

**UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES**  
**ESCUELA DE POSGRADO**  
**MAESTRÍA EN DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**



**TESIS**

**Los delitos de infracción del deber y el derecho penal  
mínimo en el Perú – 2021**

**Para optar** : El grado académico de Maestro en Derecho y  
Ciencias Políticas, Mención: Ciencias Penales

**Autor** : Bach. Luis Angel Enrique Meza

**Asesor** : Dr. Antonio Leopoldo Oscuvilca Tapia

**línea de** : Desarrollo Humano y Derechos

**investigación**

**institucional**

**Fecha de inicio / y:** 30.09.2021 y 30.09.2022

**culminación**

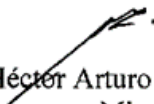
**Huancayo – Perú**

**Junio - 2022**

## JURADO DE SUSTENTACIÓN DE TESIS



Dr. Aguedo Alvino Bejar Mormontoy  
Presidente



Dr. Héctor Arturo Vivanco Vásquez  
Miembro



Mg. Glenda Lindsay Maravi Zavaleta  
Miembro



Mg. Syntia Porrás Sarmiento  
Miembro



Dr. Mannel Silva Infantes  
Secretario Académico

## **DEDICATORIA**

A mis padres: Luis Antonio y Blanca por darme todo el amor incondicional que siempre me brindaron y a mi hermana Sheyla por ser mi ejemplo a seguir.

## **AGRADECIMIENTO**

A Dios por el regalo diario de la vida. A todas aquellas personas que de una u otra manera coadyuvaron a la realización de esta tesis.



## UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES Escuela de Posgrado

### CONSTANCIA

#### DE SIMILITUD DE TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN POR EL SOFTWARE DE PREVENCIÓN DE PLAGIO Y TURNITIN

La Dirección de la Escuela de Posgrado, hace constar por la presente, que la tesis titulada:

**Los delitos de infracción del deber y el derecho penal mínimo en el Perú – 2021**

**Cuyo autor : BACH. LUIS ANGEL ENRIQUE MEZA**

**Asesor : DR. ANTONIO LEOPOLDO OSCUVILCA TAPIA**

Que fue presentado con fecha 18.08.2023 y después de realizado el análisis correspondiente en el software de prevención de plagio Turnitin con fecha 19.08.2023 con la siguiente configuración del software de prevención de plagio Turnitin:

- Excluye bibliografía
- Excluye citas
- Excluye cadenas menores a 15 palabras
- Otro criterio (se excluyeron fuentes)

Dicho documento presenta un **porcentaje de similitud de 25%**

En tal sentido, de acuerdo a los criterios de porcentajes establecido en el artículo N° 11 del Reglamento de uso de software de prevención del plagio, el cual indica que no se debe superar el 25%. Se declara, que el trabajo de investigación: Si contiene un porcentaje aceptable de similitud.

En señal de conformidad y verificación se firma y sella la presente constancia.

Huancayo, 19 de agosto de 2023



*Dr. Agueda Albino Bejar Mormontoy*  
Director de la Escuela de Posgrado

964256181 - 064232776

direccion\_ep@upla.edu.pe

Av. Giraldez N° 741  
Huancayo - Junín



## CONTENIDO

DEDICATORIA .....	iii
AGRADECIMIENTO .....	iv
CONTENDIDO DE TABLAS.....	xi
CONTENIDO DE FIGURAS .....	xii
RESUMEN.....	xiii
ABSTRACT.....	xiv
INTRODUCCIÓN .....	xv
CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....	19
1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA .....	19
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA .....	26
1.2.1. Problema general.....	26
1.2.2. Problemas específicos. ....	26
1.3. JUSTIFICACIÓN .....	27
1.3.1. Social.....	27
1.3.2. Teórica. ....	28
1.3.3. Metodológica. ....	28
1.4. OBJETIVOS .....	29
1.4.1. Objetivo general.....	29
1.4.2. Objetivos específicos. ....	29
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO .....	30
2.1. ANTECEDENTES .....	30
2.1.1. Nacionales.....	30

2.1.2. Internacionales. ....	37
<b>2.2. BASES TEÓRICAS O CIENTÍFICAS</b>	<b>46</b>
2.2.1. Delitos de infracción del deber. ....	46
2.2.1.1. Fundamento deontológico. ....	46
2.2.1.2. El funcionamiento político criminal de Claus Roxin. ....	48
2.2.1.3. Funcionalismo normativista de Gunter Jacobs. ....	49
2.2.1.4. ¿Qué es la infracción del deber? ....	50
2.2.1.5. Los sujetos partícipes en los delitos de infracción del deber. ....	52
2.2.1.6. Los delitos de infracción del deber en el Código Penal peruano. .	53
2.2.1.7. Los fundamentos de punibilidad en los delitos de infracción del deber. ....	57
2.2.1.8. Deber especial en virtud de competencia institucional. ....	61
2.2.1.9. Deber extrapenal. ....	65
2.2.2. Derecho penal mínimo. ....	68
2.2.2.1. Nociones generales. ....	68
2.2.2.2. Los derechos humanos considerado como instrumento de amparo jurídico penal. ....	69
2.2.2.3. Derechos humanos deben generarse desde una subjetividad emergente. ....	70
2.2.2.4. Pluralidad jurídica y derecho penal mínimo. ....	71
2.2.2.5. Derecho penal mínimo como política criminal. ....	73
2.2.2.6. Prevención general de la pena. ....	77
2.2.2.6.1. La prevención general positiva como límite constitucional de la pena. ....	77

A. Reglas de la imputación objetiva de la conducta.....	79
A.1. Lesión insignificante.....	79
2.2.2.7. Límites al poder penal.....	81
2.2.2.7.1. Constitución, derecho y principios penales.....	81
2.2.2.7.2. Naturaleza y función de los principios reguladores del control penal.....	82
2.2.2.7.3. La necesidad de límites y la lógica de los principios.....	83
2.2.2.7.4. Principio de legalidad.....	84
2.2.2.7.5. La necesidad y la mínima intervención del derecho penal.....	85
A. Principio de subsidiariedad.....	88
B. Principio de fragmentariedad.....	91
2.2.2.8. Principio del bien jurídico real.....	94
2.2.2.9. Principio de humanidad.....	95
2.2.2.10. Principio de proporcionalidad de las sanciones.....	96
2.2.2.11. El deterioro actual de la cultura de las