin embargo, nuestra sociedad no está preparada para ello, no pretendo ser tan radical al respecto, pues a mi criterio si es pertinente y necesario contar con este tipo de penas, con la salvedad de que se deba aplicar con criterios de racionalidad y proporcionalidad.

2.1.1.11.4. Hacia la consecución de un derecho penal mínimo.

La teoría garantista de Ferrajoli, plantea que los sistemas de derecho y de responsabilidad penal siempre oscilan entre dos extremos opuestos identificables, a los cuales ha denominado como: *derecho penal mínimo* y *derecho penal máximo*, los mismos que están determinados en función al poder punitivo del Estado; es decir, cuando se advierte que dicho poder sea limitado o esté condicionado a garantías nos encontraremos dentro de los alcances de un derecho penal mínimo; por el contrario, cuando este poder sea ilimitado y arbitrario estaremos próximos al denominado derecho penal máximo.

En ese sentido, Ferrajoli postula que el poder punitivo debe estar limitado, es decir, el modelo garantista pretende que siempre existan límites o prohibiciones a ese poder, los cuales estarán expresados en *garantías*, que en buena cuenta son los derechos fundamentales y los principios del derecho penal, es por ello que el derecho penal mínimo se condice con la noción de Estado de Derecho; por el contrario, en palabras de Ferrajoli (1995) “los

modelos autoritarios se caracterizan por la debilidad o la ausencia de alguno o algunos de estos límites a la intervención punitiva del Estado” (pág. 104); vale decir, cuando el poder punitivo sea ilimitado, estaremos dentro de los alcances del derecho penal máximo y de un Estado Autoritario.

Por otro lado, Ferrajoli (1995) plantea que “es claro que el derecho penal mínimo, es decir, condicionado y limitado al máximo, corresponde no sólo al máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos respecto del arbitrio punitivo, sino también a un ideal de racionalidad” (pág. 104); en consecuencia, mientras más próximos estemos al espectro de alcance del derecho penal mínimo, más vinculados estaremos a criterios de racionalidad y certeza; por el contrario, cuando no se adviertan dichos criterios, nos acercaremos a un derecho penal máximo, como bien lo menciona Ferrajoli (1995), “a la inversa, el modelo de derecho penal máximo, es decir, incondicionado e ilimitado, es el que se caracteriza, además de por su excesiva severidad, por la incertidumbre y la imprevisibilidad de las condenas y pena” (pág. 105); por consiguiente, estaremos ante lo que Ferrajoli denomina como irracionalismo jurídico.

En ese orden de ideas, el maestro italiano postula que existe un nexo más que profundo entre garantismo y racionalismo; puesto que, un derecho penal racional en la medida de sus intervenciones permitirá que éstos sean previsibles, para ello se tendrá en cuenta cada uno de los rasgos desarrollados precedentemente, como son por ejemplo: las garantías sustanciales y procesales, la ley del más débil, la reserva del código penal, la crítica a la inflación punitiva, etc.; es decir, la racionalidad permitirá advertir la existencia de certeza, en palabras de Ferrajoli (1995):

“La certeza perseguida por el derecho penal máximo está en que ningún culpable resulte impune, a costa de la incertidumbre de que también algún inocente pueda ser castigado. La certeza perseguida por el derecho penal mínimo está, al contrario, en que ningún inocente sea castigado, a costa de la incertidumbre de que también algún culpable pueda resultar impune” (pág. 106).

Estando a ello, se entiende que el poder punitivo y la correspondiente sanción penal, no pueden ser aplicadas arbitrariamente, deben observarse siempre todas las garantías propuestas por esta teoría; en este punto, debemos señalar la importancia sui generis que tienen las garantías sustanciales y procesales; toda vez que, éstas permiten advertir dos ángulos: *i) mientras las garantías penales o sustanciales* están dirigidas a la minimización de comisión de delitos o conductas dañosas, *ii) las garantías procesales* esta encaminadas a la minimización del poder estatal al momento de juzgar e imponer sanciones.

Al respecto, Bramont-Arias Torres (2008) sostiene que:

“el derecho penal mínimo (busca la máxima reducción cuantitativa de la intervención penal, la más amplia extensión de sus vínculos y límites garantistas y la rígida exclusión de otros métodos de intervención coercitiva); de acuerdo a Ferrajoli, es el mínimo necesario para evitar la violencia social informal, la función preventiva, por tanto, es doble: 1. Prevención de los delitos, y 2. Prevención de las penas privadas, arbitrarias o desproporcionadas. En definitiva, lo que legitima al Derecho Penal es la minimización de la violencia en la sociedad.” (pág. 63)

Por otro lado, Ferrajoli critica la inflación excesiva de figuras delictivas, debido a que el legislador selecciona a discreción las conductas punibles, lo cual incluso llega a ser patológico, y, en clara alusión a un derecho penal máximo, lo que nos aleja de la racionalidad así como de la certeza desarrolladas conforme a la filosofía garantista.

Respecto a la “ley del más débil”, Villavicencio Terreros (2006) concluye que:

“Esta concepción del Derecho Penal mínimo sobre la pena sólo supone una intervención estatal en conflictos muy graves y que comprometen intereses generales, de manera que el poder punitivo estará siempre de lado del más débil; la ley del más débil; es decir del débil ofendido o amenazado por el delito o por la venganza y, contra el más fuerte.”
(pág. 70)

En definitiva el derecho penal mínimo así desarrollado, propone la minimización del poder punitivo y paralelamente, la aplicación de la racionalidad en la imposición de sanciones, las cuales se materializaran a través de las garantías penales y procesales, pues se configuran en técnicas dirigidas a minimizar la violencia y potestad punitiva, como lo refiere Bramont-Arias Torres (2008), “el Derecho penal evoluciona por la vía de la restricción progresiva y, cada vez debe ser más mínimo” (pág. 63); aunque suene un tanto utópico, Ferrajoli plantea suprimir la pena privativa de libertad, pues si bien esta sanción surge en la época ilustrada como respuesta a penas bejatorias como aquellas de muerte o cercenamiento de miembros; en ese contexto, el maestro italiano postula que debemos dar el salto a una civilización mas avanzada; empero, a criterio del suscrito, la presencia de

penas privativas de libertad en el contexto contemporaneo son necesarias, puesto que nuestra realidad peruana, tanto social como jurídica así lo exigen.

Finalmente, promover la vigencia de los postulados del garantismo penal, a criterio nuestro es fundamental, pues permite impulsar un derecho penal mínimo y consecuentemente una menor intromisión del mismo, así como de sus sanciones, en la vida y relaciones de los hombres en sociedad.

2.1.1.12. La relevancia jurídico penal del hecho, como presupuesto para la intervención punitiva del Estado.

Cuando nos referimos a relevancia jurídico penal de un hecho, inexorablemente debemos traer a colación lo argumentado por el principio de fragmentariedad, el cual postula que solo intervendrá el derecho penal y sus sanciones en aquellas conductas que vulneren bienes jurídicos protegidos, en tal sentido, estos bienes jurídicos deben estar revestidos de una entidad o relevancia penal suficiente, no pueden ser punibles aquellas conductas que solo tengan relevancia administrativa, civil, laboral, etc.

Por otro lado, la afectación al bien jurídico protegido se constituye en presupuesto para la intervención punitiva estatal, dado que, solo cuando exista una vulneración o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados conforme lo prescribe el principio de lesividad, se justificará la intervención del derecho penal; sin embargo, en la realidad fáctica-jurídica peruana, se advierte que debido a la inflación legislativa y al populismo penal que critica Ferrajoli, se llega a confundir lo lícito con lo ilícito, e incluso las infracciones administrativas con las penales.

Al respecto, Carbonell (2006) explica que:

“La incertidumbre jurídica, la incognoscibilidad y la irracionalidad del derecho penal generadas por la inflación legislativa, en efecto han eclipsado los confines entre esfera del ilícito penal y esfera del ilícito administrativo e incluso de lo ilícito, transformando el derecho penal en una fuente oscura e imprevisible de peligros para cualquier ciudadano, sustrayéndole su función simbólica de intervención extrema contra las ofensas más graves, en esta perspectiva serían despenalizados, además de los innumerables delitos bagatelares, todas las contravenciones y todos los hechos castigados con penas pecuniarias” (pág. 26)

Lo sostenido no implica que nos decantemos por una corriente abolicionista, es decir, con la presente investigación no se pretende que se supriman todo tipo de sanciones, pues conforme ya lo dejamos sentado, existe justificación para la intervención punitiva del Estado en ámbitos y situaciones que así lo requieren, siempre y cuando se trate de bienes jurídicos de relevante importancia y tengan entidad penal; sin embargo, debido a que el legislador pone en práctica pésimas técnicas legislativas, erige como punibles conductas que no tienen relevancia penal, es por ello que existe en nuestro catálogo penal muchos de los denominados delitos de bagatela.

Con estas malas técnicas legislativas usadas a discreción por el legislador, se llega a distorsionar lo que puede ser considerado lícito o ilícito, confundiendo categorías tales como: infracción administrativa e ilícito penal; en consecuencia, para legitimar al derecho penal y sus sanciones, se hace menester distinguir estas categorías, pues muchas ocasiones podemos confundir su contenido.

2.1.1.12.1. Infracción administrativa.

Es toda acción u omisión que vulnera o es contraria al ordenamiento jurídico administrativo; la misma que luego de un debido procedimiento, de ser el caso, acarreará una sanción administrativa como pueden ser: sanciones pecuniarias, suspensión, destitución u otras análogas.

Las infracciones de esta naturaleza, difieren de las sanciones penales, en el sentido que no conllevan consigo penas privativas de libertad, y a su vez, la infracción administrativa será determinada y sancionada por un órgano administrativo del Estado, mientras que las sanciones penales solo las podrá imponer el Poder Judicial a través de sus distintos órganos jurisdiccionales.

Para Huaman Ordoñez (2020), la infracción administrativa es “un instituto cercano a la noción de pena, pues maneja la noción de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, aunque en un escenario atenuado donde le es imposibilitado a la administración determinar castigos que impliquen privación de libertad” (pág. 187); en tal sentido, si bien la infracción administrativa tiene categorías similares al delito conforme lo precisa el autor, dichas categorías tienen un carácter atenuado en comparación de una sanción penal, en consecuencia tiene una naturaleza evidentemente distinta.

2.1.1.12.2. Ilícito penal.

Es una conducta contraria al ordenamiento jurídico penal, constituida en una acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible, que vulnera, pone en peligro o lesiona bienes jurídicos tutelados por el derecho penal; a su vez, se caracteriza por imponer penas privativas de libertad, restrictivas de la libertad

y multas; asimismo, dichas sanciones solo pueden ser impuestas por el Poder Judicial a través de sus diferentes instancias.

Es precisamente aquella conducta humana (ya sea por acción u omisión) que se opone a lo que la ley manda o aquello que la ley prohíbe, requiriendo de manera expresa que concluyan cada uno de los elementos que lo componen, caso contrario, resultaría imposible imponer la sanción penal establecida en la ley

2.1.1.12.3. Diferencias entre sanción penal y sanción administrativa.

De lo anteriormente esbozado, podemos colegir que tanto el ordenamiento administrativo como el ordenamiento penal, y sus correspondientes sanciones, son parte de un solo sistema punitivo o sancionador – *ius puniendi estatal* - en tal sentido, en ambos escenarios deberán estar vigentes los principios limitadores del derecho punitivo, como son: principio de legalidad, debido proceso, racionalidad, proporcionalidad, entre otros; empero, si bien los dos tienen estos denominadores en común, no pueden ser considerados como categorías equivalentes o análogas, en mérito a ello, a continuación vamos a esbozar criterios diferenciadores entre ambas sanciones.

2.1.1.12.3.1. Criterios diferenciadores entre sanción administrativa y penal

Los criterios racionales para diferenciar entre injusto penal y administrativo los podemos encontrar *en primer lugar*, en el carácter fragmentario del derecho penal, por cuanto la importancia del bien jurídico y su grado de afectación determinará si estamos ante un injusto penal o administrativo; *en segundo lugar*, el carácter subsidiario del derecho penal, implica que los ilícitos penales

deban ser sustanciados por esta rama del derecho exclusivamente, y como último recurso; mientras que las sanciones administrativas estarán en un orden prelativo anterior al derecho penal.

En *tercer lugar*, se tiene que la sanción administrativa es impuesta por un órgano administrativo sancionador legitimado; en tanto que la sanción penal es impuesta solo y exclusivamente por el órgano jurisdiccional (poder judicial) a través de sus diversas instancias; *en cuarto lugar*, podemos advertir que el derecho penal y sus sanciones solamente protegen bienes jurídicos relevantes o de más delicada lesividad, mientras que el derecho administrativo y sus sanciones tienen como objetivo velar por la correcta marcha de la organización administrativa de las diferentes entidades estatales.

Por otro lado, y si acaso la diferencia más relevante, es aquella que estriba en que las sanciones penales tienden a ser más estigmatizantes, o causan mayor oprobio al condenado que aquellas sanciones administrativas, dado que las sanciones penales incluso subyacen al ámbito social y al entorno de la comunidad en general; mientras que las sanciones administrativas perduran dentro del alcance de la administración pública.

En rigor, existen diferencias sustanciales entre ambas sanciones que nos permiten concluir que tienen aspectos únicos que las hacen totalmente diferentes; por consiguiente, no son equivalentes, sin embargo, en nuestra realidad social se ha llegado a confundir estas sanciones, lo cual, ligado al populismo penal ejercido por el poder legislativo peruano desemboca inexorablemente en lo que se ha denominado la administrativización del derecho penal.

2.1.1.12.4. El fenómeno de la administrativización del derecho penal.

Este fenómeno se evidencia cuando el legislador erige o tipifica como delitos conductas que no tienen la relevancia jurídica suficiente para ser consideradas como tales, obviando principios como la subsidiariedad y lesividad; aunado a ello, se advierte una pésima utilización de la política criminal por parte de los legisladores, quienes no hacen otra cosa que realizar populismo penal o coyuntural, en palabras de Arroyo Alfonso (2018), “el debilitamiento del principio de subsidiariedad influye en que las fronteras entre Derecho penal y Derecho administrativo estén desdibujadas, y sean, por así decirlo, permeables. Esta permeabilidad ha propiciado un proceso de “administrativización” del Derecho penal” (pág. 26); nótese la importancia fundamental que se da al principio de subsidiariedad, pues sobre este último se postulan precisamente aquellas conductas que son reprochables penalmente.

A pesar de haber precisado una serie de diferencias entre sanciones administrativas y penales, las mismas que en muchos casos son evidentes; nuestra realidad jurídica social nos demuestra que las fronteras que existen entre sanciones penales y administrativas han mermado, lo cual no solo sucede por el nivel socio cultural y educativo de la población, sino que el legislador es quien induce a este declive a través de pésimas prácticas legislativas; inclusive podemos aseverar que los medios de comunicación propenden a esta crisis, haciendo creer a la comunidad que la solución es recoger más tipos penales en nuestro código sustantivo y plantear la aplicación de sanciones más drásticas, sin mas razonamiento que un soso criterio populista.

Lo explicado precedentemente es de vital importancia para asimilar que, el legislador en virtud al populismo penal y coyuntural que ya explicamos, eleva erradamente a categoría delictual, simples y meras infracciones o contravenciones administrativas, desnaturalizando la esencia subsidiaria del derecho penal; por consiguiente, no podemos normalizar la intervención punitiva a todo el espectro de conductas desplegadas, tanto más que, con ese tipo de prácticas se produce una inflación penal patológica.

2.1.1.12.4.1 Impacto y suficiencia de la sanción administrativa

Conforme ya fue desarrollado, una sanción administrativa es impuesta cuando exista vulneración de normas de carácter administrativo, y además estas infracciones al orden administrativo no están revestidas de una entidad, o suficiente relevancia penal para ser consideradas como delitos.

Bajo ese contexto, se advierte que uno de los indicadores más importantes para determinar si una conducta tiene o no relevancia penal, es precisamente corroborar si existe o no afectación a bienes jurídicos relevantes; por ejemplo, en el delito de *retardo injustificado de pago*, que es materia de análisis del presente trabajo, se advierte que, en rigor solo se trata de una deuda personalísima que deviene en ser un tema administrativo o eventualmente civil, que bien puede ser sustanciado por dichas vías extrapenales; decimos que solo se trata de una deuda, toda vez que del análisis del contenido de dicho tipo penal no se evidencia afectación a la correcta marcha de la Administración Pública, ni mucho menos al patrimonio del Estado, la misma que viene a ser el bien jurídico protegido en este tipo de delitos; consecuentemente, en el tema en concreto se advierte que la vía

administrativa, o incluso la vía del derecho civil, resultan siendo idóneas, y a su vez tienen la suficiente capacidad disuasiva para hacer efectivo el pago que corresponda.

Estando a lo esbozado, resulta pertinente señalar en este punto que, la administración pública debe establecer y/o mejorar los parámetros, requisitos y lineamientos exigidos para honrar este tipo de deudas, requisitos que deben estar establecidos en directivas o normas internas de las diferentes entidades públicas, ya sean Municipalidades, Gobiernos Regionales, entre otras; ello incidirá en la agilidad en el procedimiento y la mejoría en la administración de la denominada *cosa pública*.

2.1.1.12.4.2. Capacidad disuasiva de la sanción administrativa

Como correlato de lo señalado precedentemente, podemos colegir que la capacidad disuasiva de la sanción administrativa resulta idónea y proporcional respecto del delito de retardo injustificado de pago, toda vez que la imposición de una pena privativa de libertad al respecto deviene en desmesurado, lo cual incluso va contra el espíritu mismo de la Constitución, la misma que en el inciso c) del literal 24, del artículo 2°, establece expresamente que: “No hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios”, nótese que nuestra norma fundamental no avala que exista pena privativa de libertad por deudas, salvo que se trate de deberes alimentarios (la única excepción); por tanto, resulta palmario y evidente que la sanción administrativa, y su correspondiente capacidad disuasiva, resulta siendo más que suficiente para efectos de hacer el cobro y el correspondiente pago de una deuda; tanto más que en el

presente caso ni siquiera se afecta y/o vulnera a la administración pública como bien jurídico, se trata como ya dijimos de un derecho personalísimo del interesado.

2.1.1.13. Importancia del principio de mínima intervención penal en la legislación penal peruana.

En nuestra realidad social, y particularmente jurídica, se advierte que el legislador penal peruano, bajo el pretexto de encontrarnos en una sociedad dinámica y globalizada, ha ido ampliando el catálogo de infracciones penales a discreción, sucumbiendo ante el denominado populismo penal y coyuntural; consecuencia de ello, es que se ha normalizado el carácter de *prima ratio* del derecho penal, por tal razón, no podemos admitir que el legislador considere cualquier bien jurídico como digno de protección por parte del derecho penal, deberán ser considerados solo aquellos que revistan auténtica relevancia penal.

Al respecto, compartimos la postura del tratadista nacional, Peña Cabrera Freyre A. (2022), cuando explica que:

“Si en realidad estas reformas legales, hubiesen calado en la realidad criminológica, con el efectivismo que se espera alcanzar de todo precepto jurídico, no nos quedaría más remedio que claudicar en nuestro pensamiento liberal-garantista, empero, las cosas son totalmente distintas, pues la incidencia criminal no ha sido neutralizada ni reducida en índices significativos, lo que nos hace concluir que el derecho penal se convierte en un arma predilecta de los políticos para ganar mayores votos electorales (politización de la norma jurídico-

penal), de generar una sensación puramente subjetiva de seguridad ciudadana y de desplegar efectos socio comunicativos” (pág. 68).

En ese estado de cosas, la importancia del principio de mínima intervención en nuestra legislación, es irrecusable, en el entendido que, dicho apotegma se configura en límite y garantía que permite la minimización y el control del poder penal estatal; consecuentemente, buscar la auténtica vigencia de este principio garantizará la aplicación de criterios de racionalidad en el ejercicio del ius puniendi, teniendo en cuenta la fragmentariedad y subsidiariedad del derecho penal.

Empero, en la legislación peruana, tanto en el momento de legislar como en el momento de aplicar las leyes, este principio no se encuentra vigente; consecuentemente, buscar su real aplicación debe ser el norte de todos los operadores jurídicos.

Lo más grave a todo esto es que, los legisladores y los ciudadanos, creen erradamente que el adelantamiento significativo de las barreras de intervención del derecho penal, importa una mejor protección de sus bienes jurídicos, sin darse cuenta que a la postre, dicha arremetida incontenible de la violencia punitiva estatal, lo que implicará será una reducción ostensible de sus libertades fundamentales individuales. Aquellos que predicán el orden público y la seguridad ciudadana, como estandartes del derecho penal del enemigo, son en realidad enemigos de los valores elementales de un orden democrático de derecho.

2.1.1.14. Toma de posición.

El principio de mínima intervención se constituye en un pilar fundamental de nuestro ordenamiento jurídico penal; en el entendido que, nos encontramos en un Estado Constitucional de Derecho, donde prima la defensa de los derechos fundamentales y la dignidad de la persona humana; a su vez, este principio se encuentra engarzado a los postulados de la teoría del garantismo penal, para arribar a un sistema de derecho penal mínimo, que es lo que se pretende; razones que incluso inspiran la exposición de motivos del código penal peruano vigente. Estando a ello, no se puede consentir la criminalización arbitraria de conductas, propias de un Estado autoritario, como lo es por ejemplo la tipificación del delito de retardo injustificado de pago, el que pasaremos a desarrollar.

2.1.2. El delito de retardo injustificado de pago.

2.1.2.1. Definición.

El retardo injustificado de pago, viene a ser un delito contra la administración pública, consistente en la demora, retraso o dilación injustificada por parte de un funcionario o servidor público en efectuar un pago ordinario o decretado por autoridad competente en favor de un tercero; este ilícito penal se encuentra regulado en la parte especial del código penal peruano, concretamente, en su artículo 390⁴.

Algunos autores lo denominan como *demora injustificada de pago*, sin embargo, tanto la palabra *retardo* como *demora* semánticamente tienen una

⁴ **Retardo injustificado de pago** “El funcionario o servidor público que, teniendo fondos expeditos, demora injustificadamente un pago ordinario o decretado por la autoridad competente, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.”

relación de semejanza, en buena cuenta, se tratan de dicciones sinónimas; por tanto, ambas pueden ser empleadas indistintamente conforme se evidencia en la teoría y en la práctica jurídica; empero, por una cuestión de orden, lo denominaremos con la fórmula descrita en el título del presente capítulo, tanto más que, así ha sido sumillado por el legislador en el vigente código penal peruano.

Para fines de tener un mejor panorama respecto a una definición o aproximación conceptual del delito materia de análisis, se hace menester distinguir el contexto en el cual se desarrolla, al respecto, García Navarro (2022) explica que:

“el presente delito se relaciona con las deudas asumidas por la Administración Pública para el cumplimiento de varias responsabilidades y necesidades, entre ellas, la obtención de bienes y servicios para la prosecución de sus fines en cuanto a la realización de funciones públicas o la prestación de los servicios públicos, en tal sentido, oportunamente se planifica en el presupuesto de la entidad pública los importes dinerarios para la realización debida de los pagos.” (pág. 1117).

Es decir, este delito tiene como preámbulo contextual, aquellas deudas asumidas por la administración pública, las cuales a su vez se constituyen en las premisas a tener en cuenta para determinar su materialización; en ese sentido, si bien la formula penal descrita en el artículo 390°, no detalla los trámites administrativos previos que existen antes de la efectivización del pago, como puede ser el presupuesto asignado o las partidas presupuestales para tal fin, es un aspecto que necesariamente deberá tomarse en cuenta.

En tal virtud, el tipo penal así redactado ha focalizado la comisión del delito al momento del no pago, sin que interesen los procedimientos administrativos reglamentarios del iter que siguieron los fondos públicos; sin embargo, delimitar ese preámbulo se constituye en tarea fundamental del intérprete de la norma (juez o fiscal), pues permitirá determinar la licitud o ilicitud del proceder funcional; consecuentemente, la conducta que sanciona este delito, es aquel proceder doloso del funcionario o servidor público, consistente en retrasar un pago ordinario o decretado de manera injustificada.

2.1.2.2. Naturaleza Jurídica.

Algunos autores consideran que la naturaleza jurídica del retardo injustificado de pago es propia de los delitos de peculado, aspecto que, dicho sea de paso, fue recogido por nuestro ordenamiento penal; otros argumentan que se trata de una modalidad de abuso de autoridad, e incluso a nivel de derecho comparado, Rojas Vargas (2021) explica que “los tratadistas argentinos que interpretan estas figuras, coinciden en que se trata de una variedad de malversación” (pág. 840), esta última precisión, a criterio nuestro, no concuerda con nuestra legislación, toda vez que la naturaleza jurídica del delito de malversación de fondos, es rigurosamente diferente al delito materia de análisis.

En ese sentido, corresponde develar si el retardo injustificado de pago se condice con la naturaleza jurídica de los delitos de peculado o abuso de autoridad; tanto más que, éste se encuentra regulado en el apartado de los delitos de peculado (art. 390 - sección III - capítulo II - Título XVI - libro II) del código penal peruano, en cuanto a la tipificación así recogida, Reategui Sánchez (2017) asevera que:

“El delito de retardo injustificado de pago, mantiene vinculación delictiva con los tipos penales de peculado, en el sentido de que el agente administra fondos públicos, es decir, tiene que existir una vinculación funcional entre el autor y el objeto material, característico de estos injustos penales” (pág. 657).

En tal entendido, para Reategui Sánchez la ligazón funcional que existe entre el agente (funcionario o servidor público) y los caudales del Estado, se constituye en la razón o argumento basilar, que permite colegir la vinculación entre el delito de retardo injustificado de pago y los delitos de peculado; en consecuencia, dicha figura si se encontraría correctamente regulada en nuestro ordenamiento penal.

Para otro grupo de tratadistas, el ilícito penal in examine no debería estar regulado en dicho acápite, en el entendido que la naturaleza jurídica de esta conducta tiene una clara connotación omisiva, vale decir, se trata de una omisión, de un dejar de hacer algo; por tanto, dicho proceder debería estar regulado en el apartado de delitos de abuso de autoridad, más concretamente, en aquellos de naturaleza omisiva, como es el delito de omisión de actos funcionales; alineándose a esta postura, Peña-Cabrera Freyre (2021) precisa que, “la conducta no importa ni apropiación de caudales públicos, tampoco desviar el curso legal del presupuesto público, sino que omite ejecutar una prestación dineraria, estando obligado a hacerlo, configurando un delito de *omisión propia*.” (pág. 504)

Así pues, el retardo injustificado de pago se constituye en un delito de carácter netamente omisivo, no de apropiación o utilización de caudales, como establece la naturaleza jurídica de los delitos de peculado, ni mucho menos

busca fines de desviar fondos o recursos estatales, como precisa el delito de malversación de fondos; por consiguiente, en nuestra legislación se ha regulado erradamente esta conducta en el epígrafe de los delitos de peculado.

En esa línea de razonamiento, y de manera concluyente, García Navarro (2022) explica que:

“Se calificaría como un incumplimiento de funciones (art. 377, Código Penal), en la modalidad de retardo de los actos de función de pagos que no requiere de algún perjuicio o resultado patrimonial con la demora funcional incurrida. No cabe duda la cercana parentela de esta figura con la señalada, lo que nos llevaría a dos soluciones de *lege ferenda*: o se traslada la presente figura penal al rubro de los abusos funcionariales o se descriminaliza habiendo ya una figura genérica y suficiente.” (pág. 1119)

Este autor nos presenta una disyuntiva más que interesante al respecto; por un lado, plantea la propuesta de trasladar este delito al rubro de abusos funcionariales, en el entendido que dicha conducta se encuentra íntimamente vinculada al delito de omisión o demora de actos funcionales, regulado en el artículo 377⁵ del código penal; y, por otro lado, propone la descriminalización de la misma, esta segunda posibilidad es la que nos llama la atención pues viene a ser el propósito de la presente investigación, toda vez que, dicho

⁵ **Art. 377.- Omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales.**

“El funcionario público que, ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta días-multa. Cuando la omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales este referido a una solicitud de garantías personales o caso de violencia familiar, la pena será privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.”

proceder, en virtud al principio de fragmentariedad no está revestido de la relevancia penal requerida para fines de ser considerada como delito.

En ese estado de cosas, podemos colegir que, la regulación de esta conducta así recogida en nuestro ordenamiento penal carece de sustento, en palabras de Peña Cabrera (2021):

“una tipificación así concebida, donde no se incluye la posibilidad de causar un perjuicio a alguien o de perturbar la función encomendada, puede generar serios reparos de justificación de acriminación, en la medida que revela una dosis clara de infracción administrativa” (pág. 504-505)

Estando a ello, no podemos avalar la criminalización de infracciones administrativas, en virtud a la naturaleza subsidiaria del derecho penal, mucho menos es plausible que se proponga una pena efectiva; en ese sentido, con la criminalización de esta conducta, se viene vulnerando los postulados del principio de mínima intervención penal ya desarrollados (tanto en su vertiente subsidiaria como fragmentaria), así como los de un derecho penal garantista.

Finalmente, Rojas Vargas (2021) ratifica esta posición, al señalar que nos encontramos ante una figura penal de carácter omisiva de abuso de autoridad, la que no tiene unanimidad en el derecho penal comparado; en el entendido que importantes cuerpos normativos penales no lo contemplan, y en aquellos que aún perdura, se advierte que esta conducta se sanciona con penas mínimas y menores.

2.1.2.3. El retardo injustificado de pago en la legislación comparada.

Conforme lo precisado por Rojas Vargas (2021), son pocos los países que aún reprimen penalmente el retardo injustificado de pago, en mérito a que la referida conducta no reviste mayor entidad o relevancia penal, que permita justificar su regulación en un ordenamiento de esta naturaleza; en tal sentido, al analizar cada una de las notas características de este delito, podremos evidenciar que efectivamente se trata de un proceder de carácter netamente administrativo, mas no así de naturaleza penal.

Sin perjuicio de ello, García Navarro (2022) realizó un listado enunciando aquellos países en los que aún subsiste dicha figura, refiriendo que actualmente:

“son pocas las legislaciones que mantienen todavía la omisión o la demora indebida del pago. Así, perduran todavía en el artículo 264 del Código Penal argentino, artículo 237 del Código Penal chileno, artículo 364 del Código penal costarricense, artículo 448 del Código Penal guatemalteco y el artículo 373 del Código Penal hondureño. Nótese que todas ellas acogen a la figura penal dentro del rubro de los delitos de peculado y malversación” (págs. 1120 - 1121).

De igual manera, esta conducta fue recogida en el artículo 135.4 del Código Criminal Imperial Brasileño de 1830, como una forma de concusión.

En ese estado de cosas, se evidencia un incipiente desarrollo de los alcances de esta figura delictiva en la legislación comparada; tanto es así que, dicho delito no se encuentra regulado en importantes cuerpos normativos penales, y en aquellos que aún lo prevén, son sancionados con penas dúctiles, debido

a la carencia de relevancia penal de este proceder; un ejemplo de supresión de esta conducta lo tenemos en el código penal español, en el que rigió hasta fines del siglo XX, que dicho sea de paso y de manera atinada, el legislador español se decantó por descriminalizar esta conducta en el año 1995.

Al respecto, García Navarro (2022) precisa que “el Código Penal español de 1995 optó por la descriminalización de la figura. Cabe informar que su origen criminalizador como una forma de malversación parte del artículo 312 del Código Penal español de 1848 (Código Pacheco)” (pág. 1120); por su parte, Rojas Vargas (2021) acota que, “en la doctrina española que trabajo con este tipo penal derogado ya del Código de 1995, usualmente se lo consideraba la contraparte de la malversación” (pág. 840). Es decir, en la legislación comparada no se tenía, ni se tiene clara la naturaleza jurídica de este proceder, toda vez que, algunos lo consideran como un peculado, otros como una forma de malversación, o incluso otros como una figura de concusión.

Ahora bien, en el siguiente cuadro, citamos textualmente algunas de las legislaciones penales del derecho comparado, que recogieron y recogen la figura delictiva de retardo injustificado de pago:

Código Penal Español (1973) DEROGADO	Código Penal Argentino (1922)	Código Penal de Guatemala (1973)	Código Penal de Costa Rica (1971)
Art. 398: “el funcionario público que debiendo hacer pago como tenedor de fondos del	Art. 264: “Será reprimido con inhabilitación especial por 1 a 6 meses, el	Art. 448: “El funcionario o empleado público que teniendo fondos expeditos demorare	Art. 355: “Será reprimido con treinta a noventa días-multa, el funcionario público que teniendo

Estado no lo hiciere, será castigado con las penas de suspensión y multa del 5 al 25 por 100 de la cantidad no satisfecha	funcionario público que, teniendo fondos expeditos, demorare injustificadamente un pago ordinario o decretado por autoridad competente”	injustificadamente un pago ordinario u ordenado por autoridad competente será sancionado con multa de cien a un mil quetzales”	fondos expeditos, demorare injustificadamente un pago ordinario decretado por la autoridad competente o no observare en los pagos las prioridades por la ley o sentencias judiciales o administrativas”
---	---	--	---

Fuente: Delitos Contra la Administración Pública – Fidel Rojas Vargas (2021) (Págs. 804-805)

Nótese que, en los casos citados, se evidencia una redacción similar; empero, lo que destaca en todas ellas son las sanciones que prescriben, pues se evidencia claramente que las penas descritas son de una ínfima gravedad (multa, inhabilitación o suspensión); en ningún caso se advierte que se sancione con pena privativa de libertad, como si sucede en nuestra legislación penal.

Por último, podemos colegir que, al no existir claridad, ni mucho menos uniformidad respecto a la naturaleza jurídica de este delito, tanto la legislación comparada, como la legislación nacional, lo que pretenden hacer, es dotar equivocadamente de relevancia penal, a una conducta que solo tiene entidad o relevancia administrativa; es en mérito a ello que, muchos cuerpos normativos penales se decantaron por la despenalización de esta figura.

2.1.2.4. El retardo injustificado de pago en la legislación peruana.

Los principales tratadistas nacionales, coinciden al señalar que en nuestra legislación penal no existe un antecedente inmediato de esta conducta, incluso hay quienes afirman que no se tiene siquiera un antecedente mediato; pues la regulación como tal, se dio a partir del código penal de 1991, no son pocos los juristas que aseguran que fue recién con este código que se reguló esta conducta, y que su antecedente inmediato, lo encontramos más bien en el derecho comparado, concretamente, en el artículo 264° del código penal argentino.

En esa línea de ideas, Salinas Siccha (2019) asegura que “no hay antecedente de tal delito en nuestra legislación penal anterior al Código Penal de 1991. Es el legislador del Código Penal de 1991 que tipifica, por vez primera en nuestra patria” (pág. 509); de igual manera, Rojas Vargas (2021) señala que:

“No existen antecedentes en la legislación penal anterior. La fuente legal extranjera está constituida por el artículo 264 del código penal argentino el que ha sido copiado íntegramente por el legislador peruano (exceptuando, obviamente, las penas, las que han sido aumentadas)” (pág. 839)

A su vez, Reategui Sánchez (2017) explica que:

“no contamos con antecedentes legales ni en el abrogado Código penal de 1924, menos aún en el primer Código penal de 1863; eso demuestra la falta de interés por parte del legislador penal nacional en pretender incrementar, en primer lugar, la conducta típica, menos la sanción

jurídico-penal, precisamente por su casi absoluta inaplicabilidad de dicha figura en la realidad judicial” (pág. 657).

Reafirmando estas posturas, Hugo Alvarez & Huarcaya Ramos (2018), sostienen que este tipo penal:

“es una figura novedosa en nuestra legislación que no se hallaba previsto como hecho ilícito en el Código Penal de 1863, ni tampoco en el Código derogado de 1924. Esta norma tiene como fuente el artículo 264 del Código Penal argentino, el artículo 409 del Código Penal español y el artículo 237 del Código Penal chileno, viejos códigos que, en sus respectivos países, sufren el embate de una fuerte corriente doctrinaria que exige su derogatoria” (pág. 296)

Estando a lo precedentemente señalado, se advierte que los tratadistas y juristas citados, refieren de manera concluyente que no existe un antecedente mediato o inmediato de esta conducta en nuestra legislación penal. Sin embargo, García Navarro (2022), desde una perspectiva más rigurosa, señala que “El único antecedente del delito de estudio se encuentra en el artículo 198 del Código Penal de 1863.” (pág. 1121); es decir, si habría existido un antecedente de esta conducta en nuestra legislación.

Para fines de corroborar lo referido por García Navarro, basta con echar un vistazo a los archivos digitales del Congreso de la República, donde podemos advertir que, efectivamente, dicha conducta estaba regulada en el artículo 198 del Código Penal Peruano de 1863, que a la letra prescribía:

“Art. 198.- El empleado público que, teniendo fondos expeditos, demorare un pago ordinario o decretado por autoridad competente

sufrirá suspensión de tres a seis meses y multa de dos a diez por ciento sobre la cantidad no satisfecha a beneficio de la parte damnificada” (Código Penal , 1863)

Incluso, García Navarro (2022) va más allá, al referir que la norma así recogida:

“se inspira en la figura penal española de la omisión de pago del tenedor de fondos prevista en el artículo 312 del Código Penal de 1848 y en el artículo 321 del Código Penal de 1850 (*el empleado público que debiendo hacer un pago como tenedor de fondos del Estado no lo hiciere*), reformula los alcances de la conducta típica y construye un modelo alternativo. No tipifica la omisión o la negativa, sino la demora de pago.” (pág. 1121)

Vale decir, si existe un origen remoto de esta conducta en la legislación penal peruana, si bien no estaba regulado en el código penal de 1924, si lo estaba en su predecesor, el código penal de 1863. Empero, más allá de esta aclaración histórica, el mismo García Navarro (2022), reconoce que el antecedente inmediato de la conducta analizada, la encontramos en el código penal argentino, “se debe al artículo 264 del Código Penal argentino de 1921, el mismo que solo agregó el adjetivo *injustificadamente* al viejo modelo alternativo peruano para resaltar el carácter injusto de la demora de pago” (pág. 1121)

En síntesis, si bien el antecedente inmediato de este delito lo encontramos en el artículo 264° del código penal argentino, no podemos obviar que esta figura tiene un antecedente mediato o remoto en nuestra legislación, precisamente,

en el artículo 198 del código penal de 1863, el que, dicho sea de paso, se inspiró en el código penal español.

Ahora bien, más allá de la existencia remota o inmediata de esta figura en nuestra legislación, es de resaltar que los tratadistas citados, si bien reconocen la existencia de este delito tanto en la legislación comparada, como en la legislación nacional, censuran la regulación de la misma, por no tener aplicación práctica en nuestra realidad jurídica, y por considerarlo una infracción de carácter administrativa; en tal sentido, no merece la vigilia o recelo del poder punitivo del Estado.

2.1.2.4.1. Bien jurídico protegido.

Conforme al hilo de razonamiento de Rojas Vargas (2021) y Salinas Siccha (2019), podemos advertir que el bien jurídico protegido en esta clase de delitos, tiene dos aristas: una *genérica* y otra *específica*; desde una perspectiva genérica, se advierte que el bien jurídico protegido viene a ser el normal y correcto funcionamiento de la administración pública, la misma que se extiende a todos los delitos de esta naturaleza, vale decir, aquellos tipos penales contenidos del artículo 382° al 401° del código penal peruano.

A su vez, la doctrina nacional es pacífica al sostener que el bien jurídico genérico tutelado por estos delitos, se constituye en el correcto y buen funcionamiento de la administración pública; sin embargo, para fines de determinar el bien jurídico específico vulnerado en cada tipo penal, corresponderá analizar cada uno de los tópicos constitutivos de estos delitos.

En ese sentido, desde una perspectiva específica, se advierte que el bien jurídico protegido, no será el mismo en el delito de peculado, colusión,

cohecho, retardo injustificado de pago, etc., en tal caso, dicho bien jurídico se constituirá de acuerdo al delito materia de análisis específico, por ejemplo: la legalidad, eficiencia, imparcialidad, transparencia, entre otros valores, serán parte de aquellos bienes jurídicos específicos, que se analizarán de acuerdo a cada uno de los tipos penales contenidos en el apartado de delitos funcionariales.

En esa línea de ideas, respecto al bien jurídico específico tutelado por el delito de retardo injustificado de pago, Salinas Siccha (2019) manifiesta que:

“De modo específico, consideramos que se pretende proteger la buena imagen de la administración pública, pues si el agente demora en forma arbitraria los pagos debidos, el beneficiario y los demás ciudadanos comienzan a referirse en malos términos respecto de la administración.” (pág. 512).

Creemos que el bien jurídico específico en el presente caso, no puede ser la buena o mala reputación de la administración pública, toda vez que, basar nuestro juicio solo en aspectos meramente subjetivos para determinar los alcances de protección de un bien jurídico, no resulta factible; tanto más que, el análisis para tal efecto, debe ir más allá de dichos aspectos, y centrarse más bien, en la existencia o no, de vulneración o amenaza de bienes jurídicos tutelados, conforme lo prescribe el principio de lesividad, siguiendo esta postura, García Navarro (2022) precisa que:

“no somos de la idea que el objeto específico sea la imagen o la reputación institucional de la entidad pública, en el sentido de no mostrarse ante la Sociedad como un omiso o incumplidor de deudas.

El objeto de protección penal no puede sostenerse en aspectos superfluos y abstractos de valoración subjetiva” (pág. 1122).

Para Rojas Vargas (2021), el objeto de tutela específico, se funda en aquella viabilidad o destino que se da al patrimonio estatal, a su vez, Carlos Creus (1990), citado en Rojas Vargas (2021), precisa que el bien jurídico específico, “es el normal desenvolvimiento de la esfera patrimonial del Estado, ya que, si bien no se cambia el destino de los bienes, se impide que los fondos cumplan el que tienen asignado administrativamente” (pág. 840).

En ese estado de cosas, al concluir que el bien jurídico específico se constituye en la afectación a las tareas, o funciones que tiene prevista la administración pública para los estos fondos estatales, viene a ser un contrasentido; puesto que, la idea así esbozada, es un componente característico del delito de malversación de fondos, mas no del retardo injustificado de pago.

Desde otra perspectiva, Arismendiz Amaya (2018) concluye que:

“el bien jurídico específico, resulta ser los intereses de los administrados, quienes aparecen afectados con la demora injustificada del acto funcional, situación que genera en el sujeto cualificado la infracción del deber de lealtad y probidad que le asiste a los funcionarios o servidores públicos” (pág. 547)

El hacer referencia a intereses particulares de los administrados, como bien jurídico específico, resulta siendo una falacia; toda vez que, la naturaleza jurídica *per se* de este delito, aunque suene tautológico, es cautelar la administración pública y su funcionamiento, no intereses particulares ni de

terceros; consecuentemente, salir de la esfera de protección de la administración pública y superponer intereses particulares, vacía de sentido a lo que se pretende amparar con este tipo de delitos.

En tal sentido, podemos aseverar que la doctrina nacional no es pacífica al determinar el bien jurídico específico en el delito in examine, dado que, algunos juristas lo confunden con el delito de malversación de fondos, otros levemente con los de peculado, e incluso otros ya hacen referencia a intereses particulares de los administrados o terceras personas, trastocando con ello, la esencia del bien jurídico tutelado.

Así pues, tomamos como premisa lo señalado por Abanto Vásquez (2003), para quien “el objeto del bien jurídico tutelado es aquí similar al del *abuso de autoridad*, es decir, la legalidad en el actuar funcional. También se destaca levemente el aspecto patrimonial en cuanto al destino específico (público o privado) que se da a fondos públicos” (pág. 391); siguiendo esta línea de razonamiento, consideramos que la legalidad funcional, y una correcta aplicación funcional de los fondos públicos, se constituyen en el bien jurídico específico tutelado.

2.1.2.4.2. Descripción legal.

El delito de retardo injustificado de pago y su correspondiente conducta típica, se encuentra regulado en el artículo 390° de la sección III, del capítulo II, del Título XVI, del libro II del vigente código penal peruano, que a la letra prescribe:

Art. 390.- Retardo injustificado de pago

“El funcionario o servidor público que, teniendo fondos expeditos, demora injustificadamente un pago ordinario o decretado por la autoridad competente, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.”

Conforme ya lo explicamos líneas arriba, creemos que esta figura se encuentra mal ubicada en nuestro catálogo penal, puesto que, a pesar de que exige vinculación funcional entre los fondos estatales y el funcionario o servidor público, ello no es suficiente para considerarlo como una forma de peculado, tanto más que, el tipo penal no exige el aprovechamiento particular de quien demora el pago, menos el beneficio a un tercero, incluso no existe perjuicio económico al patrimonio estatal.

Por otro lado, hay quienes consideran que, al existir un desorden presupuestal en las arcas del Estado, el delito materia de análisis correspondería a los tipos de malversación; sin embargo, el óbice en este caso, radica en que los delitos de malversación exigen la conversión del destino final de los caudales del Estado, lo que evidentemente no ocurre en el presente caso.

Ahora bien, conforme lo desarrollado, creemos que la conducta regulada en el art. 390°, al tener una clara connotación omisiva, debería estar ubicado en el apartado de los delitos de omisión de actos funcionales.

Finalmente, y al margen de la pésima ubicación de esta conducta en nuestro código penal, creemos que esta regulación, vulnera el principio de mínima intervención penal en sus dos vertientes (fragmentaria y subsidiaria), tanto más que, en el proceder así descrito, ni siquiera existe ánimo de lucro por parte del agente del delito, lo cual dicho sea de paso, es una nota peculiar de los delitos contra la administración pública; en ese estado de cosas, y

conforme lo seguiremos desarrollando, podremos evidenciar que este proceder se trata de una infracción administrativa, mas no penal.

2.1.2.4.3. Tipicidad objetiva.

a) Sujeto activo.

Será el funcionario o servidor público, en cuya competencia y/o facultad se encuentra el efectuar los pagos ordinarios o decretados por autoridad competente, es decir, estamos ante un delito especial, toda vez que, exige al autor, agente o sujeto activo del delito, tener una cualificación especial; por ende, no cualquier persona podrá materializar este ilícito penal, sino solo aquel que ostente la condición especial de funcionario o servidor público, y que además, tenga vinculación funcional con los caudales estatales para fines de realizar los pagos respectivos.

En esa línea de ideas, Arismendiz Amaya (2018), concluye que el retardo injustificado de pago resulta siendo un “delito especial propio, por cuanto, el tipo penal exige un agente delictual cualificado, esto es, funcionario o servidor público, en ese sentido, dicha condición especial, restringe el radio de autores y también fundamenta la punibilidad.” (pág. 544).

Por su parte, Abanto Vásquez (2003) precisa que, además de ser funcionario o servidor público con una determinada función específica, también se puede admitir como agente del delito a aquel funcionario que ostente un encargo eventual, que haya sido expresada por autoridad competente, o sea, no se exige que el funcionario o servidor público, tenga un vínculo laboral permanente con la administración pública; por consiguiente, también será

sujeto activo, aquel funcionario o servidor que tenga vínculo laboral temporal con la administración pública.

A su vez, Salinas Siccha (2019), hace hincapié en la importancia del vínculo funcional que debe existir, entre el funcionario o servidor público y, los fondos del Estado, señalando que:

“No es suficiente que el sujeto activo o autor del delito en análisis sea un funcionario o servidor público. A la vez que tiene tal condición o cualidad, por la misma redacción y construcción del tipo penal, es necesaria la concurrencia de un elemento adicional como es la relación funcional de este con los fondos públicos. Es decir, el agente debe tener la facultad y en otros casos el deber de hacer los pagos dentro de la Administración pública” (pág. 512-513).

Esto es, no solo se exige que el agente del delito cuente con vínculo o relación funcional con los recursos del Estado, sino también se requiere de la disponibilidad de éstos; consecuentemente, el funcionario o servidor público, no es un mero detentador o custodio de caudales estatales, por el contrario, es el llamado a dinamizar estos recursos haciendo efectivo los pagos respectivos.

Estando a ello, no podrán ser considerados como agentes delictuales, aquellos funcionarios o servidores públicos, que tengan bajo su resguardo, bienes en garantía, como son: los administradores o depositarios judiciales, en el entendido que, éstos tienen bajo su responsabilidad bienes que no poseen la condición de disponibilidad que exige el delito materia de análisis.

Desde una perspectiva de la teoría de infracción del deber, y el subsecuente quebrantamiento de roles funcionariales, García Navarro (2022) concluye que:

“El sujeto activo es el empleado público encargado de realizar los pagos o la cancelación de las deudas de la entidad pública a la que representa. El deber funcional de la asunción de deudas de la entidad pública es lo que se le exige al sujeto activo como expectativa institucional; su quebrantamiento fundamenta la punibilidad y hace del presente un delito de infracción de deber propio” (pág. 1123)

En suma, sujeto activo del delito solo será aquel funcionario o servidor público, que tenga la potestad administrativa de disponer caudales del Estado, solo para fines de realizar los pagos de aquellas deudas asumidas por la administración pública, tarea que se constituye en el deber funcional encomendado; por tanto, cuando el funcionario o servidor público, vulnere o transgreda ese deber especial, estará materializando el delito in examine, es por ello que también se le denomina como un delito de infracción de deber.

b) Sujeto pasivo.

El sujeto pasivo, como en todos los delitos de naturaleza funcional, viene a ser el Estado, toda vez que, éste es el titular de la administración pública.

En palabras de Reategui Sánchez (2017) el sujeto pasivo “lo es únicamente el Estado peruano, como titular de la actuación que se imparte en todo el seno de la Administración Pública” (pág. 663); a su vez, Arismendiz Amaya (2018) considera que “el Estado, resulta ser el único titular del bien jurídico tutelado, esto es, correcta *Administración Pública*” (pág. 545).

Por su parte, Salinas Siccha (2019) y Rojas Vargas (2021) puntualizan que, si bien el sujeto pasivo de este delito es el Estado, en virtud a ser el titular del bien jurídico protegido (Administración Pública), a su vez consideran que los terceros (particulares) beneficiarios de los pagos ordinarios o decretados, se constituyen en víctimas del delito, en el entendido que no reciben el pago que legítimamente les corresponde.

A criterio nuestro, otorgar a los particulares la calidad de agraviados o víctimas del delito, desdeña la naturaleza misma de los delitos funcionariales, toda vez que, debemos internalizar que el bien jurídico protegido, es decir, lo que se pretende tutelar con estos tipos penales, es la administración pública y su correcto funcionamiento, no el interés o intereses de terceros; en esa línea de razonamiento, García Navarro (2022) sostiene que:

“No creemos que tenga que atribuirle la condición de agraviado al acreedor de la deuda impaga por la entidad pública. No es de recibo sostener que la norma penal pretenda tutelar las acreencias de particulares; cuando el enfoque administrativo del bien jurídico protegido no lo permite. Aquí no se tutela el derecho a la cobranza, más aún si se entiende que la misma ya se ha realizado; y, de existir intereses o penalidades, la vía penal no es la más idónea para reclamarlas” (pág. 1125).

Comulgamos con lo expresado por Garcia Navarro, tanto mas que, el derecho de cobranza al que hace alusión, por parte del acreedor del Estado, bien podría ser demandado ante el fuero administrativo o en última instancia, en la vía civil, a través de una demanda de obligación de dar suma de dinero, y de

ese modo no recurrir a la vía penal. En consecuencia, sujeto pasivo de este delito solo será el Estado.

c) Comportamiento típico.

El hecho punible se materializa cuando el funcionario o servidor público, teniendo fondos expeditos, demora o retarda injustificadamente un pago ordinario o decretado por autoridad competente, en tal virtud, corresponde disgregar cada uno de los componentes materiales del tipo penal, que son los siguientes:

c.1) Fondos Expeditos.

Son aquellos recursos o caudales estatales propios de la administración pública, en palabras de Rojas Vargas (2021) “el término *fondos* alude a dinero. Estar los *fondos expeditos* implica que dichos caudales (dinero) se hallen en situación de disponibilidad inmediata para el pago en situación de suficiencia y, como dice Creus, en tiempo debido” (pág. 842).

Entonces, cuando nos referimos a *fondos*, hacemos alusión al dinero o efectivo que tiene la administración pública, y cuando indicamos el término *expeditos*, se entiende que dichos fondos o recursos estatales, están en situación de disponibilidad inmediata, esto implica que, como bien lo refiere Salinas Siccha (2019) “el agente, ya sea funcionario o servidor público, debe conocer y saber que tiene a su disposición caudales públicos (bienes o dinero) para cumplir con su obligación inmediata de hacer los pagos ordinarios o pagos decretados por autoridad competente” (pág. 510).

Por su parte, Abanto Vásquez (2003), amplía esta postura, refiriendo que:

“Los *fondos* son ciertamente sinónimo de *dinero*, pero también pueden incluir a otra forma de pago. P, ej. los *cheques*. El *estar expeditos* quiere decir que estén disponibles para efectuar el pago inmediato al beneficiario; no lo es cuando, aunque se encuentre en caja, tienen un destino prefijado diferente” (pág. 393).

En resumidas cuentas, los fondos expeditos son aquellos recursos (dinero, cheques u otros bienes con calidad cambiaria) disponibles, suficientes y destinados al pago de una deuda asumida por la administración pública, en palabras de Peña Cabrera Freyre (2021) “son aquellos que están legalmente destinados para la procura de dichos pagos” (pág. 508); en ese sentido, para la materialización de este delito, se necesita que los referidos pagos sean efectuados fuera del tiempo y los plazos establecidos, lo que nos lleva a analizar el siguiente tópico, la demora injustificada.

c.2) Demora injustificada.

En este extremo encontramos el núcleo duro de la conducta materia de análisis, el mismo que, consta de dos flancos de suma importancia.

En primer orden, se identifica a la palabra **Demora** como verbo rector de este delito, la misma que tiene variantes semánticas tales como: retardar, dilatar, diferir, postergar, detener, etc., asimismo, dicho verbo rector se constituye en el aspecto basilar sobre el cual se sostienen los demás elementos del tipo penal.

Así pues, para Salinas Siccha (2019) “demorar significa que el agente retarda el cumplimiento de su obligación de hacer los pagos requeridos pese a tener

conocimiento de que cuenta con fondos disponibles para tal efecto.” (pág. 511).

Por su parte, Rojas Vargas (2021) explica que, “demorar es tanto retrasar o dilatar arbitrariamente el cumplimiento del pago, sin que exista causa que lo justifique. Supone suspender en el tiempo una acción debida (el efectuar los pagos) como también efectuar el pago en momento posterior debido” (pág. 843).

En segundo orden, este tipo penal exige que la demora señalada, sea simultáneamente *injustificada*, en ese sentido, para que el verbo rector se cumpla a cabalidad, se requiere que no existan causas de justificación en cuanto a la demora del pago, como lo explica Salinas Siccha (2019) “este retardo a fin de configurar el delito en análisis tiene que ser injustificado, esto es, el agente actúa de esa manera sin justificación ni explicación razonable.” (pág. 511).

Lo injustificado para Rojas Vargas (2021):

“significa en sentido amplio que, existiendo fondos expeditos, no deba existir ninguna razón de hecho o legal (de las indicadas en el artículo 20 del Código Penal: fuerza mayor, caso fortuito, orden de autoridad competente, obediencia debida, disposición legal) que justifique la demora, pues, de existir la conducta o actitud del funcionario o servidor no constituiría delito” (pág. 844).

En ese estado de cosas, la demora injustificada viene a constituirse en el elemento central del tipo penal, toda vez que, si se determina que el sujeto cualificado no efectuó el pago dentro del plazo establecido, sin mediar causas

de justificación, dicho proceder se subsumirá dentro de los alcances de este delito.

Por tanto, se requiere de este elemento para la delimitación del reproche penal y su respectiva sanción, ratificando esta idea, Arismendiz Amaya (2018) explica que “el elemento rector para la delimitación del injusto penal y del reproche respectivamente, resultaría ser el accionar injustificado, caso contrario, si existe justificación, entonces la conducta respondería a una causa de atipicidad relativa” (pág. 546).

Ahora bien, para que se materialice la demora injustificada así desarrollada, se requiere también de la vulneración del plazo fijado por ley o por autoridad competente para realizar el pago, en mérito a ello, Reategui Sánchez (2017) manifiesta que se requiere de “un cumplimiento que esté sometido a un determinado plazo o al tiempo fijado por la autoridad competente, cuya inobservancia por parte del funcionario daría lugar al injusto penal” (pág. 664).

Con lo precedentemente anotado, se advierte que, la presencia o no de justificación, en el retardo o demora del pago, determinará la existencia de la comisión delictual o, contrario sensu, la atipicidad de la conducta. Cabe resaltar que, este aspecto, en la totalidad de los casos analizados en la presente investigación, no se encuentra presente, dado que, en la realidad fáctica estudiada, se advierte la existencia de justificación en la demora de pagos.

c.3) Pagos ordinarios o decretados por autoridad competente.

Respecto al pago referido en el tipo penal, el legislador ha distinguido entre pagos ordinarios y pagos decretados. Para Salinas Siccha (2019):

“Pagos ordinarios serán aquellos que el Estado efectúa habitual y periódicamente de acuerdo con su presupuesto u otra fijación previa, como, por ejemplo, sueldos o salarios a sus funcionarios o servidores. En cuanto a pagos decretados por autoridad competente, estos no son otros que los dispuestos por resolución especial de la autoridad en específicas relaciones jurídicas como pueden ser pagos a proveedores, pagos con certificados de obras, orden de pago dispuesto luego de un proceso judicial, etc” (pág. 512).

Por su parte, Reategui Sánchez (2017) precisa que:

“El pago ordinario es aquel que la administración está habitualmente dispuesta a efectuar en el marco de la realización normal de sus actividades. En otras palabras, son aquellos que las reparticiones públicas efectúan de forma regular y periódicamente de acuerdo con su presupuesto o fijación previa (sueldos y salarios). El pago decretado por la autoridad competente importa la expedición de una resolución administrativa o jurisdiccional, que obligue al funcionario a realizar el pago correspondiente, intimación que debe proceder de una autoridad legalmente competente, para exigir cualquier tipo de pago” (pág. 666).

En esa línea de razonamiento, García Navarro (2022), clasifica a estos pagos en:

“ordinarios (*pago ordinario*) y los extraordinarios (*decretado por la autoridad*). Los primeros son pagos habituales o regulares de deudas presupuestadas en forma ordinaria, es decir, los que la entidad pública periódicamente descarga con sus asignaciones preestablecidas (v.gr

sueldos, pensiones, impuestos). Los segundos son pagos de deudas extraordinarias, mejor dicho, los que la entidad pública debe cubrir por disposición de la autoridad competente (v. gr. Autoridad superior o un juez) o ante un requerimiento no previsible en la planificación periódica (v. gr., proveedores, adquisición de recursos. Se está ante pagos decretados por resolución especial” (pág. 1130).

La diferencia entre pagos ordinarios y decretados, radica en que, los primeros no requieren de la emisión de una decisión debidamente motivada por autoridad competente, pues se trata de pagos u obligaciones que se efectúan periódicamente, en tanto que, los segundos, si precisan de una resolución o documento que disponga el pago.

En suma, pagos ordinarios, serán aquellos que la administración pública efectúa de manera habitual, como es el caso de salarios o emolumentos de los trabajadores de una entidad pública; en tanto que, los pagos decretados por autoridad competente, son aquellos que precisan o requieren de la expedición de una resolución u otro documento análogo, debidamente motivado, que autorice el pago de obligaciones que no son habituales, como puede ser: pagos a proveedores, adquisición de bienes, órdenes de pago, etc.

2.1.2.4.4. Tipicidad subjetiva.

El retardo injustificado de pago es un delito de comisión eminentemente dolosa, ya que, el tipo penal exige que el agente deba actuar con conciencia y voluntad, es decir, tenga pleno conocimiento de realizar el pago respectivo, y a pesar de ello, retarde o demore en efectuarlo de manera injustificada; en ese sentido, Arismendiz Amaya (2018) puntualiza que este delito:

“resulta ser un delito de comisión dolosa, específicamente se necesita dolo directo en el sujeto cualificado, es decir, el funcionario o servidor público, actúa con conocimiento y voluntad. No es posible la modalidad culposa, por cuanto dicha modalidad tiene que ser expresa, conforme exige el artículo 12 del CP, situación que no opera en el delito materia de análisis” (pág. 548).

De la propia redacción del tipo penal, se advierte que se trata de una figura dolosa, dado que, nuestra legislación penal solo prevé como infracciones culposas, aquellas que estén así expresamente señaladas en la ley penal; caso contrario, se entiende que se trata de conductas evidentemente dolosas, como lo es el presente caso.

Bajo ese argumento, Salinas Siccha (2019) señala que “se trata de un delito de comisión dolosa, no cabe la comisión por culpa o negligencia de parte del agente.” (pág. 513); es decir, el agente, a pesar de tener conocimiento de la liquidez y disponibilidad necesaria para cancelar los pagos respectivos, voluntariamente decide retardarlos.

Para Peña-Cabrera Freyre (2021), la acriminación de este delito:

“está subordinado a la presencia del dolo, conciencia y voluntad de realización típica; el agente omite concretizar el pago exigido por la ley o por autoridad competente, pese a saber de estar obligado a ello. El aspecto cognitivo del dolo ha de abarcar todos los elementos constitutivos del tipo penal” (págs. 509-510).

Cuando se exige que el agente deba tener conocimiento de todos los elementos constitutivos del delito, estamos haciendo referencia a que sepa de

la liquidez y disponibilidad de los recursos estatales, y que no existan causas de justificación o situaciones de contingencia que podrían presentarse, que retrasen los pagos.

En esa línea de razonamiento, Reategui Sánchez (2017) afirma que “a parte del dolo, no necesita el injusto de la presencia de un elemento subjetivo de naturaleza trascendente, los motivos que hayan determinado al autor a no cumplir con la obligación pecuniaria, son a estos efectos intrascendentes” (pág. 667).

Es decir, si el agente actúa en mérito a un móvil económico, o por motivos de revancha o venganza en contra del beneficiario del pago, dichas motivaciones son irrelevantes para el caso, basta con que se demuestre el conocimiento que tenga el agente de los componentes del delito y retarde injustificadamente el pago, incluso si se llega a corroborar el móvil económico ya constituiría otro delito (peculado).

Ahora bien, conforme a la construcción del tipo penal, se advierte que el dolo que entra a calar en este delito, es el dolo directo; bajo ese considerando, Abanto Vásquez (2003) precisa que “el hecho de que el sujeto activo deba conocer el deber de efectuar el pago, el momento cuando debe hacerlo y la voluntad de demorarlo arbitrariamente, tiene como consecuencia que solamente pueda realizarse esto con dolo directo” (pág. 393).

En esa línea de argumentación, García Navarro (2022), señala que la imputación subjetiva solo recae en aquellos que retardan el pago de manera dolosa, por lo que, “el grado de exigencia de los conocimientos mínimos

aunado con la negativa al pago nos lleva a un dolo directo. No procede la imputación por el dolo eventual” (pág. 1132-1133).

Como es de verse, el retardo injustificado de pago, es una figura ciertamente dolosa, y, para que se materialice, se precisa que el agente tenga pleno conocimiento de todos sus componentes y/o elementos, estando a ello, solo se admitirá el dolo directo, descartando la presencia del dolo eventual.

2.1.2.4.5. Consumación y tentativa.

El delito materia de análisis se consuma cuando el agente, siempre funcionario o servidor público, demora o retarda injustificadamente la realización de un pago; además, para la materialización de este delito, el tipo penal prescribe que se debe hacer efectivo el pago necesariamente; en pocas palabras, recién con el pago tardío se advertirá la consumación del delito.

Al respecto, Arismendiz Amaya (2018) considera que “el tipo penal alcanza perfeccionamiento consumativo, en la medida que el sujeto cualificado, retarde o demore injustificadamente el pago ordinario o aquellos pagos decretados por la autoridad competente, todo ello, como consecuencia de la infracción de deberes especiales” (pág. 549).

Por su parte, Salinas Siccha (2019), refiere que este ilícito penal:

“se perfecciona al momento de verificar el retardo en la ejecución de los pagos requeridos pese a existir fondos públicos disponibles para tal efecto. Por la forma de construcción del tipo penal, se trata de un delito de comisión por omisión simple. El agente arbitrariamente omite cumplir con su obligación en el tiempo establecido.” (pág. 514)

Bajo esa premisa, Rojas Vargas (2021) explica que “estamos ante un delito de infracción de deber específico realizable solo omisivamente, esto es, con omisión simple o de desobediencia, que se consuma al producirse el retraso o demora injustificada. El pago debe producirse necesariamente, para configurar este delito.” (pág. 844).

En tal virtud, estamos ante una modalidad delictiva que tiene una naturaleza evidentemente omisiva, puesto que, se configura vulnerando un deber encomendado, esto es, quebrantar un deber de carácter penal; por tal razón, resulta factible sostener que no podrá estar presente la tentativa en ninguna de sus modalidades.

Desde otra perspectiva, García Navarro (2022) considera que la consumación formal de este delito:

“sucede en el instante mismo del vencimiento del plazo para el cumplimiento del pago de la deuda. Se señala que la consumación ocurre cuando transcurre el tiempo previsto y no se procede con el pago, ya que, vencido el plazo, en ese momento se da por consumado el delito.” (pág. 1134).

No compartimos esta última posición, ya que, si consideramos consumado al delito de retardo injustificado de pago, por el solo hecho del vencimiento del plazo respectivo, estaríamos confundiendo esta figura con el delito de Rehusamiento de entrega de dinero, regulado en el artículo 391° del C.P., en el cual precisamente no existe un pago; estando a ello, y observando la redacción del tipo penal in examine, consideramos que la consumación se dará necesariamente con el pago tardío.

2.1.2.4.6. Penalidad.

La pena privativa de libertad conminada prevista para el delito materia de análisis, es no menor de dos días, ni mayor de dos años; e igualmente, se prevé la pena de inhabilitación conforme a lo prescrito en los artículos 426 y 36 del código penal peruano.

En palabras del profesor García Navarro (2022):

“La pena por la demora injustificada del pago es doble y conjunta: i) la pena de privación de la libertad no menor de dos días ni mayor de dos años; ii) la pena de inhabilitación (...) conforme al artículo 426 y los numerales 1, 2, 4 y 8 del artículo 36 del Código Penal” (pág. 1137).

2.1.2.5. Consideraciones generales respecto a los delitos contra la administración pública.

2.1.2.5.1. Administración pública.

La administración pública viene es la forma más desarrollada y extendida del Estado, en palabras de Salinas Siccha (2019), “es el Estado jurídicamente organizado” (pág. 3); en tal sentido, el concepto de administración pública se encuentra inexorablemente ligado al derecho administrativo, de ahí que, será esta rama del derecho, la que dote de organización administrativa a todos los estamentos o entidades públicas, ya sea a través de leyes, reglamentos o directivas de corte administrativo.

Para Salinas Siccha (2019) la administración pública “es entendida como toda actividad o trabajo realizado por los funcionarios y servidores públicos, los mismos que se encargan de poner en funcionamiento al Estado, orientando

al cumplimiento de sus fines y funciones” (pág. 3), entiéndase que dichos fines, no son otros que alcanzar el interés general, y subsecuentemente, el bien común.

Estando a ello, la administración pública estará compuesta por aquel conjunto de entidades gubernamentales y agentes públicos (funcionarios o servidores públicos), que se encargan de poner en marcha todo el aparato administrativo estatal, con la finalidad de brindar y cubrir aquellas necesidades de la población, es por dicha razón que, su legitimidad la encontramos en el interés general y el bien común.

Siguiendo a Salinas Siccha (2019), podemos evidenciar que la administración pública tiene un doble sentido:

“Objetivamente, como el conjunto de actividades o trabajos realizados por los agentes o sujetos públicos y que constituye el desarrollo, el movimiento o la dinámica de la función misma. Y subjetivamente, se constituye en el orden de órganos estatales, lo que implica niveles, jerarquías, entidades, cargos, funciones, roles y oficios delimitados dentro de su competencia” (págs. 3-4).

La disgregación así desarrollada, nos permite entender de manera didáctica, aquellos componentes de la administración pública, que coadyuvan a comprender este concepto desde una óptica del derecho penal.

Desde una perspectiva objetiva o teleológica, Rojas Vargas (2021), explica que la administración pública:

“viene a constituirse en el mecanismo puente entre el Estado y la sociedad civil, entre las formas y el contenido humano de los países.

Su existencia jurídica, en dicha perspectiva, solo cobra legitimidad social en la medida que se identifique con su cometido y destino: el servicio a la sociedad y a los ciudadanos, bajo estándares de igualdad, eficacia, sometimiento al ordenamiento jurídico y reafirmación del derecho de los seres humanos a convivir e interactuar en condiciones de racionalidad y dignidad” (págs. 43-44).

Por su parte, desde una perspectiva más holística, Arismendiz Amaya (2018) define a la administración pública, considerando tres factores:

“en primer lugar, partiendo de la idea de una sociedad debidamente organizada en *expectativas sociales* las cuales surgen producto del accionar gregario del *ser humano*, sin embargo, dichas expectativas no pueden subsistir de manera anárquica, por lo tanto, se tiene que considerar el factor político, esto es, el escenario de *gobierno* que necesita toda sociedad.

En segundo lugar, consideramos que la funcionalidad u operatividad de una sociedad se manifiesta bajo las reglas de un constante proceso de *comunicación* es decir, el desarrollo y éxito de un sistema social dependerá en gran manera de la claridad de cómo se transmite los componentes encargados de operatividad, siendo así, a nuestro modo existen dos componentes responsables de concretizar la funcionalidad u operatividad de una sociedad, el primero denominado *estructura* y el segundo *agentes operativos*.

En tercer lugar, podemos concluir, que la administración pública deberá ser entendida, para fines del derecho penal, bajo un concepto

amplio, por lo tanto, administración pública resulta ser una estructura creada por un sistema social políticamente organizado, la misma que se encuentra diseñada por criterios de *competencia y organización*” (págs. 49-50).

En definitiva, la administración pública, se constituye en aquel sistema dinámico, encaminado a participar activamente en la vida social de los ciudadanos, en ese sentido, a través de una correcta aplicación de ésta, se garantizará los fines y funciones, como es el bienestar común; tanto más que, dicho concepto establece relaciones entre las propias entidades y los ciudadanos, permitiendo así una convivencia social armoniosa.

2.1.2.5.2. Corrupción y administración pública.

El término corrupción, a decir de Rodríguez Collao (2004), etimológicamente “proviene del latín *corruptio*, - *ōnis*, y éste, a su vez de *corrumpere*, locución verbal que se compone de *com* (juntos) y *rumpere* (romper)” (pág. 341); de igual manera, la Real Academia Española, precisa que esta dicción proviene del referido término latino, y lo define hasta en tres acepciones:

“1.- acción y efecto de corromper o corromperse; 2.- Deterioro de valores, usos o costumbres, y; 3.- En las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización indebida o ilícita de las funciones de aquellas en provechos de sus gestores” (RAE).

Si bien las tres acepciones son importantes para entender el fenómeno de la corrupción; es la tercera de ellas la que nos interesa, toda vez que, ésta hace alusión a aquella corrupción institucional, la cual solo puede ser cometida por

funcionarios o servidores públicos, que, haciendo mal uso de su poder o influencia, perturban la correcta marcha de la administración pública, velando por sus intereses particulares y perjudicando los fines de la administración.

Por otro lado, según el glosario de términos de Transparency International (2009), la corrupción “consiste en el abuso de poder para beneficio propio” (pág. 14); bajo esta premisa, Vilchez Chinchayan (2020) considera que la corrupción tiene dos componentes:

“abuso de una posición de poder y la consecución de una ventaja patrimonial. Por eso, podría definir la corrupción como una defraudación de un compromiso (estar investido de potestades públicas) que una persona voluntariamente ha asumido para decidir a favor de la comunidad y que, sin embargo, convierte en una fuente de ingreso privado.” (págs. 46 - 47)

En tal virtud, se entenderán como delitos de corrupción pública, aquellos donde el agente delictual se sirva de su cargo vulnerando sus deberes y obteniendo un beneficio propio o para terceros, lo que dicho sea de paso, no sucede en el delito de retardo injustificado de pago, toda vez que, en este caso el funcionario o servidor público no obtiene el referido beneficio, contrario sensu, el beneficio lo obtendría la administración pública por aquella deuda impaga.

Sin perjuicio de ello, no podemos soslayar que la corrupción, en efecto, está presente en la administración pública, incluso hay quienes postulan que este fenómeno se institucionalizó en todas las agencias públicas, y por ello, consideran como única solución al derecho penal y sus sanciones; sin

embargo, creemos que este problema no solo se solucionará con la intervención del derecho penal; toda vez que, la corrupción es un problema endémico de valores ciudadanos, v. gr., desde permitir que un allegado ingrese a la cola del banco hasta las más nefastas conductas colusorias de la delincuencia organizada de “los cuellos blancos”, todas estas conductas tienen el mismo génesis, los valores ético-morales de la ciudadanía.

En consecuencia, la corrupción, como fenómeno socio-jurídico va más allá de la perspectiva etimológica y sintáctica que se le otorga; tanto más que, en la realidad peruana, la presencia de la denominada corrupción institucional se hace cada vez más férrea y severa.

Estando a ello, para fines de derrotar a la corrupción, el primer obstáculo que deberá sortear el Estado, será brindar un servicio educativo de calidad a la ciudadanía, ya que, en ese proceso de formación de los nuevos ciudadanos, es donde entrará a calar las dos primeras acepciones de la corrupción postuladas por la RAE, en tal virtud, debemos evitar el resquebrajamiento de valores ético-morales de los ciudadanos, de ese modo, evitar la normalización de aplicación de sanciones penales, reservando estas últimas para casos que sean estrictamente necesarios.

2.1.2.5.3. Administración pública y derecho penal.

En primer orden, debemos aclarar que la administración pública como tal, cuenta con sus propios organismos contralores, los cuales se hallan dotados de reglamentos, directivas o procedimientos, destinados a su correcto funcionamiento; en ese sentido, el derecho penal y las sanciones que prevé, deberán entrar a cautelar la administración pública, siempre y cuando los

primeros mecanismos de control hayan fracasado o existan otros que puedan superarlos; consecuentemente, no resulta plausible normalizar la aplicación del derecho penal para la protección de toda conducta que vulnere la administración pública, máxime, si se tiene en cuenta la naturaleza subsidiaria y fragmentaria del derecho penal.

Bajo ese considerando, Rojas Vargas (2021), refiere que el derecho penal es el:

“último recurso aplicable cuando la gravedad del hecho resulta intolerable para la administración estatal e importe presencia de actuación dolosa. La fragmentariedad y *ultima ratio* del Derecho Penal rige tanto para delitos comunes como para los especiales por la calidad de autor y función.” (pág. 46)

En tal sentido, resulta válido preguntarnos ¿el derecho penal realmente protege a la administración pública?, al respecto y al igual que en la mayoría de los delitos, se advierte que el problema radica en las altas expectativas que se coloca en el derecho penal y sus sanciones, como dice Rojas Vargas (2021), “debe quedar claro que el Derecho Penal no es un medio *ex profeso* para evitar delitos o componer procesos de lesividad material.” (pág. 47), tanto más que, la función concreta del derecho penal es: i) prevenir la comisión de delitos y faltas mediante la prevención general y ii) aplicar las sanciones penales; que no se entienda entonces que, recurrir el derecho penal implica una corrección de rumbo de la organización social; en suma, se concibe erradamente al derecho penal como “el salvavidas por antonomasia” de la organización social, cuando en realidad es el último recurso al cual se debe recurrir.

Al igual que en la medicina, cuando consumimos medicamentos sin prescripción, y nos automedicamos a discreción con determinadas pastillas o comprimidos, provocamos paulatinamente que nuestro organismo se haga inmune a estos medicamentos, en consecuencia, requerimos de farmacéuticos más complejos y con efectos más severos, que a la larga terminarán por minar nuestra salud; lo mismo ocurre en el plano jurídico, con la intención que tienen los legisladores de recurrir al derecho penal para regular todo tipo de conductas, y la falsa convicción de que, incrementando las figuras delictivas e implementando sanciones más severas, se restituirá el orden social; lo cual no es siquiera tolerable, pues se trata de recurrir a un punitivismo propio del derecho penal del enemigo, y el expansionismo penal.

En síntesis, la irrupción del contenido del derecho penal en la administración pública, no se debe tomar como la *prima ratio*; por consiguiente, “el alcance del ámbito jurídico-penal no debe guiarse por un criterio minimalista *per se*, sino, más bien, debe atender preferentemente un criterio de necesidad de protección penal” (Heredia Muñoz, 2022); consecuentemente, es el legislador, en primer lugar, el llamado a determinar ese criterio razonable de protección penal que deben tener ciertos bienes jurídicos; y, serán los jueces y fiscales, en segundo lugar, los llamados a aplicar el referido criterio razonable.

2.1.2.5.4. La administración pública como bien jurídico tutelado.

Conforme a lo desarrollado, el bien jurídico protegido en los delitos de esta naturaleza, no es la administración pública *per se*, sino más bien, lo que se tutela, es la correcta marcha o funcionamiento de la misma.

En esa línea de razonamiento, Salinas Siccha (2019) precisa que:

“El normal y correcto funcionamiento de la Administración pública se constituye en el bien jurídico protegido general que se pretende cautelar con cualquiera de las fórmulas legislativas, que regulan las conductas delictivas recogidas en el catálogo penal. No obstante, cada una de las conductas delictivas buscan proteger un bien jurídico más específico” (pág. 6).

Es decir, se advierte en este tópico que existen dos aristas del bien jurídico tutelado: i) desde una perspectiva genérica se tiene como bien jurídico al normal y correcto funcionamiento de la administración pública, y, ii) desde una perspectiva específica, serán los valores vulnerados por todos y cada uno de los tipos penales previstos en el apartado de delitos funcionariales.

Así, el tratadista Rojas Vargas (2021), señala que:

“El contenido material del bien jurídico *Administración Pública* supone la confluencia de números intereses vitales que el Derecho Penal protege preventiva y sancionatoriamente, y que determina la totalidad tutelable. Obviamente, que también el derecho administrativo brinda una previa y liminar protección, jugando aquí el Derecho Penal un rol subsidiario, sobre todo en comportamientos de estricto fondo administrativo. Intereses y valores vitales como la regularidad (continuidad) y desenvolvimiento normal de tal ejercicio, el prestigio y la dignidad de la función, el correcto uso del patrimonio público, la probidad en el desempeño funcional de los funcionarios y servidores públicos, la objetividad e imparcialidad en los procedimientos y decisiones, etc. Esta singular disgregación en objetos específicos, con vinculación institucional de protección, le confieren a la Administración

Pública, en tanto bien jurídico-penal, su carácter supraindividual, lo que motiva que cada vez que se señale el bien jurídico genérico *correcto funcionamiento de la Administración Pública* se tenga que precisar acto seguido el objeto específico de tutela vulnerado o puesto en peligro” (pág. 52).

Por su parte, Arismendiz Amaya (2018) considera la existencia de dos dimensiones vinculadas al bien jurídico protegido:

“La primera dimensión, respecto a un escenario genérico, esto es, la presencia de una “expectativa social” vinculada a una sociedad políticamente organizada, a través de sus órganos de gobierno, comprometidos a garantizar el normal funcionamiento de las diversas instituciones estatales avocadas a brindar un servicio público para con las personas registradas en sociedad, por lo tanto, la defraudación a dicha expectativa social, en la medida que trascienda el escenario administrativo, evidenciaría un hecho social con contenido penal. La segunda dimensión, respecto al criterio singular o específico, implicaría la existencia de una *Expectativa social* vinculada a los *deberes especiales* atribuidos a *sujetos cualificados* cuyo accionar estará determinado por *instituciones positivas*, por lo tanto, la defraudación de dichas expectativas sociales manifiestas en la infracción de un *rol especial* evidenciaría un hecho social con contenido penal” (págs. 51-52).

Para Abanto Vásquez (2003):

“lo que interesa proteger es el *normal funcionamiento de los órganos de gobierno, la regularidad funcional de los órganos del Estado o el correcto funcionamiento de la Administración Pública*. Esta última es la tesis más acorde con el concepto de Estado social y democrático de Derecho en el cual debe enmarcarse también el Derecho Penal. Entonces, no se trata de proteger a la Administración *per se*, ni a su prestigio o dignidad, sino a la actividad pública en cuanto constituya *los servicios que los distintos poderes del Estado prestan a los ciudadanos en el marco de un Estado social y democrático de Derecho*” (pág. 16)

A su vez, Chanjan Documet (2017) considera que:

“El *correcto funcionamiento de la Administración Pública* constituye el *bien jurídico general o bien jurídico mediato* en todas las figuras de los delitos funcionariales vinculadas a la corrupción pública. Este *bien jurídico general* se debe concretar en un *bien jurídico específico o bien jurídico inmediato* que constituirá el auténtico objeto de protección de cada figura delictiva. El *correcto funcionamiento de la administración pública* no constituye el criterio de determinación del desvalor de resultado del injusto penal ni contribuye a realizar una función hermenéutica del tipo penal, sino que solo es una *ratio legis* o razón político-criminal de la incriminación penal de ciertas irregularidades funcionariales” (pag. 147)

En suma, la administración pública como bien jurídico protegido, va mas allá de una noción individual, al ser el Estado su titular, se entiende que el bien jurídico, es supraindividual; conforme ya lo precisamos, la administración pública tiene sus propios organos de control encargados de velar por su

correcto funcionamiento, solamente cuando éstos resulten insuficientes, entrará a calar el derecho penal y sus sanciones.

2.1.2.5.5. Concepto de funcionario y servidor público.

La administración pública, y todo sistema administrativo organizado en general, requiere de agentes (personas naturales o físicas), que posibiliten el funcionamiento de estos sistemas organizados, y subsecuentemente, el logro de sus fines; estando a ello, la administración pública requerirá de la presencia de agentes estatales, como son, los funcionarios y servidores públicos.

a) Funcionario público.

Rojas Vargas (2021), define al funcionario público como:

“aquella persona física que, prestando sus servicios al Estado, se halla especialmente ligada a este (por nombramiento, delegación o elección popular) y que premunido de poder de decisión determina en forma expresa o ejecuta su voluntad a través del desarrollo de actos de naturaleza diversa que tienden a fines de interés social o estatal.” (pág. 73).

En esa línea de ideas, Salinas Siccha (2019) lo define como “aquella persona natural o física con poder de planificación y decisión que presta servicios o trabaja para el Estado. Su poder de decisión y de representación, en forma expresa, determina o ejecuta la voluntad estatal” (pág. 10); de tal manera que, funcionario público será aquel que planifique y decida los objetivos y/o metas trazadas de la administración pública, en buena cuenta, destaca el poder de decisión que posee el funcionario público.

Para Cervantes Anaya (2009), funcionario público será:

“aquella persona que en mérito a una designación especial y legal como consecuencia de un nombramiento o de una elección y de manera continua, bajo normas y condiciones determinadas en una delimitada esfera de competencia, ejecuta la voluntad del Estado en virtud de un fin público” (pág. 145).

Por su parte, y desde una perspectiva del derecho administrativo, Arismendiz Amaya (2018) explica que, funcionario público:

“deberá ser una persona natural mayor de edad, portadora de un título (por elección popular, nombramiento o mandato legal), el cual deberá estar habilitado por autoridad competente en el ejercicio de sus funciones, todo ello con la finalidad de ejercer un cargo en representación del Estado, con la finalidad de viabilizar la función pública” (pág. 57)

Asimismo, los funcionarios públicos son los llamados a ejercer autoridad en la gestión pública, tanto más que, son ellos quienes ejercen el referido poder de decisión, el cual implica, dirección, orientación o conducción de la administración pública; incluso, como personas naturales, encarnan a determinados órganos o entes estatales; consecuentemente, las decisiones que adopten, serán la traducción de la voluntad del Estado.

En pocas palabras, funcionario público, será aquella persona natural, que en virtud a un mandato legal (nombramiento o elección popular), y premunido de poder de decisión dentro de la administración pública, expresa la voluntad del Estado.

b) Servidor público.

También llamado *empleado público*, es aquella persona natural que presta servicios técnicos o profesionales a la administración pública, y, a diferencia del funcionario público, no cuenta con poder decisión.

Para Salinas Siccha (2019) servidor público es:

“aquella persona natural que también presta sus servicios al Estado, pero sin poder de planificación y decisión sobre la institución en la cual labora. Es trabajador estatal sin mando que brinda al Estado sus conocimientos técnicos y profesionales en tareas o misiones de integración o facilitación de la que realizan los funcionarios públicos en el cumplimiento del objetivo de la administración pública: lograr el bien común. El servidor o empleado público siempre está en relación de subordinación frente a los funcionarios. Su misión consiste en realizar diariamente las tareas que le asignan, cumpliendo órdenes que les transmiten sus superiores quienes normalmente son los funcionarios públicos” (pág. 12).

Por su parte, Rojas Vargas (2021), precisa que:

“el servidor no representa al Estado, trabaja para él, pero no expresa su voluntad, el empleado o servidor público es agente sin mando, que brinda al Estado sus datos técnicos, profesionales o paraprofesionales para tareas o misiones de integración y facilitación de los funcionarios públicos. En definitiva, un empleado no ejerce función pública y se halla en situación de subordinación en relación a los funcionarios” (pág. 78).

A su vez, Cervantes Anaya (2009) señala que servidor público aquella “persona técnica o profesional que presta su actividad para la realización de los fines de interés público, cumpliéndolos de hecho o ayudando a su realización, a cambio de ciertos derechos exigibles a la administración” (pág. 146).

En ese estado de cosas, servidor público será aquella persona natural que preste sus servicios profesionales o técnicos en favor de la administración, además, dicho agente estatal no tiene poder de decisión, y se encuentra en relación de subordinación frente a los funcionarios públicos.

2.1.2.5.6. Autoría y participación en los delitos de corrupción de funcionarios.

De la revisión de las fórmulas legislativas y/o tipos penales previstos en el código penal peruano, se advierte una clasificación bifronte de los mismos; en tal sentido, nuestro catálogo penal prevé la existencia de dos tipos de delitos: los comunes o de dominio, y aquellos especiales o de infracción de deber; consecuentemente, para fines de determinar autoría y participación podrá recurrirse a teorías como: del dominio del hecho y de la infracción de deber.

En ese estado de cosas, conviene establecer diferencias bien marcadas respecto de ambas teorías, conforme al siguiente cuadro:

Teoría del dominio del hecho	Teoría de la infracción del deber
Cualquier ciudadano puede ser autor del delito	Solo pueden ser autores de estos delitos funcionarios o servidores públicos

No requiere de un vínculo especial con el bien jurídico protegido	Precisa de un vínculo especial con el bien jurídico protegido (deber de carácter penal)
Tiene el dominio del hecho descrito en el tipo penal	Solo vulnera un deber funcional

Fuente: elaboración propia

Es precisamente en el apartado de delitos especiales, donde encontramos aquellas infracciones penales contra la administración pública, decimos que se tratan de delitos especiales, no solo por la cualificación especial que debe revestir el agente (funcionario o servidor público); sino también porque este infringe o vulnera un deber encomendado de carácter penal.

En ese orden de cosas, y con el propósito de determinar la autoría y participación en esta clase de delitos, Salinas Siccha (2019) explica que, solo se debe tomar en cuenta la teoría de la infracción del deber propuesta por Claus Roxin, en tal virtud:

“responde como autor de un delito funcional quien interviene en la comisión del delito infringiendo un deber especial de carácter penal, y responderá en calidad de cómplice quien también participa en la comisión del delito, pero sin infringir deber especial alguno simplemente porque no es portador de él.” (pág. 533).

En tal sentido, solo será autor, aquel funcionario o servidor público que vulnere o quebrante el deber especial de carácter penal que le ha sido encomendado, y aquel que coadyuve en la comisión de esta clase de delitos, sin infringir deber especial alguno, solo será cómplice.

Con lo anotado, podemos colegir que la teoría que permitirá entender la autoría y participación en los delitos contra la administración pública, solo será la de infracción de deber, cabe precisar que dicha teoría no admite la coautoría, en el entendido que los deberes funcionariales son personalísimos, tampoco admite la complicidad primaria y secundaria, toda vez que éstas son notas características de la teoría del dominio del hecho, en consecuencia, solo admite la complicidad única.

2.1.2.5.6.1. La teoría de la infracción del deber.

La teoría de los delitos de infracción de deber, a decir de Salinas Siccha (2021) tienen hasta tres criterios “planteados por Roxin, Jakobs y, en menor medida, Schünemann” (pág. 532); en ese sentido, para este tratadista, los planteamientos de Jakobs y Schünemann, resultan siendo incompletos o limitados para fines de determinar la autoría o participación en los delitos funcionariales; puesto que, mientras Jakobs solo exige el incumplimiento de un deber funcional, sin tomar en cuenta los otros elementos objetivos y subjetivos que pueda presentar un determinado tipo penal; Schünemann, polariza su postulados, confundiendo la concepción de la infracción de deber, con la teoría del dominio del hecho.

En ese sentido, y compartiendo la postura de Salinas Siccha (2021), creemos que el criterio que se debe aplicar para la determinación de autoría y participación en los delitos funcionariales, viene a ser el criterio de Claus Roxin, postura que se resume en lo siguiente:

“responde como autor de un delito funcional quien interviene en la comisión del delito infringiendo un deber especial de carácter penal, y

responderá en calidad de cómplice quien también participa en la comisión del delito, pero sin infringir deber especial alguno simplemente porque no es portador de él.” (pág. 533).

En esa línea de ideas y afianzando esta idea fuerza, desde la perspectiva de Roxin, Salinas Siccha (2021) señala que:

“es irrelevante el criterio del dominio del hecho debe sostenerse que no es posible la categoría dogmática de la coautoría. En efecto, no es posible jurídicamente que varios obligados especiales lesionen conjuntamente un deber de carácter penal conjunto. No existen deberes o principios conjuntos, ni menos deberes comunes. Los deberes o principios que se imponen a determinadas personas son siempre individuales y personalísimos” (pág. 533).

En conclusión, no podemos aseverar que existen deberes funcionariales compartidos, solo existen deberes personalísimos, es por ello que no se puede admitir la coautoría o la autoría mediata; en el caso del delito de retardo injustificado de pago, el deber funcional encomendado sería el de mantener la legalidad y dar viabilidad a los caudales del Estado para realizar los pagos respectivos, por consiguiente, solo cuando se transgreda el deber funcional se materializará este delito.

2.1.2.6. La responsabilidad por actos u omisiones de funcionarios o servidores públicos.

La responsabilidad que pueden acarrear las conductas de los funcionarios o servidores públicos, puede darse hasta en cuatro niveles, que son: la responsabilidad política, administrativa, civil y penal.

a) Responsabilidad política.

Esta modalidad de responsabilidad sobre todo recae sobre funcionarios de primer nivel y aquellos que ocupan cargos netamente políticos, en palabras de Rojas Vargas (2021):

“Se trata de la responsabilidad de los gobernantes, es decir, de quienes ocupan las altas esferas del poder político y que están obligados a responder por sus actos, no pudiendo escudarse en las garantías de la no autoincriminación o la presunción de inocencia. El fundamento de esta responsabilidad radica en el principio democrático de la soberanía popular y de la buena gobernanza, que sustentan el deber de rendición de cuentas.” (pág. 88)

En tal sentido, la responsabilidad política, a diferencia de la penal, e incluso de la administrativa y civil, no está revestida de las garantías procesales, como pueden ser: presunción de inocencia, fragmentariedad, subsidiariedad, lesividad, etc.; consecuentemente, al no contar con dichas garantías, definir legalmente la naturaleza de las infracciones políticas, se constituye en una tarea difusa para quienes pretenden atribuir esta clase de responsabilidad; asimismo, no se prevé la imposición de penas privativas de libertad, sino otro tipo de sanciones más benignas, como pueden ser: la pérdida de confianza, destituciones o inhabilitaciones.

En el Perú, el órgano encargado de someter a procesamiento por incurrir en responsabilidad política, a aquellos altos funcionarios consignados en el artículo 99° de la Constitución Política, es el Congreso de la República.

b) Responsabilidad administrativa.

Se verifica esta clase de responsabilidad, cuando el funcionario o servidor público, vulnerando el ordenamiento administrativo respectivo, transgrede sus deberes y/u obligaciones administrativas, proceder que desemboca en la imposición de una sanción disciplinaria, luego de la sustanciación del respectivo procedimiento administrativo sancionador; conforme lo explica Rojas Vargas (2021), es la vulneración a “un marco reglado de deberes” (pág. 92), precisando que los deberes infringidos aquí son de naturaleza administrativa, mas no penal.

En palabras de Rojas Vargas (2021), estos procedimientos “se hallan rodeados de un relativo, y en otros casos aceptable rango de garantías propias del debido proceso (principios de legalidad, irretroactividad, culpabilidad, *non reformatio in peius*, *ne bis in idem*, proporcionalidad de sanciones)” (pág.92); por consiguiente, lo que busca el régimen disciplinario de la administración pública, no es solo sancionar a los funcionarios o servidores públicos, sino más bien, garantizar el buen funcionamiento interno de la entidad pública.

Por último, debemos aclarar que esta responsabilidad se da a partir de faltas leves, moderadas o graves, las cuales estarán precisadas de acuerdo al régimen disciplinario de la entidad pública; en ese estado de cosas, creemos que la conducta regulada en el artículo 390° del C.P., bien podría alcanzar, como una primera opción, esta responsabilidad.

c) Responsabilidad civil.

La responsabilidad civil o patrimonial, es la obligación que tiene una persona natural o jurídica (o incluso la administración pública), de reparar y/o compensar los daños o perjuicios que pudo haber ocasionado en perjuicio de otra persona, esta se efectúa por lo general a través del pago de una indemnización.

Siguiendo a Rojas Vargas (2021), concluye que:

“A la ya conocida tesis de la responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados por negligencia o culpa en forma antijurídica (responsabilidad extracontractual) por los funcionarios en el ejercicio de sus funciones, se agrega ahora la de la obligación indemnizatoria del Estado por los daños generados en el ejercicio legítimo de funciones, es decir, incluso por acciones lícitas; asunto este último de reciente data (segunda mitad del siglo XX) y que rompe con la injusta tesis de la irresponsabilidad del Estado” (págs. 90-91)

Con lo precisado, es evidente que el Estado responde civilmente por las acciones que realicen sus agentes públicos (funcionarios o servidores) en el ejercicio de sus funciones; consecuentemente, y como segunda opción, el perjudicado por el pago tardío, bien podría reclamar su pago en la vía civil con la debida llamada de atención, sin la penosa necesidad de recurrir al derecho penal.

d) Responsabilidad penal.

La responsabilidad penal es la más grave que existe dentro de una organización social, toda vez que, conlleva la imposición de sanciones

penales ominosas, como son, las privativas de libertad, cabe señalar que, se debe corroborar la misma luego de la sustanciación de un proceso penal con todas las garantías de ley, precisando que las sanciones penales se deberán aplicar de manera excepcional o especialísima, por el carácter subsidiario del derecho penal.

En ese sentido, respecto a los funcionarios o servidores públicos, Rojas Vargas (2021) explica que estos “responden, generalmente, a nivel administrativo, en pocas ocasiones en lo civil, y solo en el caso de que concurran los requisitos establecidos en los tipos penales y normas procesales, a nivel penal.” (pág. 93), es decir, solo cuando concurran las exigencias objetivas, subjetivas y normativas de los tipos penales podrá aplicarse las sanciones previstas por el derecho penal. Bajo esta premisa, creemos que la conducta regulada en el delito materia de análisis solo alcanzaría a una responsabilidad administrativa o incluso civil, pero de ninguna manera responsabilidad penal.

Ahora bien, los niveles de responsabilidades desarrollados, se pueden aplicar de manera conjunta o también de forma independiente; sin embargo, respecto de la responsabilidad administrativa y penal, Rojas Vargas (2021), establece que:

“las fronteras entre la responsabilidad administrativa y penal están delimitadas sobre la base de algunos indicadores de referencia: 1) la relevancia de las infracciones (nivel mínimo o apreciable de ilicitud); 2) la concurrencia o no del dolo; y 3) en función de lo que determinen las normas y reglamentos de cada entidad estatal, donde los órganos de control del Estado hacen la valoración pertinente.” (pág. 94)

Vale decir, si no se presentan estos indicadores, no podemos referirnos de manera tajante a la presencia de conducta delictiva, y mucho menos a responsabilidad penal; empero, de acuerdo al análisis desarrollado, en el caso del delito de retardo injustificado de pago, si podremos referirnos a responsabilidad administrativa o incluso responsabilidad civil.

e) Suficiencia del control administrativo y/o civil.

Estando a lo señalado precedentemente, resulta pertinente señalar que en este caso resulta siendo proporcional la imposición de sanciones administrativas tales como: amonestación, suspensión o destitución, pues conforme se ha desarrollado, en el presente caso ni siquiera se estaría afectando la “cosa pública”, pues lo que persigue la conducta regulada en el 390° es efectivizar un pago en favor de un particular; por tanto, ni siquiera se afecta el patrimonio del Estado; estando a ello, corresponde al derecho administrativo sancionador tramitar esta clase de conductas; tanto más que este tipo de sanciones buscan reponer y/o proteger la organización de la administración pública.

Por otro lado, si se busca resarcir el daño patrimonial causado a un particular, bien también podría recurrirse a la vía civil mediante una demanda de obligación de dar suma de dinero, conforme ya fue explicado.

2.1.2.7. La política criminal en los delitos contra la administración pública. Una breve mirada al funcionalismo moderado.

2.1.2.7.1. El funcionalismo.

El funcionalismo generó nuevos conceptos, reubicó nociones anteriores, y replanteó categorías dogmáticas del sistema penal, así, en palabras de Villa

Stein (2009) “se orienta por los aspectos político criminales que demanda la sociedad como agregado humano plural, en movimiento, en devenir” (pág. 24); es decir, se busca que el derecho penal sea funcional y vaya de la mano con los fines sociales, tanto más que, estos no son etéreos, por el contrario, son cambiantes y mutables.

Esta teoría tiene dos vertientes: el *funcionalismo moderado* desarrollado por Roxin y el *funcionalismo radical o normativista* propuesto por Jakobs; en ese este punto, tomamos en cuenta los postulados del funcionalismo moderado, toda vez que, dicha perspectiva busca adecuar los fines y las funciones de la pena desde una orientación político criminal garantista, en tal sentido, la política criminal se deberá aplicar desde una perspectiva valorativista e incluso utilitarista, bajo esa perspectiva, recién podremos asegurar que los presupuestos de punibilidad están orientados a los fines del derecho penal.

2.1.2.7.2. Funcionalismo moderado.

Esta corriente propone afianzar una política criminal valorativa y funcional, procurando con ello que, la regulación de conductas recogidas en el código penal sea acordes a un sistema penal garantista, solo así podremos concluir que la legislación penal es coherente con la realidad social de un determinado Estado.

En esa línea de razonamiento, el funcionalismo moderado le otorga una preponderante importancia a las valoraciones jurídicas, las mismas que deberá tener en cuenta el legislador, al momento de seleccionar determinadas conductas como punibles, tanto más que, éstas a la postre coadyuvaran a los fines de prevención general y especial; consecuentemente, no solo se trata

de imponer sanciones o limitar derechos y libertades a libre albedrío del legislador, sino todo lo contrario, se debe tomar en cuenta el aspecto valorativista de los bienes jurídicos, a través del carácter fragmentario y subsidiario del derecho penal; vale decir, se tomará en cuenta solo aquellos bienes jurídicos de mayor relevancia, para fines de que puedan ser pasibles de protección por parte del derecho penal; caso contrario estaríamos aproximándonos a una concepción del derecho penal del enemigo.

A decir de Villa Stein (2009), “con el funcionalismo se acaba la burbuja en la que se aislaba el derecho penal y socorre recién ahora a la sociedad, se le vincula, es funcional.” (pág. 25), por consiguiente, la valoración de un bien jurídico será fundamental para determinar la delictuosidad de determinadas conductas de la realidad.

En síntesis, el funcionalismo moderado propone una adecuada utilización de la política criminal, propugnando que ésta, no solo advierta la valoración del bien jurídico, sino también la utilidad que debe existir al momento de calificar determinadas conductas como delito; es decir, se deberá tomar en cuenta una serie de valoraciones jurídicas que permitan concluir cuales son aquellas conductas más nocivas de la sociedad (fragmentariedad penal), y siempre en mérito a criterios de necesidad y utilidad.

2.1.2.7.3. Política criminal en los delitos contra la administración pública.

La política criminal que adoptó el legislador peruano respecto a los delitos contra la administración pública, se da en función al problema de la corrupción, en ese sentido, solo busca el castigo y la represión de aquellos funcionarios o

servidores públicos que vulneran la correcta administración pública, creyendo que con ello, se podrá minimizar la incidencia de este fenómeno.

Es así que, al presentarse la corrupción como un fenómeno estructural dentro de la administración pública, a decir de Reategui Sánchez (2017), el legislador peruano:

“promulgó diversas leyes cuya orientación le valió la denominación de *leyes anticorrupción*. Así también lo entendieron nuestras autoridades al poner en práctica el llamado subsistema penal anticorrupción, diseño caracterizado por poner en tela de juicio principios básicos del Derecho penal y procesal penal de irrestricta observancia en todo Estado de Derecho. Con este lenguaje -adelantando la punibilidad, combatiendo con penas elevadas, limitando las garantías procesales-, es en términos de Jakobs el *Derecho penal de los enemigos*. Es decir, que la reacción punitiva enemiga trae como consecuencia inmediata la adopción de un sistema penal de *autor*, en contraposición a un sistema de comisión delictiva.” (pág. 39)

En mérito a ello, podemos advertir que la política criminal que ha venido aplicando el legislador peruano, dentro los alcances de los delitos contra la administración pública, ha dejado de lado los cánones del garantismo y el funcionalismo penal, de ese modo se fue alineando más bien, a un derecho penal del enemigo.

Al respecto, Vilchez Chinchayan (2020), señala que:

“Nuestros legisladores están atentos a esta situación y se encargan de hacer propuestas de política criminal, esto es, de mecanismos de

reacción punitiva para luchar contra la corrupción pública. Por eso, pueden encontrarse distintas medidas más o menos polémicas – que pueden o no gustar – que se encaminan a luchar contra la criminalidad desde y hacia la Administración Pública. Entre otras puede mencionarse: *el aumento de penas y muerte civil, pena efectiva, Imprescriptibilidad, Reparación Civil, Balance parcial*” (págs. 47-49);

Lo precisado no hace más que confirmar o recrudecer, ese punitivismo maximizado, en palabras de Reategui Sánchez (2017):

“en el marco del modelo político criminal de los funcionarios públicos existe un *Neo-punitivismo* que se caracteriza por el recrudecimiento y exacerbación del poder punitivo en forma desmesurada, siendo afín a modelos político criminales autoritarios, como la administrativización del Derecho penal, el Derecho penal de Emergencia, la Tolerancia Cero, el panpenalismo, la Expansión del Derecho Penal. En definitiva, no queda duda que la existencia de un Derecho penal del enemigo, en la que bajo ciertos parámetros existe una legitimidad constitucional, podría ser reconducido el *sistema penal anticorrupción peruano* porque precisamente apunta a encarcelar a un grupo de autores especialmente determinados (funcionarios públicos)” (págs. 39-42)

En tal sentido, el legislador peruano, con el pretexto de la lucha contra la corrupción, viene tipificando conductas, que no tienen relevancia penal para ser considerados como delitos, como es el caso de la figura del retardo injustificado de pago, tanto más que, con la tipificación de esta clase de conductas, estamos vaciando los postulados garantistas que inspiran nuestra legislación penal.

En conclusión, si bien el problema de la corrupción resquebraja el sistema de administración pública, no podemos avalar una política criminal del derecho penal del enemigo, que se da en esta clase de delitos, so pretexto de la envergadura del problema de la corrupción.

2.1.2.8. Análisis criminológico del delito de Retardo Injustificado de Pago.

En este extremo, resulta oportuno señalar que no es necesario realizar un análisis criminológico de toda conducta, sino solamente de aquellas que se consideran criminales o desviadas y causan perjuicio a la sociedad. La criminología se concentra en comprender los orígenes multifactoriales (sociales, psicológicos, biológicos) de la conducta delictiva para asesorar las políticas y estrategias de prevención, así como el tratamiento de delincuentes; sin embargo, no trata todas las conductas humanas.

Bajo esa premisa, en nuestra realidad jurídica peruana, se advierte que no se requiere que exista un estudio de la conducta humana desde la perspectiva criminológica para la tipificación de una conducta como delito, aunque ello sería lo más adecuado o recomendable para dicha tarea; en ese sentido, y conforme ya ha sido desarrollado, para la tipificación de la conducta recogida en el art. 390º del C.P. no se realizaron estudios o análisis desde ese punto de vista, es más, quedó claro que solo fue una copia de otras legislaciones; consecuentemente, se advierte que la conducta desplegada en el tipo penal analizado no puede ser considerado como delito, dado que dicho proceder tiene un carácter con connotación administrativa y/o civil, conforme ya lo hemos desarrollado en los párrafos precedentes; empero, y para fines de evidenciar que no tiene aplicación práctica ni mucho menos relevancia penal

se ha desarrollado un cuadro debidamente pormenorizado de casos fiscales analizados que se encuentran contenidos en el anexo 3 de la presente investigación, donde precisamente se consignaron datos como las partes involucradas, los fundamentos del archivamiento, entre otros aspectos, aspectos que evidencian la inaplicabilidad en la realidad jurídica cusqueña; sin perjuicio de ello, corresponde señalar algunos factores que se evidencian en el delito de retardo injustificado de pago, tales como:

- **Actores que intervienen en el delito:** Por un lado, están los funcionarios o servidores públicos (agentes del delito), y, por otro lado, están los particulares, que pueden ser personas naturales o jurídicas quienes en buena cuenta son los acreedores de la deuda.
- **Las modalidades del delito:** solo admite la modalidad dolosa, no existe modalidad culposa, y necesariamente tienen que existir disponibilidad presupuestaria, lo que no sucede en la mayoría de los casos.
- **Contextos de comisión:** se materializa cuando se incumple en realizar pagos ordinarios o decretados a pesar de que se cuente con liquidez para ello; los primeros están referidos por ejemplo al pago de sueldos o salarios de trabajadores, en tanto que los segundos están vinculados más que nada al pago de proveedores de bienes y servicios, vale decir en un contexto de contrataciones con el Estado; solo se puede materializar dicha conducta en los contextos antes mencionados; cabe precisar que en rigor se trata de una deuda.
- **La materialización del daño:** en el delito materia de análisis no se advierte materialización de daño y/o afectación alguna al bien jurídico

protegido en los delitos contra la Administración Pública, como ya se manifestó de manera reiterada, el daño ocasionado es al patrimonio del interesado y/o particular.

En definitiva, no toda conducta debe ser analizada desde la perspectiva criminológica, solo deberán ser aquellas delictuosas o desviadas, en tal sentido, se advierte que el proceder recogido en el art. 390° del C.P. no tiene connotación delictiva, en consecuencia no resultaría coherente observarla desde esa óptica; es más, en la realidad fáctica del distrito fiscal del Cusco se ha demostrado que no solo existe una incidencia mínima de este delito, sino que al advertirse que se trata de un tipo penal que no tutela el bien jurídico protegido por delitos cometidos contra la Administración Pública, no tiene aplicación práctica ni razón de ser, tanto más que, lo que pretende tutelar son los intereses patrimoniales particulares y/o personalísimos del interesado, mas no los intereses del Estado.

2.1.2.9. A manera de colofón: una posición crítica respecto a la regulación del delito de retardo injustificado de pago en nuestra legislación.

Considero firmemente que la respuesta punitiva del Estado ante la conducta regulada en el artículo 390° del código penal (retardo injustificado de pago), no es coherente con los principios que sustentan el ordenamiento jurídico peruano; toda vez que se trata de un delito de bagatela, y resulta siendo más que nada, un proceder netamente administrativo; en consecuencia, existen otras vías extrapenales como, el derecho administrativo o incluso el derecho civil, que pueden resolver de manera mucha más eficiente este tipo de proceder.

Con lo desarrollado precedentemente, se advierte que el derrotero que tiene trazado el legislador peruano es un camino evidentemente criminalizador, erigiendo en punibles conductas que no merecen una sanción tan estigmatizante como puede ser una de pena privativa de libertad. En ese sentido, se advierte que el legislador utiliza la política criminal de manera deficiente, toda vez que, no toma en cuenta el aspecto valorativo de los bienes jurídicos, ni mucho menos el carácter fragmentario y residual del derecho penal, realizando más bien una política criminal penal conyuntural o aquel denominado populismo penal; aunado a ello, las valoraciones que realiza el legislador no pueden agotarse en expresiones líricas y meramente subjetivas, sino por el contrario, dichas valoraciones deberán guardar una relación sincrética y de complemento con los postulados de la teoría del garantismo penal; todo ello se dará a partir de una intervención mínima del derecho penal.

Ahora bien, un derecho penal garantista debe asentarse sobre una política criminal respetuosa de los derechos fundamentales y de los principios limitadores del ius puniendi, aquello solo será posible a partir de un derecho penal mínimo; es decir, el derecho penal debe orientar a un mínimo su intervención entre el Estado y el ciudadano.

Por otro lado, la conducta regulada en el artículo 390° del C.P., incluso va en contra de lo recogido en la Constitución, en el apartado que prescribe que no hay prisión por deudas, con la única excepción de incumplimiento de prestaciones alimentarias, vulnerando así lo preceptuado en su artículo 2, inciso 24), literal c⁶.

⁶ Constitución Política.
Art. 2. Toda persona tiene derecho:

Por otro lado, el delito in examine, no tiene delimitada de manera clara y fehaciente su naturaleza jurídica, tanto es así que, conforme lo desarrollamos, se encuentra pésimamente ubicada en nuestro catálogo penal.

Bajo esa premisa, la despenalización del delito de retardo injustificado de pago es indispensable para fines de respetar los postulados del garantismo penal y el funcionalismo moderado, y de ese modo, no vulnerar el principio de mínima intervención penal; esta aseveración es corroborada por Reategui Sánchez (2017), quien precisa que:

“Una tipificación penal así, donde no se incluye la posibilidad de causar un perjuicio a alguien o de perturbar la función encomendada, puede generar serios reparos de justificación de incriminación penal, en la medida que revela una dosis clara de infracción meramente administrativa” (pág.658).

En definitiva, la conducta regulada en el artículo 390° del código penal peruano, no cumple con los cánones y parámetros necesarios, establecidos por el principio de mínima intervención en sus dos vertientes (fragmentariedad y subsidiariedad), incluso no cumple con el principio de lesividad, dado que, no se vulnera un bien jurídico revestido con la relevancia penal requerida, todo lo que nos permite asumir que esta conducta deba ser descriminalizada; consecuentemente, con la tipificación de esta clase de conductas estamos

(...)

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

(...)

c. No hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios.

vaciando de contenido al Estado Constitucional de Derecho en el que nos encontramos.

2.2. Marco conceptual

- 1. Mínima intervención del derecho penal.** Según el profesor García Caveró (2019) “El Derecho Penal solo debe intervenir en los casos estrictamente necesarios, es decir cuando el problema o conflicto social no pueda resolverse con mecanismos extrapenales de control menos gravosos” (pág. 135); estando a ello, el derecho penal y sus sanciones se constituyen en el último recurso al cual se deberá recurrir, para fines de reestablecer la convivencia social pacífica.
- 2. Principio de fragmentariedad penal.** Este principio postula que el derecho penal no sanciona el íntegro de las conductas desplegadas en la realidad, sino se enfocará en aquellas conductas que revistan mayor gravedad para criminalizarlas. La expresión fragmentariedad implica que solo determinadas conductas serán merecedoras de pena; al respecto, Villavicencio Terreros (2006) concluye que, “el carácter fragmentario del Derecho Penal consiste en que no se le puede utilizar para prohibir todas las conductas.” (pág. 94)
- 3. Principio de subsidiariedad penal.** Siguiendo a García Caveró (2019) “este principio implica que solamente los bienes jurídicos más relevantes pueden legitimar la intervención del Derecho Penal, a su vez, la subsidiariedad penal tiene además una expresión cuantitativa, en el sentido de que no podrá recurrirse al Derecho Penal si las conductas disfuncionales pueden controlarse suficientemente con

otros medios de control lesivos” (pág. 136), este carácter implica entonces que se debe recurrir en primer orden, a otros medios de control social menos gravosos, y solo en la medida que éstos no puedan solucionar el conflicto, subsidiariamente se podrá recurrir al derecho penal.

4. Control Social. Cuando hablamos de Control Social, hacemos referencia a una serie de mecanismos, prácticas y valores que determinan la vida en sociedad, precisamente para conservar el orden, en otras palabras, son aquellos mecanismos a través de los cuales la sociedad misma busca autorregularse.

5. Poder Punitivo o Ius Puniendi. El Poder Punitivo del Estado o Ius Puniendi, consiste en la facultad sancionatoria que dispone el Estado para imponer una pena a quien o quienes han infringido una norma jurídica. Ello representa un carácter que emana de la soberanía del Estado, y no un mero derecho subjetivo de sancionar; en palabras Zaffaroni (2011), “resulta siendo todo ejercicio de coerción estatal que no persigue la reparación y tampoco contiene o interrumpe un proceso lesivo en curso o inminente” (pág. 16); en definitiva, el poder punitivo estatal se refiere a la prerrogativa que tiene el Estado, de castigar o de imponer sanciones frente a la comisión de delitos.

6. Tipicidad Penal. En palabras de Reyna Alfaro (2018), “la tipicidad resulta ser la categoría de la teoría general del delito en la cual se comprueba si un determinado hecho encaja certeramente en la descripción que realiza la ley penal de un delito” (pág. 159).

- 7. Tipo penal.** Siguiendo a Bramont-Arias Torres (1996), “podemos afirmar que el tipo penal, en un sentido estricto, es la descripción de la conducta prohibida por una ley. El tipo penal es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva; tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes (por estar penal mente prohibidas). El tipo pertenece a la ley” (pág. 190)
- 8. Bien jurídico.** La RAE lo define como “la condición necesaria, o al menos útil, para el desarrollo de la vida del individuo y de la sociedad, cuando un bien jurídico se considera tan importante que es protegido penalmente frente a todas o ciertas formas de ataque, este se denomina bien jurídico-penal, el que constituye la base la antijuridicidad material como lesión o puesta en peligro reprochable de un bien jurídico”.
- 9. Despenalizar.** Según la RAE, la dicción despenalizar consiste en “dejar de tipificar como delito o falta una conducta anteriormente castigada por la legislación penal. Viene a ser una medida adoptada cuando, por motivos de política penal y, por no tener mayor trascendencia, se les quita la calidad de delito a determinados actos”.
- 10. Criminalización.** Convertir una conducta social permitida en un delito, y penalizar su ejecución, se conoce como criminalización, con estas decisiones los catálogos delictivos de la parte especial se amplían. Según Camacho Brindis (1992), “el legislador lleva a cabo la criminalización de conductas que es el acto o conjunto de actos dirigidos a convertir una conducta que antes era lícita en ilícita mediante

la creación de una norma. Es la conducta que se considera antisocial, según los parámetros legales y sociales” (pág. 56)

11. Administración pública. Para Salinas Siccha (2019) “la administración pública no es otra cosa que el Estado jurídicamente organizado; es entendida como toda actividad o trabajo realizado por los funcionarios y servidores públicos, los mismos que se encargan de poner en funcionamiento al Estado, orientando al cumplimiento de sus fines y funciones, sometidos a una jerarquía, roles o funciones en todos sus órganos o entidades” (pág. 3)

12. Funcionario público. En palabras de Salinas Siccha (2019) “el funcionario público es quien ejerce autoridad en la gestión pública de la administración, es aquella persona natural o física con poder de planificación y decisión que presta servicios o trabaja para el Estado, su poder de decisión y de representación en forma expresa, determina o ejecuta la voluntad estatal a través del desarrollo de actos de naturaleza diversa, orientado siempre a la realización del bien común, que viene a ser su finalidad última” (págs. 11-12)

13. Servidor público. En la línea de razonamiento de Salinas Siccha (2019) “es aquella persona natural que también presta sus servicios al Estado, pero sin poder de planificación y decisión sobre la institución en la que labora. Es trabajador estatal sin mando que brinda al Estado conocimientos técnicos y profesionales en tareas o misiones de integración o facilitación de la que realizan los funcionarios públicos” (pág. 12)

14. Pagos ordinarios. Para Abanto Vasquez (2003) “los pagos ordinarios son aquellos que la administración efectúa de manera periódica y habitual según sus presupuestos o previa fijación de tales gastos, sin necesidad de una decisión previa caso por caso” (pág. 329).

15. Pagos decretados. “Los pagos decretados por autoridad competente son aquellos ordenados por estas siguiendo las formalidades de ley (mediante resolución) y tiene su origen en una relación jurídica específica: pagos a proveedores, pago de indemnizaciones” (Abanto Vasquez, 2003, pág. 392).

16. Fondos expeditos. Siguiendo a Rojas Vargas (2021) “los fondos expeditos son las sumas de dinero en poder del funcionario que están a viabilizar los pagos. Estar los fondos expeditos implica que dichos caudales (dinero) se hallen en situación de disponibilidad inmediata para el pago en situación de suficiencia en tiempo debido” (pág. 842)

17. Sanción administrativa. “La sanción administrativa es la consecuencia que tendrá que soportar un ciudadano por haber cometido una infracción. Las infracciones administrativas que traen como causa una sanción son incumplimientos de deberes jurídicos u obligaciones establecidas por la norma jurídica administrativa. Tanto las personas físicas como las personas jurídicas pueden ser los autores de estas infracciones y por tanto los destinatarios de estas sanciones.”

18. Conducta injustificada. Este viene a ser uno de los aspectos medulares del delito materia de análisis, dado que tiene estrecha vinculación con el verbo rector del tipo, para Salinas Siccha (2019)

“este retardo a fin de configurar el delito en análisis tiene que ser injustificado, esto es, el agente actúa de esa manera sin justificación ni explicación razonable. La única explicación de su actuación arbitraria es el hecho que esté actuando con la finalidad de ocasionar un perjuicio a la víctima” (pág. 511)

19. Carpeta fiscal. Según el reglamento de la Carpeta Fiscal del Ministerio Público (2006), “la carpeta fiscal es el instrumento técnico de trabajo que se abre para la documentación de las actuaciones de la investigación y constituyendo una herramienta de apoyo para que el Fiscal se fortalezca en la idea de que no todo lo que se incorpore a los actuados será llevado a juicio, sino únicamente aquello que cumpla con los fines que él persigue” (pág. 4).

20. Diligencias preliminares. En palabras de Campos Barranzuela (2018) “constituyen el inicio de una investigación y se caracteriza porque en ella se realizan los actos urgentes e inaplazables; asimismo bien desarrolladas, conforme a la tutela jurisdiccional efectiva, el derecho a la defensa y al contenido esencial del debido proceso, garantizan éxito y una causa probable para llevarlo a juicio oral público” (pág. 15).

2.3. Antecedentes empíricos de la investigación

a) Antecedentes internacionales.

Se tiene la investigación realizada por Galarza Ulloa (2017) intitulada: *“El principio de mínima intervención en el Derecho Penal moderno con la vigencia del código orgánico integral penal en el Ecuador”* (pág. 1), en la cual se planteó como objetivo general “analizar el principio de mínima intervención, como una garantía frente al poder punitivo del Estado de Justicia Social, y su aplicación después de la vigencia del Código Orgánico Integral Penal” (Galarza Ulloa, 2017, pág. 9); arribando a la siguiente conclusión:

“Se debe propiciar por parte de los Abogados en Libre Ejercicio y Defensoría Pública, que la aplicación del Derecho penal por parte de los señores Jueces y Fiscales, deben realizar en base al principio de mínima intervención penal, considerado como la última ratio del sistema, cuando el conflicto social no pueda ser solucionado y no se puedan aplicar medios alternativos menos radicales que las sanciones penales propiamente dichas” (Galarza Ulloa, 2017, pág. 55)

Por su parte, Montoya Carrion (2019) en su investigación titulada: *“La mínima intervención penal en el COIP en la imposición de la pena en delitos de narcotráfico”* (pág. 1), planteó como objetivo general “identificar los factores que influyen en la imposición de penas respecto de los delitos de narcotráfico regulados en el Código Orgánico Integral Penal (COIP)” (Montoya Carrion, 2019); arribando a la siguiente conclusión:

“La vigencia del Código Orgánico Integral Penal, conocido como COIP, desde el 10 de agosto de 2014, marcó sin duda un cambio de nuestra legislación penal en relación a los delitos de drogas, al establecer umbrales de tenencia y posesión de sustancias catalogadas a control, determinando a la vez escalas de sanciones con penas proporcionales en cada caso específico, sin tomar en cuenta circunstancias atenuantes o agravantes no constitutivas del tipo penal, permitiendo así una mejor aplicación del principio de mínima intervención penal y de proporcionalidad en la actualidad” (Montoya Carrion, 2019, pág. 75).

b) Antecedentes nacionales.

En los antecedentes nacionales se tiene el trabajo de investigación de Lizarraga Amesquita (2018), cuyo título fue: *“Trascendencia de la cuantía en el delito de Peculado y su incidencia en el principio de Mínima Intervención”* (pág. 1), teniendo como objetivo general: “Determinar si el principio de mínima intervención es mermado en su contenido esencial con la ausencia de un parámetro económico mínimo para la configuración típica del delito de peculado en su modalidad básica” (Lizarraga Amesquita, 2018); arribando a la siguiente conclusión:

“El principio de mínima intervención, encuentra actuación, cuando la dificultad o el problema social no pueda ser solucionado por algún otro fragmento del ordenamiento jurídico. Entiéndase entonces que sólo aquellas afectaciones de mayor trascendencia a bienes jurídicos, deben ser castigadas por el derecho penal” (Lizarraga Amesquita, 2018, pág. 165)

Por su parte Norabuena Aranda (2021), en su investigación intitulada: *“Aplicación del principio de mínima intervención en los delitos de peculado de uso, en Juzgados Penales de Huaraz – 2021”* (pág. 1), formuló el objetivo general de, “determinar la manera en que se aplica el principio de mínima intervención en los delitos de peculado de uso, en juzgados penales de Huaraz – 2021” (Norabuena Aranda, 2021, pág. 3); quien entre sus conclusiones arribó a lo siguiente:

“En cuanto al objetivo general se concluye que la aplicación del principio de mínima intervención en los juzgados de Huaraz se da de una manera muy aislada debido a que en los en delitos contra la función pública muchas veces se tiene una coyuntura sancionadora, lo que ha permitido que este principio genere cierto grado de rechazo en opinión de juzgadores, fiscales y abogados” (Norabuena Aranda, 2021, pág. 38).

Finalmente, Salvatierra Julca (2017) en su investigación titulada: *“Despenalización del delito de Malversación de Fondos en la legislación peruana en relación al Principio de Mínima Intervención del Derecho Penal”* (pág. 1), planteó como objetivo general “evaluar la despenalización del delito de malversación en la legislación peruana en relación a el principio de mínima intervención del Derecho Penal” (Salvatierra Julca, 2017, pág. 56), y concluyendo en lo siguiente:

“Es viable la despenalización de la malversación de fondos tipificado en el Artículo 389 de nuestro Código Penal-primer párrafo-, para ser sustanciada como un ilícito meramente administrativo, partiendo de que dicha conducta no es relevante para el Derecho Penal, conforme

a lo estrictamente establecido por el Principio de mínima intervención Penal; más aún por el escaso grado de lesividad de la conducta, ello en razón de que los caudales públicos distraídos no escapan del dominio del Estado.” (Salvatierra Julca, 2017, pág. 84)

CAPÍTULO III: HIPÓTESIS Y VARIABLES

3.1. Hipótesis

a) Hipótesis general

La conducta descrita en el art. 390° del C.P. (retardo injustificado de pago); es a todas luces una falta administrativa que no tiene mayor relevancia penal; en consecuencia, debe ser despenalizada del código sustantivo, toda vez que, con la tipificación de esta conducta se vulnera el principio de mínima intervención penal que inspira al derecho penal peruano; en ese contexto, y desde la perspectiva del garantismo penal, se advierte que la intervención punitiva del Estado, estará justificada siempre y cuando este control sea racional, justo y legítimo (aspectos que deben concurrir de manera copulativa), notas características que no se evidencian en el presente caso.

b) Hipótesis específicas

Hipótesis específica 1.

Si la dimensión formal garantista en el derecho penal exige que su aplicación, y la correspondiente intervención punitiva del Estado sea racional, justo y legítimo, la conducta recogida en el delito de retardo injustificado de pago se pierde frente a esas características, pues se trata de un proceder netamente administrativo; consecuentemente, no se advierte la magnitud o la relevancia penal de esa conducta, ni mucho menos su desarrollo teórico desde los postulados del garantismo penal; tanto más que, en la realidad del segundo despacho de investigación de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de

Cusco, se advierte que el trámite de estas causas devienen en gastos infructuosos, tanto de recursos humanos como de recursos logísticos. Por tanto, no se tiene aplicación teórica, ni práctica.

Hipótesis específica 2.

El principio de mínima intervención en la presente investigación no se aplica en su real magnitud, en virtud a las siguientes razones: se viene transgrediendo el carácter fragmentario y subsidiario del derecho penal, se está vulnerando los postulados del garantismo penal, del derecho penal mínimo y no se está haciendo uso adecuado de la política criminal; consecuentemente, en los procesos tramitados en el segundo despacho de investigación de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Cusco, se evidencia que la relevancia y real aplicación de este principio está ausente.

3.2. Identificación de variables e indicadores

Con referencia a las variables se categorizan en:

a) Variable Independiente.

X. Principio de Mínima Intervención

- X.1. Relevancia jurídico penal del hecho
- X.2. Fragmentariedad y Subsidiariedad
- X.3. Derecho penal mínimo.

b) Variable Dependiente

Y. Retardo Injustificado de Pago

- Y.1. Demora injustificada.
- Y.2. Pagos ordinarios y decretados.
- Y.3. Bien jurídico protegido.

3.3. Operacionalización de variables

VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DIMENSIONES	INDICADORES
Principio de mínima intervención	Según el principio de mínima intervención, el derecho penal solo debe intervenir en actos que dañen gravemente bienes jurídicos protegidos. El Estado solo podrá sancionar una determinada conducta cuando sea necesario para mantener el equilibrio y el orden social, lo que va más allá de tal medida lo encauza por la vía arbitraria.	Relevancia jurídico penal del hecho	Supuesto fáctico penal de la conducta punible
			Gravedad del control penal
		Fragmentariedad y Subsidiariedad	Estado de Derecho
			Protección de los bienes jurídicos más importantes
		Derecho Penal Mínimo	Minimización de la respuesta violenta frente al delito
Retardo Injustificado de Pago	El verbo rector del artículo 390 del CP, que se refiere al delito de retardo injustificado de pago, es demorar. Podemos concluir que este verbo sirve para indicar la acción o estado del sujeto activo del delito, especificando la conducta que debe ser castigada. Por lo tanto, es crucial determinar sus límites desde una perspectiva semántica lingüística.	Demora injustificada	Sujeto activo Sanción.
		Pagos ordinarios y decretados	Conducta
		Bien jurídico protegido	Índice de sanciones

CAPITULO IV: METODOLOGÍA

4.1. Ámbito de estudio: localización política y geográfica

Fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Cusco.	Localización	
	Política	Geográfica
Segundo despacho de investigación de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Cusco.	Distrito de Wanchaq, provincia y región de Cusco, país Perú.	Urb. Progreso H-12, Edificio Tayta (referencia Av. Tupac Amaru) – Wanchaq – Cusco – Perú.

4.2. Tipo y nivel de investigación

a) Tipo de Investigación: El presente trabajo de investigación es de tipo descriptiva-propositiva, puesto que, se tuvo como objeto de estudio la descripción y explicación sistemática y organizada de una realidad concreta, para fines de reconocer en ella características, así como sus variaciones o condiciones, con la finalidad de plantear y/o proponer un cambio en la legislación penal peruana, concretamente en lo que se refiere a la eliminación o exclusión de nuestro código penal, de la conducta regulada en su artículo 390°.

b) Nivel de Investigación: La presente investigación se desarrolló a nivel explicativo, dado que la profundidad del estudio conllevó a analizar dos variables; por un lado, el principio de mínima intervención penal, y, por otro lado, el delito de retardo injustificado de pago; y si ambos se condicen en la realidad jurídico penal del segundo despacho de investigación de la fiscalía especializada en

delitos de corrupción de funcionarios de Cusco. Dicha situación nos proporcionó los conocimientos teóricos y prácticos para poder advertir la utilidad de la aplicación del principio de mínima intervención penal, su aporte en la solución de los problemas y la necesaria despenalización del delito de retardo injustificado de pago de nuestra legislación penal.

4.3. Enfoque de la investigación.

El enfoque que fue utilizado en la presente investigación fue el cualitativo, dado que se ha tomado como premisa una pregunta y a partir de ella se ha perfilado el trabajo de investigación, con el propósito de explorar la complejidad de los factores que rodean a la problemática planteada y la variedad de la perspectiva de cada una de las variables; a su vez, tiene el enfoque ya precisado, toda vez que no se basa en resultados estadísticos y/o numéricos, por el contrario se sustenta en el manejo de otros tipos de datos, tales como: las entrevistas, las encuestas, la observación, el análisis de documentos, revisión de doctrina, entre otros.

4.4. Unidad de análisis

La unidad de análisis fue el segundo despacho de investigación de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Cusco, de donde se obtuvieron datos de casos e investigaciones tramitadas por dicho despacho fiscal, relacionadas al delito de retardo injustificado de pago; asimismo, se realizó entrevistas a los fiscales anticorrupción, y encuestas al personal administrativo (asistentes en

función fiscal) de los tres despachos de investigación que conforman la referida fiscalía corporativa especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Cusco.

4.5. Población de estudio

La población utilizada en la presente investigación, fueron los casos fiscales del segundo despacho de investigación de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Cusco; así como las entrevistas a los Fiscales y a los Asistentes en Función Fiscal de los tres despachos de la referida fiscalía corporativa.

4.6. Tamaño de muestra

El tamaño de la muestra está constituido por 20 Disposiciones Fiscales de archivo, todas las que fueron emitidas por el segundo despacho de investigación de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Cusco; así como, las entrevistas y encuestas realizadas a 10 operadores jurídicos de dicha fiscalía (04 Fiscales Anticorrupción y 06 Asistentes en Función Fiscal).

Tabla N° 1. Fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Cusco

Fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Cusco.	Fiscales	Personal Administrativo	Total
Primer despacho de investigación	1	2	3
Segundo despacho de investigación.	2	2	4

Tercer despacho de investigación	1	2	3
----------------------------------	---	---	---

Tabla N° 2. Segundo despacho de investigación de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Cusco

Casos a analizar	Disposición de no Procedencia de Formalización y Continuación de Investigación Preparatoria	Total
Segundo despacho de investigación de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Cusco	20	20

4.7. Técnicas de selección de muestra

La técnica aplicada para la selección de la muestra es muestreo no probabilístico, por lo que se tomó un porcentaje razonable de la población total, es decir 04 Fiscales, siendo el criterio de inclusión únicamente a los magistrados que ejercen el cargo y su amplia experiencia en el trámite de delitos contra la administración pública. De igual manera, para el caso del personal administrativo la muestra es no probabilística, dado que se tomó en cuenta 06 Asistentes en Función Fiscal de los tres despachos que conforman la fiscalía corporativa, en atención a su experiencia laboral en la tramitación de los delitos contra la administración pública.

4.8. Técnicas de recolección de información

Para fines de recolección de información se utilizaron las técnicas de la Entrevista, Encuesta y Revisión documentaria que fueron

obtenidos de la fiscalía corporativa especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Cusco. Los instrumentos que se utilizaron en la investigación consisten en un cuestionario que contienen preguntas cerradas, abiertas y múltiples.

4.9. Técnicas de análisis e interpretación de la información

a) Técnicas

Para fines de recolección y compilación de información de la tesis se utilizaron como técnicas: la entrevista y la encuesta, las cuales tuvieron como instrumento el cuestionario, las que estuvieron dirigidas a los fiscales y personal administrativo de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Cusco, con el objetivo de recopilar información sobre la aplicación del principio de mínima intervención penal en los delitos de retardo injustificado de pago; asimismo, se utilizó también las técnicas de observación y análisis documental respecto de las 20 disposiciones de archivo obtenidas.

1. La Observación.

2. La Entrevista y Encuesta. Las mismas que fueron aplicadas a Fiscales y personal administrativo, para fines de evidenciar o no la aplicación del principio de mínima intervención penal en los casos de retardo injustificado de pago tramitados ante el segundo despacho de investigación de la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cusco, cuyos resultados demostraron la hipótesis planteada en el proyecto.

3. Análisis Documental. Esta técnica permitió recopilar información a través del estudio de las 20 disposiciones fiscales de archivo emitidas por el segundo despacho de investigación de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Cusco; de los cuales se analizaron cada uno de sus fundamentos, tipicidad, bien jurídico, entre otros aspectos; además, se examinaron las posturas doctrinarias relacionadas con el tema a través de una variedad de fuentes escritas, tales como: libros, tratados, manuales, ensayos, códigos penales, revistas y otros materiales bibliográficos.

b) Instrumentos. Se utilizaron los siguientes:

- 1. Ficha de recojo de información** utilizada en la técnica de recolección de información.
- 2. El fichaje**, que se utilizó principalmente para desarrollar la información obtenida de obras y artículos para su análisis y sistematización.
- 3. El cuestionario estructurado**, se utilizó un cuestionario de preguntas estructuradas, obteniendo información útil de una muestra representativa de operadores jurídicos.

4.10. Técnicas para demostrar la verdad o falsedad de las hipótesis planteadas

No es necesaria la utilización de la presente, toda vez que el tipo de investigación no lo exige; reiteramos estamos ante una investigación con enfoque cualitativo.

CAPÍTULO V: RESULTADOS Y DISCUSIÓN

5.1. Procesamiento, análisis, interpretación y discusión de resultados

5.1.1. Análisis de las entrevistas realizadas

A continuación, se presenta el análisis de las entrevistas realizadas a 04 Fiscales Especializados en Delitos de Corrupción de Funcionarios del distrito Fiscal del Cusco; a quienes se les formuló 16 preguntas, divididas en tres rubros, (objetivo general, objetivo específico 1 y objetivo específico 2), conforme se puede evidenciar del **Anexo 3**; estando a ello, y por razones metodológicas, desarrollaremos 3 preguntas por cada uno de estos rubros.

A) PREGUNTAS FORMULADAS EN FUNCIÓN AL OBJETIVO GENERAL.

PREGUNTA 1:

¿De acuerdo a su experiencia laboral, considera que la tipificación de la conducta recogida en el artículo 390° del vigente código penal peruano (retardo injustificado de pago), vulnera los postulados del principio de mínima intervención penal? ¿Por qué?

RESPUESTAS:

Entrevistado N° 01: *“Si, pero más que una vulneración no resulta congruente con el principio de mínima intervención. El delito de retardo Injustificado ... cuya repercusión y solución podría darse en ámbitos específicos de carácter extrapenal”.*

Entrevistado N° 02: *“Considero que sí, debido a que ante el retraso o demora de un pago ordinario (como remuneraciones) o decretado (dispuesto mediante un documento oficial como una resolución administrativa o judicial), se puede recurrir a otros mecanismos alternativos para lograr la satisfacción de la deuda”*

Entrevistado N° 03: *“Considero que sí, puesto que existe la posibilidad de realizar un trámite administrativo o civil contractual consistente en un requerimiento ante la autoridad municipal en cumplimiento de cláusulas contractuales”*

Entrevistado N° 04: *“Si, porque ... el derecho penal debe proteger solo bienes jurídicos de relevancia, debiendo de sustanciarse la protección de otros bienes jurídicos en las vías civiles o administrativas”*

La totalidad de entrevistados coinciden en señalar que la conducta regulada en el art. 390° del C.P., vulnera los postulados del principio de mínima intervención penal, incluso refieren que esta conducta puede ser sustanciada satisfactoriamente en otras vías extrapenales, sin necesidad de recurrir al derecho penal y sus sanciones; dichas respuestas son coherentes con lo definido por la doctrina, la cual precisa que el derecho penal solo debe sancionar aquellas conductas más graves o dañosas que se presentan en la realidad social (fragmentariedad), y a consecuencia de ello, se constituya en el último recurso al cual acudir (subsidiariedad) para el restablecimiento de la convivencia social pacífica.

Las respuestas brindadas por los entrevistados (04 Fiscales Anticorrupción del Cusco), que dicho sea de paso son profesionales especializados en la materia, permite colegir que la tipificación de esta conducta no se condice con los postulados del principio de mínima intervención penal; en tal sentido, elevar a categoría delictual una conducta que solo tienen relevancia administrativa, viene a ser un despropósito, tanto más que, el proceder analizado puede ser tramitado satisfactoriamente en vías extrapenales; consecuentemente, se hace vigente y necesaria la despenalización de esta

conducta, máxime, si esta clase de criminalización se contrapone a los postulados de un derecho penal garantista.

PREGUNTA 2:

¿A su criterio, el supuesto fáctico recogido en el artículo 390° del código penal peruano (retardo injustificado de pago), es una conducta que se encuentra revestida de relevancia jurídico penal? ¿Por qué?

RESPUESTAS:

Entrevistado N° 01: *“Considero que no tiene mayor relevancia jurídico penal, porque la lesividad de la conducta no es trascendente, pese a estar regulada como una modalidad de peculado, empero el retardo en el pago del particular no lesiona el patrimonio estatal. De otra parte, su escasa penalidad invitaría a solucionar el conflicto surgido en el ámbito extrapenal o la vía ordinaria común”.*

Entrevistado N° 02: *“La existencia de una demora en el pago, si constituye un supuesto fáctico de relevancia jurídica, empero no de carácter penal, pues la persona afectada puede hacer uso de otros mecanismos legales para satisfacer su derecho (como una demanda de carácter civil o laboral) sin necesidad de interponer una denuncia penal”*

Entrevistado N° 03: *“Desde mi punto de vista, estas conductas no revisten relevancia jurídico penal, menos dentro de los delitos de corrupción de funcionarios, pues se trata de un aspecto administrativo que bien podría resolverse en vía administrativa o civil, según particularidades del caso concreto”*

Entrevistado N° 04: *“No, porque existen mecanismos de control social formal diferentes al derecho penal para fines de reclamar la satisfacción del derecho reclamado”*

Los 04 Fiscales entrevistados, expresaron de manera uniforme que la conducta prevista en el artículo 390° del C.P., no tiene relevancia jurídico penal, tanto más que, se trata de un proceder que busca tutelar intereses patrimoniales particulares de los denunciantes, mas no así, a la administración pública, que viene a ser el bien jurídico protegido por esta clase de delitos; estando a ello, y conforme ya se explicó, se trata de un proceder administrativo que puede ser satisfactoriamente sustanciado a través de otros mecanismos de control social formal; en esa línea de razonamiento, la doctrina (nacional y extranjera) advierte serios reparos o vacilaciones en cuanto a la tipificación de esta conducta, dado que no ostenta la relevancia jurídico penal exigida para ser considerada delito, es por ello que incluso importantes cuerpos normativos se decantaron por la descriminalización de la misma.

Es de suma importancia tomar en consideración las respuestas brindadas, máxime, si éstas fueron emitidas por operadores especializados del Ministerio Público, quienes se encargan de tramitar las denuncias por esta clase de delitos; en tal virtud, los 04 entrevistados de manera concluyente y uniforme refirieron que la conducta regulada en el artículo 390° del C.P., no se encuentra revestida de relevancia penal para ser considerada delito; consecuentemente, el delito de retardo injustificado de pago, debe ser despenalizado de nuestro ordenamiento jurídico penal; a su vez, cabe aclarar que, con la tipificación de esta conducta, no solo estamos vaciando de contenido al principio de mínima intervención penal, sino también, se evidencia un uso deficiente y poco racional del ius puniendi estatal.

PREGUNTA 4:

¿Cree Ud., que el ejercicio del *Ius Puniendi* (poder coercitivo del Estado) a través de los legisladores, tomó en cuenta los postulados del principio de mínima intervención penal, así como la perspectiva garantista de un derecho penal mínimo al momento de tipificar la conducta regulada en el artículo 390° del C.P. (retardo injustificado de pago)?

RESPUESTAS:

Entrevistado N° 01: *“No, porque considero que el delito de Retardo Injustificado de Pago no es especialmente relevante o dañosa, pareciera una conducta que linda con lo administrativo y/o civil”.*

Entrevistado N° 02: *“No, considero que el Legislativo considera como pilar para evitar la comisión de delitos la sobrecriminalización de cualquier conducta que pueda resultar lesiva, ello observando principalmente el principio de prevención general de la penal (con la falsa justificación de que tal hecho evitará que la ciudadanía delinca)”*

Entrevistado N° 03: *“Considero que no se hizo un análisis a fondo del aspecto criminológico del delito de retardo injustificado, esto es verificar si realmente merecía penalizar la conducta”*

Entrevistado N° 04: *“No, evidentemente a los legisladores los mueve un afán político y no un conocimiento de política criminal y por ello ... no consideran que el derecho penal debe intervenir solo si los otros mecanismos de control social formal e informal han fracasado”*

La totalidad de entrevistados refirieron que los legisladores, no tomaron en cuenta el principio de mínima intervención penal al momento de tipificar la conducta prevista en el artículo 390° del C.P., toda vez que, en la realidad

jurídico-social peruana, existe una política de sobrecriminalización de conductas; dicha posición se condice con lo señalado por la doctrina nacional, la cual tiene una postura crítica respecto a la mala utilización que hace el legislador de la política criminal, afirmando que ésta se fue degenerando en aquel fenómeno que los doctrinarios denominan como: *populismo penal*; en tal virtud, se evidencia una pésima técnica legislativa en cuanto a la tipificación de esta conducta.

Las respuestas brindadas son valiosas, toda vez que, se condicen con lo propuesto en la presente investigación; no solo por el hecho que la tipificación de este delito se contrapone a los postulados del principio de mínima intervención penal, sino también, y no menos importante, porque la regulación penal de esta conducta nos aleja de aquel paradigma del derecho penal mínimo y garantista que rige en la actualidad, en tal sentido, no podemos consentir una criminalización arbitraria, ni mucho menos un ejercicio desproporcional e irracional del ius puniendi estatal; por tanto, se hace patente y necesaria la despenalización de esta conducta de nuestro código penal sustantivo.

B) PREGUNTAS FORMULADAS EN FUNCIÓN AL OBJETIVO

ESPECÍFICO 1.

PREGUNTA 2:

Según su experiencia laboral ¿cuál es el índice o incidencia de denuncias respecto del delito de retardo injustificado de pago, que hayan sido formalizadas o hayan pasado a etapa intermedia?

RESPUESTAS:

Entrevistado N° 01: *“Ninguno de los casos tramitados por el suscrito han pasado a etapa de formalización o intermedia”.*

Entrevistado N° 02: *“En los casos asignados a la suscrita, no se tiene ningún caso por este ilícito, en el cual se haya emitido disposición de formalización de investigación preparatoria, menos que se haya llegado a etapa intermedia”*

Entrevistado N° 03: *“En mi experiencia ninguna fue formalizada”*

Entrevistado N° 04: *“Ninguna, como ya fuera dicho el retardo se debe siempre a la falta de un trámite previo no cumplido y/o falta de presupuesto, por lo que no se ha tenido formalización de investigación a nivel preparatorio del mismo”*

Antes de abordar las respuestas de los entrevistados, corresponde señalar que el proceso penal peruano está dividido en tres etapas claramente delimitadas (investigación preparatoria, etapa intermedia y juicio oral), precisando que dentro de la primera etapa se encuentran las diligencias preliminares, las mismas que solo son tramitadas en sede fiscal, mas no así, en sede jurisdiccional; bajo esa premisa, se advierte que todos los entrevistados afirmaron de manera tajante que ninguna de las denuncias

tramitadas por ellos fueron formalizadas, ni mucho menos pasaron a etapa intermedia; y, como correlato de ello, tampoco se arribó a la etapa estelar del proceso penal (juicio oral), por consiguiente, no se impuso penas o sanciones al respecto; estando a ello, es válido concluir que dicho proceder no tiene aplicación práctica en el distrito fiscal del Cusco, tanto más que, las denuncias interpuestas por este delito fueron archivadas en sede fiscal.

Consideramos valiosas y de suma importancia las respuestas expresadas por los entrevistados, quienes precisamente son operadores fiscales especializados en el trámite de este tipo de causas, dado que, permite evidenciar que el retardo injustificado de pago, no tiene mayor aplicación en la praxis del Segundo Despacho de Investigación de la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cusco; máxime, si todas las denuncias por este delito fueron archivadas en sede fiscal, conforme se corrobora con las 20 disposiciones de archivo emitidas por el referido despacho, las cuales están anexadas a la presente; consecuentemente, los trámites de estas denuncias devienen en gastos infructuosos de recursos humanos y logísticos del Ministerio Público, dado que no se cumple con la finalidad del proceso penal.

PREGUNTA 3:

En atención a su experiencia laboral en la FECOF-Cusco, ¿A su criterio, cual es el propósito que persigue la interposición de este tipo de denuncias, es decir, se realiza con la finalidad de tutelar y/o proteger al Estado y la administración pública (como bien jurídico protegido), o por el contrario estas denuncias están encaminadas a tutelar intereses patrimoniales personalísimos de los denunciantes?

RESPUESTAS:

Entrevistado N° 01: *“Me adhiero a la segunda hipótesis, puesto que el denunciante de esta clase de delitos persigue únicamente la materialidad de su pago”.*

Entrevistado N° 02: *“Considero ... que con este ilícito se protege los intereses particulares de los acreedores del Estado, pues en el fondo lo que se pretende es que se efectúe el pago a su favor”*

Entrevistado N° 03: *“En su totalidad obedecen a intereses patrimoniales de los denunciantes”*

Entrevistado N° 04: *“Orientado a tutelar/proteger intereses patrimoniales privados, es más, en casi todos los casos lo que pretenden y hacen es usar a la fiscalía y las denuncias para que les paguen con mayor celeridad”*

Antes que nada, corresponde aclarar que el retardo injustificado de pago, al ser un delito contra la administración pública, exige que se vulnere o ponga en peligro esta última; sin embargo, en la práctica fiscal se evidencia que el retardo injustificado de pago no persigue tutelar a la administración pública, sino por el contrario, lo que pretende proteger son aquellos intereses patrimoniales particulares de los denunciantes, es decir, el derecho a que se efectúe el pago en favor de estos; en esa línea de razonamiento, los 04 entrevistados expresaron de manera concluyente e idéntica, que el bien jurídico que se pretende proteger con esta clase de delitos, son aquellos derechos patrimoniales personalísimos de los denunciantes; en buena cuenta, la tipificación de este delito no se condice con la naturaleza jurídica propia de los delitos contra la administración pública.

Estando a las respuestas brindadas por los entrevistados (Fiscales Anticorrupción de Cusco), se advierte que el delito in examine, por su propia redacción se contrapone a la naturaleza jurídica de los delitos contra la administración pública; en tal virtud, resulta necesario suprimir esta conducta de nuestro catálogo penal, tanto más que, consentir y/o avalar esta clase de regulación penal, no se condice con una intervención punitiva estatal que sea racional, justa y legítima; en tal sentido, se advierte que estas características se pierden frente a la regulación de esta conducta.

PREGUNTA 4:

¿Considera Ud., que el delito de retardo injustificado de pago tiene sustento teórico y práctico en la realidad jurídica peruana; de ser así, resulta pertinente y/o razonada su tipificación como delito en nuestro código penal sustantivo?

RESPUESTAS:

Entrevistado N° 01: *“Si revisamos la exposición de motivos del C.P. de 1991 seguramente encontraremos sustento teórico; sin embargo, en la práctica no es razonable la tipificación y sanción de estas conductas”.*

Entrevistado N° 02: *“Considero que si tiene sustento teórico ..., no obstante, a nivel práctico, conforme mi experiencia, no advierto que su regulación sea adecuada, ya que en esta Fiscalía no se tiene casos que trascienda por este ilícito, es decir que lleguen a juicio oral y se tenga alguna sentencia condenatoria”*

Entrevistado N° 03: *“Podría existir justificación teórica; sin embargo, la realidad jurídica implica analizar aspectos contextuales y la búsqueda de protección real de bienes jurídicos acorde al tipo penal (...)”*

Entrevistado N° 04: *“No tiene sustento, ni teórico ni práctico, porque no tiene resultados penales las denuncias de retardo injustificado de pago, siendo que su regulación no obedeció a algún estudio o análisis de legislación”*

Tres de los entrevistados refieren, con cierto recelo, que la regulación de esta conducta podría tener sustento o justificación teórica; empero, todos ellos concluyen de manera definitiva que este delito no tiene aplicación en la práctica fiscal, tanto más que, no existen sanciones (penas efectivas) respecto a este delito, es decir, no hay resultados penales que hagan evidenciar la necesidad de la regulación de esta conducta.

Comprendemos la duda de los operadores fiscales respecto al sustento teórico del delito materia de análisis, toda vez que, este aspecto en realidad les corresponde responder a los legisladores, quienes al momento de esbozar la criminalización primaria, establecen el sustento teórico, que dicho sea de paso, y teniendo respaldo en la doctrina nacional, podemos colegir que no existe sustento teórico al respecto; por otro lado, los entrevistados refirieron de manera uniforme que este tipo penal no tiene aplicación práctica dentro del distrito fiscal del Cusco, toda vez que, estos casos ni siquiera llegan a ser formalizados ante el órgano jurisdiccional; consecuentemente, a criterio del suscrito no existe ni justificación teórica, ni mucho menos justificación práctica, por tanto, se hace menester despenalizar esta figura del código penal peruano.

C) PREGUNTAS FORMULADAS EN FUNCIÓN AL OBJETIVO
ESPECÍFICO 2.

PREGUNTA 3:

¿Considera Ud., que la sanción administrativa en este tipo de delitos resultaría siendo suficiente para la protección eficiente del bien jurídico, o se requiere inexorablemente recurrir a la amenaza de una sanción penal?

RESPUESTAS:

Entrevistado N° 01: *“Me sumo a la primera afirmación, tanto más que el Ministerio Público no debería ser utilizado como un ejecutor coactivo respecto de deudas impagas a particulares”.*

Entrevistado N° 02: *“La vía administrativa puede ser una alternativa, empero en la vía civil existen pretensiones concretas que pueden satisfacer el derecho de pago del acreedor, que es lo que en el fondo se quiere con la denuncia por este tipo de delitos; considero que la vía penal no debe ser una opción”*

Entrevistado N° 03: *“La sanción administrativa bien podría resolver el problema, es más, de encontrarse justificación concluiría sin sanción”*

Entrevistado N° 04: *“Si es suficiente, como ya fuera dicho porque la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos no tiene tal gravedad que requiera una sanción penal”*

Los 04 entrevistados de manera uniforme expresaron que, la sanción administrativa debe ser la primera opción para tutelar la conducta prevista en el artículo 390° del C.P., por tanto, no es plausible recurrir al derecho penal, tanto más que, como bien lo señaló Peña Cabrera Freyre (2021) estamos administrativizando el derecho penal, elevando erradamente a categoría

delictual meras desobediencias administrativas. No hay justificación alguna para regular esta conducta en el código penal peruano.

Considerando las respuestas expresadas, y conforme lo desarrollado en el marco teórico y lo bosquejado por la doctrina autorizada; es válido colegir que esta conducta bien puede ser sustanciada a través de un procedimiento administrativo, logrando el pago de la deuda y la respectiva sanción de ser el caso al funcionario o servidor público.

PREGUNTA 4:

Estando a su experiencia laboral, ¿cree Ud. que, en los casos de retardo injustificado de pago tramitados en su despacho fiscal, se hizo una valoración puramente legalista (juicio de subsunción) al respecto, o se tomó en consideración también el principio de mínima intervención penal, tanto más que, nos encontramos bajo un paradigma post positivista del derecho?

RESPUESTAS:

Entrevistado N° 01: *“Bueno, los pronunciamientos siempre tuvieron en cuenta la tipicidad o falta de tipicidad de la conducta, criterios como la mínima intervención del Derecho Penal son descartadas usualmente por el superior en grado al revisar o absolver el grado”.*

Entrevistado N° 02: *“En los casos asignados a la suscrita por este ilícito, la razón por la cual se ha efectuado el archivo de los mismos, es por la existencia de atipicidad, ante el incumplimiento del requisito de pago decretado u ordinario”*

Entrevistado N° 03: *“Desde luego los fundamentos de un archivo, no solo se limitan a aspectos netamente legales; sino se justifica con principios como la mínima*

intervención, realidad social y administración pública, ..., y otros aspectos que nos permiten arribar a una conclusión motivada”

Entrevistado N° 04: *“Se tomó en cuenta el mecanismo de subsunción, ... porque al tener la Fiscalía la aplicación del principio de jerarquía y al no compartir la Fiscalía Superior la posición de mínima intervención, resulta más eficaz realizar un juicio de subsunción”*

Los 04 entrevistados, expertos en la materia, señalaron que para resolver estas causas tomaron en cuenta el juicio de tipicidad y por consiguiente el proceso de subsunción; toda vez que, la práctica precisa de la aplicación de esta clase de figuras, más allá de los principios, que dicho sea de paso pueden ser mencionados como aspectos complementarios; consecuentemente, podemos advertir que el desarrollo de este principio es incipiente en el Segundo Despacho de Investigación de la FECOF-Cusco.

Tenemos la firme convicción que lo expresado por los entrevistados tiene una gravitante importancia, toda vez que, son ellos quienes se encargan de tramitar estos casos, y tienen como norte verificar un proceso de subsunción, toda vez que, eso exige la práctica, verificar si se cumple o no un verbo rector del delito; en tal sentido, por ello postulamos la despenalización de este tipo penal, desde el legislativo, pues ellos son los llamados a verificar la concurrencia del principio de mínima intervención penal.

PREGUNTA 5:

Estando a lo señalado precedentemente, ¿considera que el delito de retardo injustificado de pago debe ser despenalizado del ordenamiento jurídico penal

peruano, en atención a que significa un desperdicio infructuoso de recursos humanos y logísticos?

RESPUESTAS:

Entrevistado N° 01: *“Si, en todo caso quien se considere afectado podría recurrir a la vía extrapenal con el propósito de salvaguardar sus derechos e intereses. El Estado a través del Ministerio Público y Poder Judicial debe canalizar sus esfuerzos y recursos a los casos especialmente relevantes”.*

Entrevistado N° 02: *“Si, considero que no debe ser una conducta sancionada penalmente al ser un ejemplo de sobrecriminalización, ... tanto más que, existen vías alternas que pueden resultar más efectivas para satisfacer el derecho de pago de la parte agraviada”*

Entrevistado N° 03: *“Considero que debe ser despenalizado porque existen vías alternativas extrapenales como la vía administrativa, civil y la vía contenciosa administrativa en caso de no merecer amparo las pretensiones”*

Entrevistado N° 04: *“Si, debe ser despenalizada, y en base al análisis económico del derecho, en tanto en la práctica no se tiene ningún caso con formalización de investigación, y menos sentenciado; lo que genera un gasto de recursos estatales innecesarios”*

La totalidad de entrevistados, quienes precisamente son profesionales especializados en la materia, y encargados de tramitar este tipo de causas, afirmaron de manera concluyente y definitiva que el delito materia de análisis (retardo injustificado de pago), debe ser despenalizado de nuestro ordenamiento penal, toda vez que, dicha conducta puede ser sustanciada en otras vías extrapenales, permitiendo de ese modo dejar de atiborrar el

derecho penal de aquellas conductas inocuas que no deben ser tipificadas penalmente, lo que guarda estricto sentido con lo establecido por el principio de mínima intervención penal.

Estando a lo esbozado precedentemente, y de la realidad práctica del Segundo Despacho de Investigación de la FECOF - Cusco, se evidencia que el principio de mínima intervención penal no se aplica en su real magnitud, tanto en su vertiente fragmentaria como subsidiaria; aunado a ello, se advierte un uso deficiente de la política criminal por parte de los legisladores al momento de regular esta conducta, con lo cual se están vulnerando los postulados del principio antes referido, así como los de un derecho penal garantista.

5.1.2. Análisis de las encuestas realizadas

Se llevó a cabo 06 encuestas al mismo número de Asistentes en Función Fiscal de la FECOF – Cusco, dichas encuestas contenían las mismas preguntas formuladas a los fiscales con la atingencia que estas fueron interrogantes cerradas; estando a ello, se advierte que la totalidad de asistentes encuestados, que dicho sea de paso son personal administrativo especializado en tramitar este tipo de causas, avalaron la posición de los fiscales y se alinearon a la postura de despenalizar el delito de retardo injustificado de pago, conforme se puede evidenciar de la revisión del **Anexo 4**.

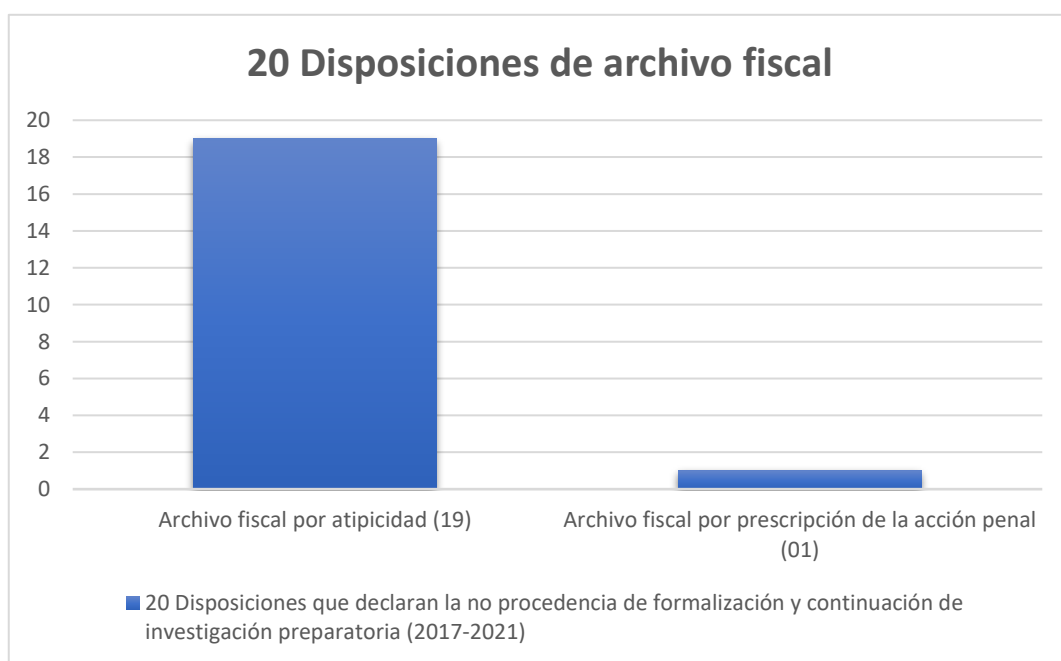
5.1.3. Análisis de casos fiscales

Conforme a lo señalado precedentemente, se analizaron 20 disposiciones de archivo fiscales emitidas por el Segundo Despacho de Investigación de la

FECOF – Cusco, entre los años 2017 y 2021; para tal fin se tomó en cuenta no solo la fecha de los hechos de cada caso concreto, sino también las fechas de expedición de las referidas disposiciones y las correspondientes disposiciones que las declararon consentidas, para mayor detalle véase el **Anexo 3** (cuadro detallado de análisis de casos) y el **Anexo 5** (copias certificadas de 20 disposiciones fiscales de archivo).

Ahora bien, del análisis realizado a las 20 disposiciones fiscales corresponde señalar las siguientes precisiones:

1. Diecinueve (19) de los veinte (20) casos analizados fueron archivados por ser considerados como **hechos atípicos**, dado que no concurrieron los elementos objetivos del tipo penal analizado, vale decir: la existencia de *fondos expeditos*, la *demora injustificada*, los *pagos ordinarios o decretados*; ni tampoco el elemento subjetivo: *dolo*; por otro lado, solo (01) de los veinte (20) casos analizados fue archivado por **prescripción de la acción penal**.



Fuente: *Elaboración propia*

2. De los veinte (20) casos que fueron tramitados por el 2DI de la FECOF Cusco⁷ durante el lapso de tiempo comprendido entre los años 2017 a 2021, se advierte que la totalidad de estos archivos se dieron en sede fiscal, es decir, **en etapa de diligencias preliminares**, no llegando a las etapas jurisdiccionales de formalización de investigación preparatoria, ni etapa intermedia, ni mucho menos a juicio oral.



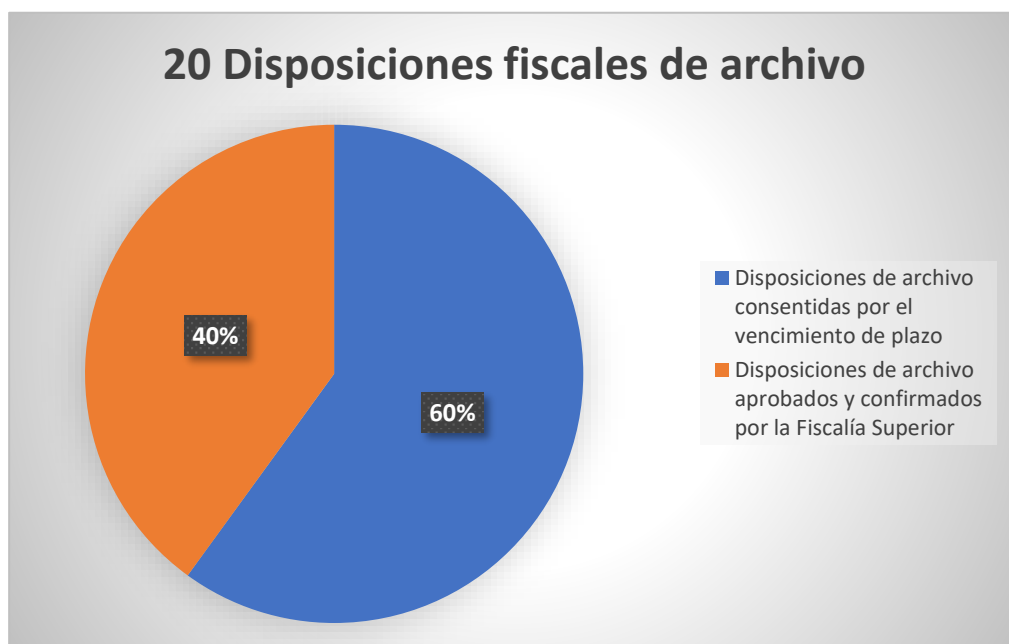
Fuente: Elaboración propia

3. De las veinte (20) disposiciones fiscales de archivo analizadas, se advierte que la totalidad de estas fueron consentidas, conforme al siguiente detalle:

- **Doce (12)** de ellas quedaron consentidas, en virtud a que los sujetos procesales no interpusieron recurso impugnatorio alguno (queja).

⁷ Segundo Despacho de Investigación de la Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cusco

- Las **ocho (08)** disposiciones restantes fueron aprobadas y confirmadas por la Tercera Fiscalía Superior de Apelaciones de Cusco.

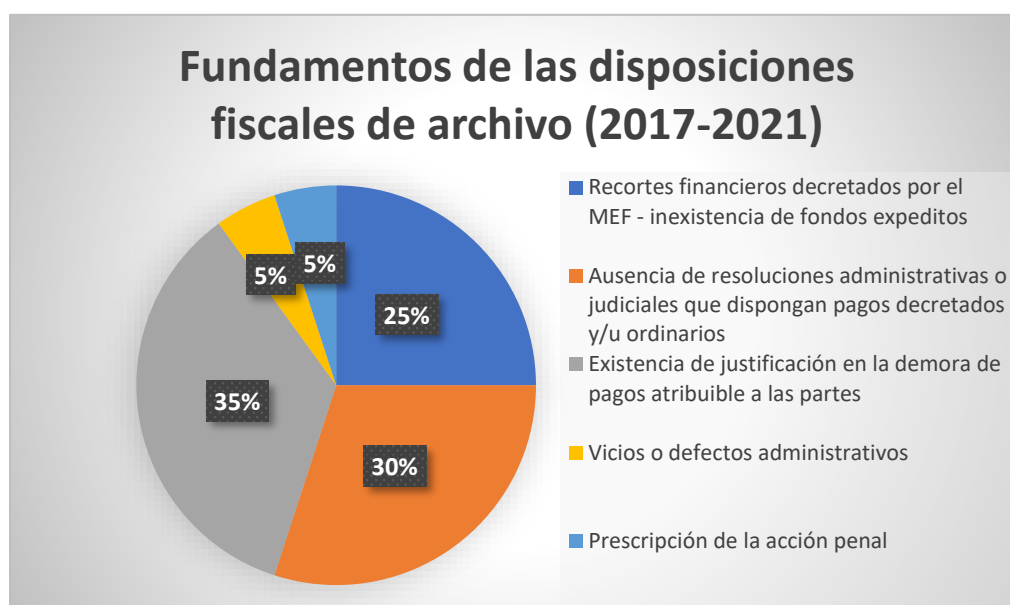


Fuente: Elaboración propia

4. En los veinte (20) casos analizados se evidencian una serie de razones que fundamentan las disposiciones de archivo, tales como:

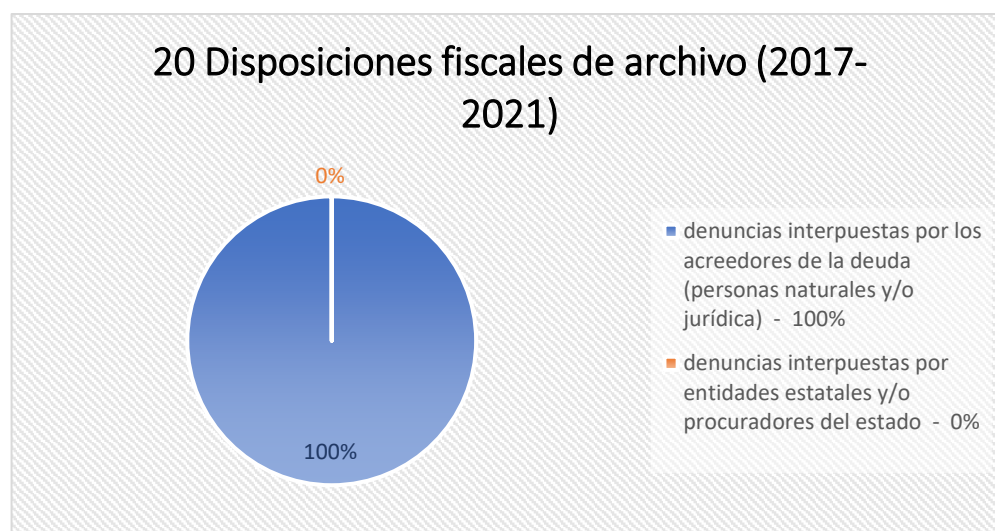
- Recorte financiero decretado por el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF); consecuentemente, falta de disponibilidad presupuestaria (inexistencia de *fondos expeditos*)
- Inexistencia de resoluciones administrativas o judiciales que dispongan *pagos decretados*, e inexistencia de *pagos ordinarios*.
- *Justificación* en la demora de pago por acciones u omisiones enteramente atribuibles a los denunciante. (verbigracia: falta de documentación que acredite la realización del servicio, falta de informe de conformidad, irregularidades en el proceso de contratación, abandono de cargo, etc.).
- Vicios o defectos administrativos que se presentaron en la entidad.

- Prescripción de la acción penal.



Fuente: Elaboración propia

5. Se tiene que, en los veinte (20) casos analizados, los denunciantes resultan siendo personas naturales o jurídicas de derecho privado (terceros), quienes reclaman su pago (un derecho evidentemente de naturaleza privada), destacamos este punto, en el entendido que lo que éstos reclaman es que se efectivice su pago; en tal virtud, este tipo de demandas y/o reclamos bien podrían ser tramitados en otras vías extrapenales, ya que se tratan de derechos personalísimos y privados.



Fuente: Elaboración propia.

6. Solo en dos (02) de los veinte (20) casos analizados (469-2014 y 285-2016), se advierte una referencia textual al carácter subsidiario del derecho penal (última ratio) por parte de los operadores fiscales; consideramos que dicha anotación resulta pertinente, toda vez que, la propia autoridad fiscal tiene la convicción de que el delito materia de análisis deba ser tramitado en otras vías extrapenales; sin embargo, en las dieciocho (18) disposiciones restantes, ni siquiera se hace referencia a este principio, evidenciándose que los operadores fiscales se limitaron a realizar un proceso de subsunción, dejando de lado el principio de mínima intervención penal. En ese orden de ideas, se advierte que este principio solo fue referenciado, más no desarrollado en 2 de los 20 casos analizados; consecuentemente, no se tomó en consideración el paradigma post positivista del derecho en que nos encontramos, donde no solo se debe aplicar reglas (normas penales), sino también, se debe tomar en cuenta los principios; no como simples clichés o expresiones líricas, sino que debe desarrollarse a plenitud.



Fuente: Elaboración propia

5.2. Prueba de hipótesis

No es necesaria la utilización de la presente, toda vez que, el tipo de investigación no lo exige.

5.3. Presentación de resultados

De acuerdo a la hipótesis general planteada, cuyo tenor es la siguiente: *“la conducta descrita en el art. 390° del C.P. (retardo injustificado de pago), es a todas luces una falta administrativa, que no tiene mayor relevancia penal; en consecuencia, debe ser despenalizada del código sustantivo, toda vez que con la tipificación de esta conducta se vulnera el principio de mínima intervención penal”*; ante lo propuesto, se evidencia que el 100% de entrevistados (fiscales y personal administrativo especializado en la materia) respaldan la postura de despenalizar o descriminalizar el delito de retardo injustificado de pago, dado que es una figura administrativa que puede sustanciarse en otras vías extrapenales; al respecto, Peña Cabrera Freyre (2021) concluye de manera acertada que, cuando se eleva a categoría delictual simples desobediencias administrativas, estamos vaciando socavando el contenido esencial del derecho penal, y arribando al fenómeno negativo de: administrativización del derecho penal.

De acuerdo a la hipótesis específica 1, que a la letra dice: *“Si la dimensión formal garantista en el derecho penal exige que su aplicación y la intervención punitiva del Estado sea racional, justo y legítimo, la conducta recogida en el delito de retardo injustificado de pago se pierde frente a esas características, pues se trata de un proceder netamente administrativo; consecuentemente, no se advierte la magnitud o la relevancia penal de esa conducta, ni mucho*

menos su desarrollo teórico de los postulados del garantismo penal; tanto mas que, en la realidad del segundo despacho de investigación de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios, se evidencia que el trámite de estas causas devienen en gastos infructuosos de recursos humanos y logísticos”; estando a ello, se evidencia de manera descriptiva que el 100% de los entrevistados y encuestados expresaron que esta conducta no tiene relevancia penal para ser considerado un ilícito penal, en tal virtud, de la labor práctica del distrito fiscal del Cusco podemos evidenciar que las denuncias e investigaciones por este delito no tiene resultado penal alguno, tanto mas que, todas estos casos fueron archivados en sede fiscal (conforme se puede corroborar de las 20 disposiciones de archivo analizadas); consecuentemente, la tramitación de estas causas devienen en gastos infructuosos, tanto de recursos humanos como de recursos logísticos del Ministerio Público.

Respecto a la hipótesis específica 2, que señala: *“el principio de mínima intervención no se aplica en su real magnitud, en virtud a las siguientes razones: se viene transgrediendo el carácter fragmentario y subsidiario del derecho penal, se está vulnerando los postulados del garantismo penal, del derecho penal mínimo y no se está haciendo uso adecuado de la política criminal; consecuentemente, en los procesos tramitados en el segundo despacho de investigación de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Cusco, se evidencia que la relevancia y real aplicación de este principio está ausente”*. Al respecto, podemos concluir que de las 20 disposiciones de archivo analizadas, no se evidencia que en éstas se haya aplicado el principio de mínima intervención penal, puesto que los operadores

fiscales se limitaron a realizar un proceso de subsunción del caso concreto al tipo penal, lo cual no resulta siendo coherente con los postulados de la teoría del garantismo penal, que precisa una aplicación mínima del derecho penal; en consecuencia, se hace patente exigir no solo a los operadores fiscales (quienes aplican las normas jurídico penales), sino también a los legisladores (quienes se encargan de la dación de leyes), la aplicación y vigencia irrestricta del principio de mínima intervención penal.

CONCLUSIONES

- La conducta regulada en el art. 390° del C.P. (retardo injustificado de pago) no se condice con los postulados de fragmentariedad y subsidiariedad que inspiran el principio de mínima intervención penal, a su vez, dicha conducta no se encuentra revestida de relevancia jurídico penal para ser considerada como delito; consecuentemente, este proceder debe ser despenalizado de nuestro código penal.
- Ha quedado demostrado que la tipificación de la conducta prevista en el art. 390° del C.P. (retardo injustificado de pago), no tiene asidero en la realidad práctica-jurídica del distrito fiscal del Cusco, conforme se evidenció de los casos fiscales examinados, así como de las entrevistas y encuestas realizadas a fiscales y personal administrativo especializado en la materia; por tanto, se hace patente la necesidad de descriminalizar esta conducta, tanto más que, la tipificación de la misma, nos aleja de la dimensión formal garantista del derecho penal propio de un Estado Constitucional de Derecho.
- De las entrevistas, encuestas y análisis de las disposiciones fiscales de archivo, se advierte que las denuncias que fueron tramitadas por el Segundo Despacho de Investigación de la FECOF – Cusco, durante los años 2017 y 2021, fueron archivadas en su totalidad durante las diligencias preliminares, vale decir, ni siquiera llegaron a una etapa jurisdiccional propiamente dicha; por tanto y demás, la tramitación de este tipo de causas devienen en gastos infructuosos, tanto de recursos humanos, como de recursos logísticos del Ministerio Público.

- De la conducta regulada en el art. 390° del C.P., se evidencia que dicho proceder tiene una clara connotación administrativa, en tal sentido, puede ser sustanciada en otras vías extrapenales, como es el derecho administrativo (a través de un procedimiento administrativo), o incluso en la vía del derecho civil (a través de una demanda de obligación de dar suma de dinero), tanto más que, dicho proceder afecta derechos patrimoniales personalísimos del perjudicado por la falta de pago, empero, de ninguna manera se vulnera a la administración pública como bien jurídico protegido; consecuentemente, no resulta plausible dar una sustanciación penal a esta conducta.
- De las disposiciones fiscales analizadas se advierte que la aplicación del principio de mínima intervención penal se encuentra ausente, dado que los operadores fiscales solo se limitaron a realizar un proceso de subsunción al tipo penal, sin tomar en cuenta los postulados del referido principio.
- Los legisladores peruanos están haciendo un uso deficiente de la política criminal, toda vez que, con la regulación de este tipo de conductas nos alejamos de la perspectiva garantista que insufla la exposición de motivos de nuestro ordenamiento jurídico penal, contrario sensu, estamos permitiendo un uso arbitrario del poder punitivo del Estado; por consiguiente, la política criminal se está degenerando en aquel fenómeno que la doctrina denomina como populismo penal.

RECOMENDACIONES

- Se recomienda la despenalización o descriminalización del delito de retardo injustificado de pago del código penal peruano (artículo 390°); toda vez que, la regulación de este tipo penal no se condice con los postulados del principio de mínima intervención penal, a su vez, no tiene la relevancia jurídico penal para ser considerada como delito, ni mucho menos tiene aplicación práctica en la realidad jurídica del distrito fiscal del Cusco.
- Se recomienda a los legisladores peruanos, quienes son los encargados de esbozar la criminalización primaria en nuestro país, hacer un uso adecuado de la política criminal; en tal sentido, no solo deben tomar en cuenta el principio de mínima intervención penal al momento tipificar conductas de la realidad, sino también todos aquellos principios que inspiran el derecho penal peruano; lo que evitará en el futuro este tipo de regulaciones penales, que a decir de la doctrina es producto del populismo penal o coyuntural, y no de la aplicación de una política criminal racional.

BIBLIOGRAFÍA

- Abanto Vasquez, M. (2003). *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra Editores.
- Aguiló Regla, J. (2007). Positivismo y Postpositivismo, dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*.
- Almanza Altamirano, F. (2022). *Manual de Derecho Penal*. Lima: San Bernardo Libros Jurídicos EIRL.
- Arismendiz Amaya, E. (2018). *Manual de delitos contra la administración pública*. Lima: Instituto Pacífico S.A.C.
- Arriola, J., & Bonilla Saus, J. (2011). Liberalismo e ilustración: notas sobre algunas contradicciones del discurso político de la modernidad. *Universidad ORT Uruguay*, 3.
- Arroyo Alfonso, M. S. (2018). Apuntes sobre la Administrativización del Derecho Penal del Medio Ambiente. *ACTualidad Jurídica Ambiental*, 1-33.
- Arroyo Zapatero, L. A., & Berdugo Gomez de la Torre, I. (2001). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. "in memoriam"*. Ciudad Real-España: Universidad de Castilla-La Mancha.
- Bautista Peña, C. J. (2021). Control social y sus manifestaciones. *Gaceta Penal y Procesal Penal*, 32.
- Bautista Peña, C. J. (2021). Represión punitiva en el delito de agresiones en contra de los integrantes del grupo familiar y su implicancia al principio de mínima intervención del Derecho Penal. *Gaceta Penal y Procesal Penal*, 40.
- Bernal Pinzón, J. (1965). *Delitos contra la Administración Pública*. Bogotá: Editorial Temis.
- Bloch, M. (2016). *La sociedad feudal*. Madrid : Claridad.
- Bramont-Arias Torres, L. (1996). El Tipo Penal. *Derecho & Sociedad*, 188-194.
- Bramont-Arias Torres, L. M. (2008). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Lima: Editorial y Distribuidora de Libros S.A.
- Breton Betánzos, J. (2018). El principio de mínima intervención del Estado en los mecanismos alternativos de solución de controversias. *Universidad Iberoamericana Puebla*. Puebla, México.
- Buompadre, J. E. (2009). *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III*. Buenos Aires: Astrea .
- Bustos Ramirez, J. (2004). *Derecho Penal Parte General - Tomo I*. Lima: Ara Editores E.I.R.L.
- Bustos Ramirez, J., & Hormazábal Malarée, H. (1997). *Lecciones de derecho penal*. Madrid: Trotta.
- Camacho Brindis, M. (1992). *Criterios de Criminalización y Descriminalización*. Madrid, España: Universidad Complutense de Madrid.

- Campos Barranzuela, E. (27 de noviembre de 2018). *LP, Pasión por el Derecho*. Obtenido de ¿que son las diligencias preliminares?: <https://lpderecho.pe/diligencias-preliminares-edhin-campos-barranzuela/#:~:text=Precisamente%2C%20hoy%20abordaremos%20el%20tema,re viste%20los%20caracteres%20de%20delito.>
- Carbonell, M. (2006). La teoría Garantista de Luigi Ferrajoli. *Colección Lecturas Jurídicas, serie estudios jurídicos* , 4.
- Carmona, M. (2014). La Influencia de la Ilustración en el Derecho Penal: revisión y actualidad. *Universidad Pontificia ICAI ICADE COMILLAS, Madrid*, 8.
- Carrasco-Jimenez, E. (2016). *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*. Obtenido de <https://www.aacademica.org/edisoncarrascojimenez/52.pdf>
- Cervantes Anaya, D. (2009). *Manual de Derecho Administrativo*. Lima: Rodhas Editorial.
- Chanjan Documet, R. (2017). El correcto funcionamiento de la Administración Pública: fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública . *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 147.
- Código Penal . (1863). www.congreso.gob.pe. Obtenido de Congreso de la República Perú: https://www.congreso.gob.pe/Docs/biblioteca/Codigos/006548_1/index.html
- Donna, E. A. (2011). *Delitos contra la Administración Pública*. Santa Fe : Rubinzal-Culzoni Editores.
- Etecé, E. (2022). *Concepto*. Obtenido de <https://concepto.de/control-social/>
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta .
- Galarza Ulloa, J. G. (2017). El principio de mínima intervención en el derecho penal moderno con la vigencia del código orgánico integral penal en el Ecuador. Ambato, Ecuador: Universidad Tecnológica Indoamérica de Ecuador.
- Garcia Caveró, P. (2019). *Derecho Penal Parte General*. Lima: Ideas Solución Editorial.
- Garcia Caveró, P., & Vilchez Chinchayan, R. (2020). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Ideas Solución Editorial S.A.C.
- Garcia Navarro, E. (2022). *Derecho Penal Parte Especial. Tomo II. Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios y servidores públicos*. Lima: Editorial Iustitia S.A.C.
- Gonzales Rodriguez, M. T. (2010). *El Control Social desde la Criminología* . Santa Clara: Feijóo.
- Guevaron Culqui, A. (2021). La vulneración del Principio de Mínima Intervención respecto a la agravante estipulada en el numeral 5 del delito de Acoso Sexual. *Universidad Pedro Ruiz Gallo*. Lambayeque, Perú.
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho, términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta.

- Heredia Muñoz, A. (2022). Gestión de Fondos Públicos: ¿cuándo la mala gestión se vuelve malversación? En R. Martínez Huaman, & P. Mori Sáenz, *Delitos contra la administración pública. Debates fundamentales*. Lima: GAceta Jurídica.
- Huaman Ordoñez, L. (2020). Infracción, sanción y otras instituciones jurídicas de Derecho administrativo no necesariamente emparentadas con el sancionador. *Derecho & Sociedad*, 187-204.
- Hugo Alvarez, J. B., & Huarcaya Ramos, B. S. (2018). *Delitos contra la Administración Pública. Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Hurtado Pozo, J. (1987). *Manual de derecho penal*. Lima: Eddili.
- Hurtado Pozo, J. (2005). *Manual de Derecho Penal Parte General I*. Lima : Editora Jurídica Grijley EIRL .
- International, T. (s.f.). *Transparency International the global coalition against corruption*. Obtenido de Guía de lenguaje claro sobre lucha contra la corrupción: <https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2014/10/Gu%C3%ADa-de-lenguaje-claro-sobre-lucha-contra-la-corrupci%C3%B3n.pdf>
- Jimenez Diaz, M. (2014). Sociedad del riesgo e intervención penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*.
- Juarez Tavaréz, X. (2010). *Teoría del Injusto Penal*. Montevideo: Editorial B de F.
- Landa Arroyo, C. (2013). La constitucionalización del derecho penal peruano. *Revista de la Facultad de Derecho. PUCP*, 13-66.
- Lascurain Sanchez, J. A. (2019). *Manual de Introducción al Derecho Penal*. Madrid: Imprenta Nacional de la Agencia Estatal.
- Lizarraga Amesquita, M. Z. (2018). Trascendencia de la Cuantía en el delito de peculado y su incidencia en el principio de mínima intervención. Arequipa, Perú.
- Lozada, A. (2016). Universidad de Alicante. *el Postpositivismo de la "Optimización": sobre el concepto de principio jurídico de R. Alexy*.
- Ministerio Público. (2006). Reglamento de la Carpeta Fiscal.
- Mir Puig, S. (1995). *Derecho Penal Parte General*. Barcelona: Tecfot SL.
- Monroy Rodríguez, A. A. (2013). Principio de mínima intervención, ¿retórica o realidad? *Derecho y Realidad*, 28.
- Montoya Carrion, L. R. (2019). La Mínima intervención penal en el COIP en la imposición de la pena en delitos de narcotráfico. Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Muñoz Conde, F., & García Aran, M. (2010). *Derecho Penal Parte General*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.
- Noguera Ramos, I. (2018). *Derecho Penal Parte General - Tomo I*. Lima: Editorial Grijley E.I.R.L.

- Norabuena Aranda, R. (2021). Aplicación del principio de mínima intervención en los delitos de peculado de uso, en Juzgados Penales de Huaraz - 2021. Chimbote, Perú: Universidad Cesar Vallejo.
- Ortiz Espinoza, M. (2020). Universidad de Chile. *El principio de mínima intervención penal: origen y evolución*. Santiago, Chile.
- Ozafrain, L. (2016). *Universidad Nacional de La Plata - Argentina*. Obtenido de http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/68145/Documento_completo.%20Fundamentos%20en%20el%20Derecho%20Internacional%20de%20los%20Derechos%20Humanos%20para%20una%20pol%C3%ADtica%20criminal%20minimalista..pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Palomino Infante, A. (2020). *Universidad Nacional Mayor de San Marcos*. Obtenido de PRODUCCIÓN DE ENTROPÍA SOCIAL EN TIEMPOS DEL CORONAVIRUS: <https://vrip.unmsm.edu.pe/produccion-de-entropia-social-en-tiempos-del-coronavirus/#:~:text=En%20consecuencia%2C%20la%20entrop%C3%ADa%20social,tiempo%20determinado%20a%20nivel%20social>.
- Peña Cabrera Freyre, A. (2022). *Manual de Derecho Penal*. Lima: Grupo Editorial Jurídica Legales Perú EIRL.
- Peña Cabrera Freyre, A. R. (2013). *Derecho Penal Parte General*. Lima: Editorial Idemsa.
- Peña Cabrera Freyre, A. R. (2016). *Derecho Penal. Parte Especial*. Lima: Idemsa.
- Peña Cabrera Freyre, A. R. (2021). *Delitos contra la administración pública*. Lima: Grupo Editorial Lex & Iuris SAC.
- Perez Garcia, S. (2014). El derecho penal y el adecuado desarrollo profesional del abogado dentro del marco de la competitividad en Distrito Judicial de Huancavelica.
- Perez Lopez, J. (2021). *Derecho Penal Parte General*. Lima: Instituto Pacífico S.A.C.
- Prieto, M. (2008). *Última Ratio Regis*. Obtenido de Curistoria, curiosidades y anécdotas históricas: <https://web.archive.org/web/20080720201133/http://curistoria.blogspot.com/2008/06/ultima-ratio-regis.html>
- RAE. (s.f.). *Real Academia Española*. Obtenido de Asociación de Academias de la Lengua Española: <https://dle.rae.es/corrupci%C3%B3n>
- Reátegui Sánchez, J. (2017). *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- Reyna Alfaro, L. (2018). *Derecho Penal Parte General*. Lima: Editorial Grijley EIRL.
- Rodriguez Collao, L. (2004). Delimitación del concepto penal de corrupción. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 339-359.
- Rojas Vargas, F. (2021). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Salinas Siccha, R. (2019). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Editorial Iustitia S.A.C.

- Salinas Siccha, R. (2021). *Autoría y Participación en los delitos de Corrupción de Funcionarios*. Lima: Palestra Editores S.A.C.
- Salvatierra Julca, M. (2017). *Despenalización del delito de Malversación de Fondos en la legislación peruana en relación al Principio de Mínima Intervención del Derecho Penal*. Lima, Perú: Universidad Cesar Vallejo.
- Sanchez Francisco, J. R. (2007). El principio de intervención mínima en el Estado mexicano. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, 277-279.
- Urquiza Olaechea, J. (2002). Tutela penal y sujetos especiales propios en los delitos contra la Administración Pública. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, 235.
- Urquiza Olaechea, J. (2021). *Derecho Penal. Principios Fundamentales*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Villa Stein, J. (2009). El funcionalismo en el derecho penal peruano, apreciaciones, teorías y práctica. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 23-42.
- Villavicencio Terreros, F. (2006). *Derecho Penal Parte General*. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley.
- Zaffaroni, E. R. (2012). *La palabra de los muertos: conferencias sobre criminología*. Buenos Aires : Ediar.
- Zaffaroni, R. (2011). *Estructura Básica del Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar.

ANEXOS

a) Matriz de consistencia (ANEXO 1)

TÍTULO: “LA DESPENALIZACIÓN DEL DELITO DE RETARDO INJUSTIFICADO DE PAGO, UN ESTUDIO DESDE EL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN: ANÁLISIS DE LOS CASOS DEL SEGUNDO DESPACHO DE INVESTIGACIÓN DE LA FISCALÍA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS DE CUSCO/ 2017 - 2021”.						
PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPOTESIS	VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES	METODOLOGÍA
Problema General:	Objetivo General:	Hipótesis General:	V1: Principio de Mínima Intervención	- Relevancia Jurídica Penal del Hecho	-Supuesto fáctico esencial de la conducta punible. - Gravedad del control penal	Tipo de investigación: Descriptiva - propositiva Diseño: No experimental Nivel: Explicativo Población: - 60 carpetas fiscales de la FECOF – Cusco - 12 fiscales especializados en delitos de corrupción de funcionarios
¿Cuán alineada está la tipificación del delito de retardo injustificado de pago con el principio de mínima intervención penal, en los casos fiscales tramitados por el segundo despacho de investigación de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Cusco/2017-2021?	ANALIZAR si el delito de retardo injustificado de pago debe ser tipificado en el ordenamiento jurídico penal vigente, tomando en cuenta los postulados del principio de mínima intervención penal, en los casos fiscales tramitados por el segundo despacho de investigación de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Cusco/2017-2021.	La conducta descrita en el art. 390 del C.P. (retardo injustificado de pago); es a todas luces una falta administrativa, que no tiene mayor relevancia penal; en consecuencia, debe ser despenalizada del código sustantivo, toda vez que, con la tipificación de esta conducta se vulnera el principio de mínima intervención penal que inspira al derecho penal peruano; en ese contexto, y desde la perspectiva del garantismo penal, se advierte que la intervención punitiva del Estado, estará justificada siempre y cuando este control sea racional, justo y legítimo (aspectos que deben concurrir de manera copulativa);		-Fragmentariedad y subsidiariedad	- Estado de Derecho. - Protección de bienes jurídicos más relevantes. - Minimización de la respuesta violenta frente al delito.	
				- Derecho Penal Mínimo	-Sujeto activo -Sanción	

		notas características que no se evidencias en el presente caso.	V2: Retardo injustificado de pago	- Pagos ordinarios y decretados	- Conducta - Protección de bienes jurídicos. - Índice de sanciones	- 18 asistentes en función fiscal de la FECOF -Cusco Muestra. - 20 carpetas fiscales - 4 fiscales - 6 asistentes en función fiscal
				- Bien jurídico protegido		
Problema Específico 1	Objetivo Específico 1	Hipótesis Específica 1				
¿Como opera el delito de retardo injustificado de pago en el código penal desde una dimensión formal garantista, en los casos fiscales tramitados por el segundo despacho de investigación de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Cusco/2017-2021?	EVALUAR cómo opera el delito de retardo injustificado de pago en el código penal, desde una dimensión formal garantista, en los casos fiscales tramitados por el segundo despacho de investigación de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Cusco/2017-2021.	Si, la dimensión formal garantista en el derecho penal exige que su aplicación y la intervención punitiva del Estado sea racional, justo y legítimo, la conducta recogida en el delito de retardo injustificado de pago se pierde frente a esas características, pues se trata de un proceder netamente administrativo; consecuentemente, no se advierte la magnitud o la relevancia penal de esa conducta, ni mucho menos su desarrollo teórico desde los postulados del garantismo penal; tanto más que, en la realidad del segundo despacho de investigación de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de				

		funcionarios, se evidencia que el trámite de estas causas devienen en gastos infructuosos, de recursos humanos y logísticos. Por tanto, no encontramos aplicación teórica, ni práctica.				
Problema Específico 2	Objetivo Específico 2	Hipótesis Específica 2				
¿Como opera el principio de mínima intervención penal en un sistema penal garantista, en los casos fiscales tramitados por el segundo despacho de investigación de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Cusco/2017-2021?	ANALIZAR cómo opera el principio de mínima intervención en un sistema penal garantista, en los casos fiscales tramitados por el segundo despacho de investigación de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Cusco/2017-2021.	El principio de mínima intervención en la presente investigación no se aplica en su real magnitud, en virtud a las siguientes razones: se viene transgrediendo el carácter fragmentario y subsidiario del derecho penal, se está vulnerando los postulados del garantismo penal, del derecho penal mínimo y no se está haciendo uso adecuado de la política criminal; consecuentemente, en los procesos tramitados en el segundo despacho de investigación de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Cusco, se evidencia que la relevancia y real aplicación de este principio está ausente.				

b) Instrumentos de recolección de información (ANEXO 2)

GUIA DE ENTREVISTA.

Consentimiento informado: La siguiente entrevista es para fines de contribuir con la investigación de tesis de postgrado del bachiller Divaldi Pedrin Cruz Borda, quien es el responsable de la presente investigación que lleva por título, *“La despenalización del delito de retardo injustificado de pago, un estudio desde el principio de mínima intervención penal: análisis de los casos del segundo despacho de investigación de la FECOF - cusco/ 2017-2021”*. Estando a ello, la información que se proporcionará en este acto, es y será utilizada solo con fines estrictamente académicos.

Una vez concluida la presente diligencia el entrevistado(a) dará su conformidad a la misma suscribiendo al pie de la presente.

Entrevistado(a):

Cargo/profesión/grado académico:

Institución:

Ciudad/País:

Fecha:

N° de cuestionario:

Respecto a la relevancia jurídico penal de la conducta regulada en el art. 390 del C.P.

OBJETIVO GENERAL: Analizar si el delito de retardo injustificado de pago debe ser tipificado en el ordenamiento jurídico penal vigente, tomando en cuenta los postulados del principio de mínima intervención penal, en los casos fiscales tramitados por el segundo despacho de investigación de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Cusco/2017-2021.

PREGUNTAS:

1. ¿De acuerdo a su experiencia laboral, considera que la tipificación de la conducta recogida en el artículo 390° del vigente código penal peruano (retardo injustificado de pago), vulnera los postulados del principio de mínima intervención penal? ¿Por qué?

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

2. ¿A su criterio, el supuesto fáctico recogido en el artículo 390° del código penal peruano (retardo injustificado de pago), es una conducta que se encuentra revestida de relevancia jurídico penal? ¿Por qué?

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

3. En atención a su experiencia laboral, ¿considera factible que la conducta prevista en el artículo 390° del código penal peruano, pueda ser sustanciado en otras vías extrapenales, u otros mecanismos de control social menos gravosos como son por ejemplo el derecho administrativo o civil?

.....
.....

.....
.....
.....
.....
.....

4. ¿Cree Ud., que el ejercicio del Ius Puniendi Estatal (poder coercitivo del Estado) a través de los legisladores, tomó en cuenta los postulados del principio de mínima intervención penal, así como la perspectiva garantista de un derecho penal mínimo al momento de tipificar la conducta regulada en el artículo 390° del C.P. (retardo injustificado de pago)?

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

5. ¿Considera que la presión mediática, y de la población en general, influye en los legisladores al momento de seleccionar como punibles determinadas conductas de la realidad social, de ser así, se toman en cuenta criterios técnicos y razonados al momento de tipificar conductas delictivas, como es el caso del retardo injustificado de pago, o se tiene en cuenta simples consideraciones subjetivas? ¿se hace un uso adecuado de la política criminal?

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

Respecto a la incidencia del delito de retardo Injustificado de Pago.

OBJETIVO ESPECÍFICO 1: Evaluar cómo opera el delito de retardo injustificado de pago en el código penal, desde una dimensión formal garantista, en los casos fiscales tramitados por el segundo despacho de investigación de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Cusco/2017-2021.

PREGUNTAS:

1. Según su experiencia laboral, ¿cuál es el índice o incidencia de sanciones (penas efectivas), que se impusieron en las investigaciones respecto al delito de retardo injustificado de pago que se tramitaron en el despacho fiscal en el que trabaja?

.....

.....

.....

.....

.....

.....

2. Según su experiencia laboral ¿cuál es el índice o incidencia de denuncias respecto del delito de retardo injustificado de pago, que hayan sido formalizadas o hayan pasado a etapa intermedia?

.....

.....

.....

.....

.....

.....

3. En atención a su experiencia laboral en la FECOF-Cusco ¿A su criterio, cuál es el propósito que persigue la interposición de este tipo de denuncias, es decir, se pretende tutelar y/o proteger al Estado y la administración pública (como bien jurídico protegido), o por el contrario estas denuncias están encaminadas a tutelar intereses patrimoniales personalísimos de los denunciantes?

.....

.....

.....

.....

.....
.....
.....

4. ¿Considera Ud., que el delito de retardo injustificado de pago tiene sustento teórico y práctico en la realidad jurídica peruana; de ser así, resulta pertinente y/o razonada su tipificación como delito en nuestro código penal sustantivo?

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

5. ¿Cree Ud., que la tipificación de la conducta recogida en el art. 390 del C.P., es acorde con los postulados de un derecho penal garantista (derecho penal mínimo), o contrario sensu, es afín a un derecho penal del enemigo?

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

6. Según su experiencia laboral, y de manera sucinta ¿podría precisar cuáles son aquellas razones por las que se archivan las investigaciones del delito de retardo injustificado de pago?

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

Respecto a la incidencia del principio de mínima intervención penal.

OBJETIVO ESPECÍFICO 2: Analizar cómo opera el principio de mínima intervención en un sistema penal garantista, en los casos fiscales tramitados por el segundo despacho de investigación de la fiscalía especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Cusco/2017-2021.

PREGUNTAS:

1. ¿Respecto a la conducta regulada en el art. 390° del C.P. (retardo injustificado de pago), cree que la tipificación así recogida, considera los postulados de fragmentariedad y subsidiariedad del principio de mínima intervención penal? ¿por qué?

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

2. Teniendo en cuenta que el derecho penal busca la protección de aquellos bienes jurídicos más relevantes ¿considera que la tipificación del delito de retardo injustificado de pago, es acorde con el principio de mínima intervención penal?

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

3. ¿Considera Ud., que la sanción administrativa en este tipo de delitos resultaría siendo suficiente para la protección eficiente del bien jurídico, o se requiere inexorablemente recurrir a la amenaza de una sanción penal?

.....

.....

.....

.....

.....

.....
.....

4. Estando a su experiencia laboral, ¿cree Ud. que, en los casos de retardo injustificado de pago tramitados en su despacho fiscal, se hizo una valoración puramente legalista (juicio de subsunción) al respecto, o se tomó en consideración también el principio de mínima intervención penal, tanto más que, nos encontramos bajo un paradigma post positivista del derecho?

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

5. Estando a lo señalado precedentemente, ¿considera que el delito de retardo injustificado de pago debe ser despenalizado del ordenamiento jurídico penal peruano, en atención a que significa un desperdicio infructuoso de recursos humanos y logísticos?

.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

6. Por último, frente a la problemática analizada, ¿cuál sería su recomendación o precisión?

.....
.....
.....
.....
.....
.....

¡GRACIAS POR SU COLABORACIÓN!

c) Cuadro de análisis de disposiciones fiscales de archivo (ANEXO 3)

N°	CARPETA FISCAL	FECHA DE LA DISPOSICIÓN	PARTES	ENTIDAD	FUNDAMENTOS DE ARCHIVAMIENTO	OBSERVACIONES
1.	200-2021	01-04-2022	Imputado: Antonio Toledo Prieto (alcalde). Agraviado: El Estado. Denunciante: Percy Abarca Carrion, en representación de la empresa “Bienes y Servicios FAEDU”.	Municipalidad Distrital de Velille – Chumbivilcas – Cusco.	En el presente caso, si bien se trataba de un pago decretado en favor de la empresa denunciante, la demora se encontraba justificada, dado que existía un recorte financiero decretado por el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), en tal virtud, la Municipalidad Distrital de Velille no contaba con disponibilidad financiera para efectuar el pago respectivo; consecuentemente, al no materializarse el verbo rector (demora injustificada), ni presentarse ninguno de los elementos objetivos del tipo penal se dispuso el archivo respectivo. EL HECHO ES ATÍPICO.	La disposición de archivo quedó consentida, dado que no se presentó recurso impugnatorio alguno.
2.	204-2018	13-12-2021	Imputado: Wilbert Herrera Quispe (alcalde) y otros. Agraviado: El Estado. Denunciante: Guido Mercado Valdivia.	Municipalidad Provincial de Quispicanchi - Cusco	En este caso, si bien existió el elemento objetivo denominado: “pago decretado”, puesto que existía una resolución de gerencia que autorizaba el pago, empero, no se contaba con los “fondos expeditos”; ni mucho menos el actuar injustificado doloso, ya que la demora no obedeció a una actuación arbitraria injustificada de los investigados, sino a la existencia de cuestionamientos respecto de actos administrativos previos, como la conformidad de servicio del área usuaria, vale decir, no se puede cancelar un pago respecto de	La disposición de archivo quedó consentida, dado que no se presentó recurso impugnatorio alguno.

					un servicio si no existe la conformidad al mismo; por tanto y demás, no se materializaron los elementos del tipo penal. EL HECHO ES ATÍPICO.	
3.	323-2018	20-09-2021	Imputado: William Paño Chinchazo (alcalde) y otros Agraviado: El Estado Denunciante: Daniel Dancourt Velásquez	Municipalidad Distrital de San Jerónimo – Cusco.	No se materializó el verbo rector del delito in examine; toda vez que, la demora en el pago estaba totalmente justificada por un vicio procedimental enteramente atribuible al denunciante; en el entendido que este último, no había cumplido con la rendición del encargo interno que le fue entregado en su oportunidad; consecuentemente, no se le podía cancelar el pago. EL HECHO ES ATÍPICO.	La disposición de archivo quedó consentida, dado que no se presentó recurso impugnatorio alguno.
4.	223-2019	30-12-2020	Imputado: Edwin Licon Licon (gobernador regional). Agraviado: El Estado. Denunciante: Miguel Bustos Chalco, en representación de la “Hermandad del Santuario del Señor de Qoyllorritzy”.	Gobierno Regional de Cusco	No existen documentos que acrediten que el Gobierno Regional de Cusco, representado por su titular, haya tenido una deuda con los obreros pertenecientes a la hermandad denunciante; es decir, no existía una resolución administrativa que autorice el pago (pago decretado) a favor de éstos, en tal sentido, no se materializó una presunta demora en el pago, ya que ni siquiera existió deuda alguna; en consecuencia, al no presentarse ninguno de los elementos del tipo penal se archivó el caso. EL HECHO ES ATÍPICO.	La disposición de archivo fue confirmada y aprobada por Fiscalía Superior.
5.	393-2019	28-12-2020	Imputado: Luis Alberto Valcárcel Villegas (alcalde) y otro.	Municipalidad Provincial de	En este caso no existió formal y documentadamente un expediente de contratación respecto del presunto	La disposición de archivo fue confirmada y

			Agraviado: El Estado. Denunciante: Lucio Huallparimachi Quispe.	Urubamba – Cusco.	servicio que prestó el denunciante (hoja de requerimiento, solicitud de cotización, cuadro comparativo, etc.); por lo tanto, no existió la figura del pago ordinario o decretado, ni mucho menos se materializó el verbo rector del delito (presunta demora injustificada), pues de la realidad documental no se logró evidenciar la existencia del expediente de contratación y la prestación del servicio respectivo. EL HECHO ES ATÍPICO.	aprobada por Fiscalía Superior.
6.	398-2019	17-11-2020	Imputado: Jean Paul Benavente García (gobernador regional). Agraviado: El Estado. Denunciante: Lino Alosilla Suarez, en representación de la empresa “Muebles y Decoraciones URPI SAC”.	Gobierno Regional de Cusco.	En el presente caso, se evidenció que no existía presupuesto en el Gobierno Regional, vale decir, no había fondos expeditos para el pago de la deuda dispuesta por sentencia judicial, tanto más que, la casación N° 50-2017, estableció que: <i>“cuando se trata de recursos públicos, en el respeto a las regulaciones del Derecho Presupuestario. La gestión de recursos esta rigurosamente normativizado (...)”</i> ; en tal sentido, no era factible la utilización de caudales públicos a discreción, tenía que seguirse el trámite administrativo para fines de obtener la certificación presupuestaria; sin perjuicio de ello, y al existir una deuda a favor del denunciante se le exhortó a la entidad, a fin de que cumpla con cancelar la deuda por las vías administrativas extrapenales	La disposición de archivo quedó consentida, dado que no se presentó recurso impugnatorio alguno.

					correspondientes. EL HECHO ES ATÍPICO.	
7.	346-2017	22-10-2020	Imputado: Hilthon Nahuamel Uscamayta (alcalde) y otros. Agraviado: El Estado. Denunciante: Juan Carlos Wasbaldo Aguilar, en representación de la Empresa "Grupo Max Solution SAC"	Municipalidad Provincial de Quispicanchi – Cusco.	Este caso fue archivado en virtud a la figura de la PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.	La disposición de archivo quedó consentida, dado que no se presentó recurso impugnatorio alguno.
8.	519-2019	04-12-2019	Imputado: Roberto Miranda Ríos (alcalde). Agraviado: El Estado. Denunciante: Fernando Lucio Arenas Astete, en representación de la empresa "Inversiones Fernando Manuel EIRL".	Municipalidad Distrital de Kosñipata – Paucartambo – Cusco.	El presente caso se archivó en virtud a falta de resolución administrativa o jurisdiccional, que ordene el pago decretado reclamado por el denunciante; solo existe un informe de conformidad del servicio, el mismo que no puede ser considerado como una "resolución", la cual la doctrina ha señalado de manera uniforme que se trata de un documento que tiene naturaleza imperativa y unilateral de cumplimiento obligatorio para fines de efectuar el pago respectivo, ni mucho menos se advierten de los actuados la existencia de un requerimiento de pago, tampoco una programación antelada de presupuesto; por lo que se concluye que no existía la figura del pago decretado ni tampoco el presupuesto para el pago por los servicios del denunciante. EL HECHO ES ATÍPICO.	La disposición de archivo fue confirmada y aprobada por Fiscalía Superior.

9.	352-2016	05-11-2019	Imputado: Beto Bernabé Quispe Bautista (alcalde). Agraviado: El Estado. Denunciante: Rody Tunquipa Palomino.	Municipalidad Distrital de Mosocllaqta – Acomayo – Cusco	En este caso no existía presupuesto en la municipalidad para efectuar el pago al proveedor, por tanto, no tuvo lugar la figura de “fondos expeditos”, tampoco se advierte que la presunta deuda se trate de pagos ordinarios o decretados; asimismo, la resolución aludida por el denunciante no indicaba la fuente de financiamiento; en buena cuenta, no existían fondos expeditos para efectivizar el pago. Cabe resaltar que, en el fundamento 3.11. de dicha disposición se consignó el carácter de última ratio del derecho penal, con el siguiente tenor: <i>“El Derecho Penal tiene carácter de Última Ratio, es decir, que debe ser utilizado por la sociedad como último instrumento para proteger bienes jurídicos ... del hecho concreto, de acuerdo a la Ley existen vías alternas, para recurrir como una demanda de obligación de dar suma de dinero conforme a la Ley 28411 y la ley de tesorería, ya que dichos órganos jurisdiccionales tienen la facultad respectiva para dar cumplimiento a resoluciones decretadas de pagos (...).”</i> EL HECHO ES ATÍPICO.	La disposición de archivo quedó consentida, dado que no se presentó recurso impugnatorio alguno.
10.	17-2017	27-09-2019	Imputado: Juan Vargas Ccahuana (alcalde) y otros. Agraviado: El Estado. Denunciante: Aldo Bustinza Corrales, en	Municipalidad Provincial de Paucartambo - Cusco	No se pudo corroborar que la presunta deuda era un pago ordinario o decretado, ni mucho menos se acreditó la supuesta falta de justificación, tanto más que, los servicios de pasajes aéreos que prestó la empresa a favor de	La disposición de archivo fue confirmada y aprobada por Fiscalía Superior.

			representación de la empresa “Albuco EIRL”.		la municipalidad se habría realizado de manera irregular, omitiendo trámites procedimentales establecidos en la ley de contrataciones con el Estado; consecuentemente, no puede reputarse como injustificada una presunta deuda producto de un procedimiento de contratación que tuvo evidentes vicios administrativos en su tramitación. EL HECHO ES ATÍPICO.	
11.	278-2018	23-07-2019	Imputado: Gavino Yucra Tunqui (alcalde). Agraviado: El Estado. Denunciante: Ricardo Luna Paredes.	Municipalidad Distrital de Pisac – Calca – Cusco.	Respecto al presente caso, existió justificación en la demora del pago del denunciante, toda vez que, éste no cumplió con presentar los informes mensuales de los meses de mayo, junio y julio del 2018; en tal merced, la demora, retraso o falta de pago, obedeció al incumplimiento de funciones por parte del denunciante (quien dicho sea de paso, prestó sus servicios en mérito a un contrato de locación de servicios); por otro lado, también se evidencian irregularidades administrativas respecto al contrato; asimismo, la deuda impaga no es un pago ordinario o decretado, por la naturaleza del servicio; en definitiva, no concurrieron ninguno de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal. EL HECHO ES ATÍPICO.	La disposición de archivo quedó consentida, dado que no se presentó recurso impugnatorio alguno.
12.	284-2018	09-07-2019	Imputado: Juan Mayta Cruz (alcalde). Agraviado: El Estado.	Municipalidad Distrital de Taray – Calca – Cusco.	En el presente caso, se advierte que no se evidenció la demora injustificada por parte del denunciado, puesto que, en el año 2018, tanto en el PIA como en el	La disposición de archivo fue confirmada y

			Denunciante: Ernesto Huarcaya García, en representación de la empresa “Inversiones Generales Expertos EIRL”.		PIM anual, no existía presupuesto para cancelar el pago, es decir, no existían fondos expeditos para realizar el pago; en cuanto al pago ordinario o decretado, se evidencia que no se da ninguno de ellos, dado que no se trata de una actividad habitual, ni tampoco se acredita la existencia de resolución administrativa o judicial que disponga el pago; estando a ello, no se materializó ninguno de los elementos objetivos del tipo penal. EL HECHO ES ATÍPICO.	aprobada por Fiscalía Superior.
13.	294-2017	28-03-2018	Imputado: Iván F. Carbajal Marconi (director de la UGEL Calca) y otro. Agraviado: El Estado. Denunciante: Luis Aguilar Miranda	Unidad de Gestión Educativa Local de Calca – Cusco (UGEL Calca).	Se trata de la falta de pago de remuneración correspondiente al mes de junio del 2017 del denunciante (pago ordinario); empero, dicha acción se encontraba justificada, toda vez que, el denunciante incurrió en el supuesto de suspensión de pago de remuneraciones por causal de abandono de cargo, conforme lo regulado por el D.S. 002-2016-MINEDU; consecuentemente, si bien el pago de remuneración del denunciante era un pago ordinario, la suspensión del mismo estaba justificado. Por tanto, se archivó el caso. EL HECHO ES ATÍPICO.	La disposición de archivo quedó consentida, dado que no se presentó recurso impugnatorio alguno.
14.	151-2017	19-12-2017	Imputado: Julio Llalicuna Carazas (alcalde) y otra. Agraviado: El Estado. Denunciante: Percy Zacarias Flores García,	Municipalidad Distrital de Huayllabamba – Urubamba – Cusco.	En el caso in examine, si bien se tiene acreditada la existencia de una deuda a favor del denunciante; empero, dicha deuda no constituía un pago ordinario, pues se trataba de un servicio eventual, no habitual o periódico; tampoco era un pago decretado, puesto que no existía	La disposición de archivo fue confirmada y aprobada por Fiscalía Superior.

			en representación de la empresa “Master Chip”.		resolución judicial o administrativa que ordene el pago respectivo; sin perjuicio de ello, se tiene que con posterioridad a la presentación de la denuncia, se emitió una resolución de alcaldía que dispuso el pago, el mismo que se materializó dentro del plazo legal; consecuentemente, no existió antes ni después del proceso de contratación, resolución que ordene el pago, ni mucho menos la consumación del verbo rector del tipo penal analizado. EL HECHO ES ATÍPICO	
15.	40-2017	20-10-2017	Imputado: David Peña Cárdenas (presidente del NED – FONCODES-Cusco) y otros. Agraviado: El Estado. Denunciante: Victoria Nazareth Ríos Vargas.	Núcleo Ejecutivo de Alcance Departamental (NED) del Fondo de Cooperación para el Desarrollo Social (FONCODES) - Cusco	Se advierte que el pago reclamado por la denunciante, se da en virtud a un contrato de locación de servicios, bajo esa premisa no se presentó el elemento objetivo “pago decretado”, puesto que dicho pago no devenía de una resolución; asimismo, tampoco se trataba de un “pago ordinario”, por la naturaleza misma del contrato civil, es decir, no se trataban de pagos habituales y/o periódicos. Por último, respecto a la presunta demora injustificada, se advierte que, si existía motivos y/o razones para ello, dado que la denunciante no elevó su informe del mes de abril del 2016, para fines de que se realice su pago de ese mes; consecuentemente, la falta de pago estaba justificada en mérito a una omisión propia de la denunciante. EL HECHO ES ATÍPICO	La disposición de archivo quedó consentida, dado que no se presentó recurso impugnatorio alguno.

16.	65-2016	31-08-2017	Imputado: Emiliano Condori Tacuri (Gerente Municipal). Agraviado: El Estado. Denunciante: Julio Octavio Tupacyupanqui Lima.	Municipalidad Distrital de Kosñipata – Paucartambo – Cusco.	En este caso no se presenta la figura del pago ordinario, ni tampoco aquella del pago decretado, en virtud a la naturaleza del contrato de locación de servicios que tenía el denunciante (contrato civil) con la entidad; aunado a ello, el denunciante no habría cumplido efectivamente con la prestación del servicio que se le encomendó, en tal virtud, se advierte que no existe conducta injustificada, toda vez que el gerente tenía la potestad de verificar el servicio prestado, y al no haberse acreditado el servicio, se optó razonadamente por desestimar el pago; consecuentemente, no se habría materializado los elementos del tipo penal, EL HECHO ES ATÍPICO.	La disposición de archivo quedó consentida, dado que no se presentó recurso impugnatorio alguno.
17.	254-2016	07-04-2017	Imputado: Feliciano Pacocha Encalada (alcalde). Agraviado: El Estado. Denunciante: Mauro Quispe Huamán.	Municipalidad Distrital de Zurite – Anta – Cusco.	En este caso, no se emitió la conformidad por parte del área usuaria de la Municipalidad, respecto de la prestación del servicio que presuntamente habría prestado el denunciante; en tal virtud, este último no tenía ningún derecho de pago a su favor (no existía un pago decretado); por tanto, no se materializó retardo injustificado de pago alguno, y al no presentarse ninguno de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal deviene en ser un HECHO ATÍPICO.	La disposición de archivo fue confirmada y aprobada por Fiscalía Superior.
18.	262-2016	20-01-2017	Imputado: Denis Lizandro Sotelo Vargas (gerente municipal).	Municipalidad Distrital de San	Se estableció que los pagos que reclamaba la denunciante no tenían la calidad de pagos ordinarios o	La disposición de archivo quedó consentida, dado

			Agraviado: El Estado. Denunciante: Ljubissa Shealy Gonzales García.	Pablo – Canchis – Cusco.	decretados; en el entendido que el vínculo que tuvo la denunciante con la entidad, se originó a partir de un contrato civil (locación de servicios). A su vez, la demora en el pago por la prestación de sus servicios, se dio en mérito a que dicha persona no presentó oportunamente su recibo por honorarios; por tanto, no se materializó la presunta demora injustificada en el pago, ni se presentaron los demás elementos del tipo penal. EL HECHO ES ATÍPICO.	que no se presentó recurso impugnatorio alguno.
19.	285-2016	31-10-2016	Imputado: Mauro Callo Laucata (alcalde). Agraviado: El Estado. Denunciante: Hermilia Pilares Gamarra.	Municipalidad Distrital de Marangani – Canchis – Cusco.	En el presente caso, no se presentaron ninguno de los elementos objetivos del tipo penal analizado, ni tampoco el elemento subjetivo (dolo); a su vez, no existió resolución judicial o administrativa que reconocieran los pagos reclamados por la denunciante; sin perjuicio de ello, en su fundamento 2.5.9. se hace referencia al carácter subsidiario del derecho penal, conforme el siguiente tenor: “(...) <i>se debe tener en cuenta que el proceso penal es aquel denominado por la doctrina como de última ratio; es decir, al cual se debe recurrir en última instancia, exclusivamente para cuando se traten de bienes jurídicos que no puedan ser protegidos o tutelados por otras vías menos gravosas (derecho civil, administrativo, laboral, etc). En el caso concreto, la ahora denunciante tiene</i>	La disposición de archivo quedó consentida, dado que no se presentó recurso impugnatorio alguno.

					<i>expedito su derecho de recurrir a la vía procedimental pertinente a fin de hacer valer sus derechos y el reconocimiento de los beneficios laborales que invoca con arreglo a ley". EL HECHO ES ATÍPICO.</i>	
20.	469-2014	18-07-2016	Imputado: Francisco Huanca Soncco. (alcalde). Agraviado: El Estado. Denunciante: Michael Daniel Delgado Chahuillco, en representación de "Corporación DELTA SAC".	Municipalidad Distrital de Sangará – Acomayo – Cusco.	Respecto a la demora en el pago, existía justificación en mérito a la transferencia de gestión y al presupuesto que no proporcionó el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF); asimismo, no se materializó ninguno de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal; incluso en el fundamento 5.19., de la presente disposición, se hace referencia al carácter subsidiario del derecho penal, cuyo tenor es el siguiente: "(...) <i>en consecuencia el Derecho Penal no tiene alcance para dilucidar las controversias surgidas con ocasión a la fase de ejecución de las referidas contrataciones por ser de última ratio. (...)</i> ". EL HECHO ES TÍPICO.	La disposición de archivo quedó consentida, dado que no se presentó recurso impugnatorio alguno.

d) Guías de entrevistas y encuestas desarrolladas (ANEXO 4)

Estas se encuentran debidamente escaneadas en el siguiente enlace:

https://drive.google.com/file/d/1tA-pa28l9p7u_TeMPgfSU1QkAXSr2rTR/view

e) Copias Certificadas de 20 disposiciones fiscales de archivo emitidas por el Segundo Despacho de Investigación de la FECOF – Cusco (ANEXO 5)

Estas se encuentran debidamente escaneadas en el siguiente enlace:

https://drive.google.com/file/d/124qGQgtQ8ITc5VvqBq5zSk9OwlnbML6j/view?usp=drive_link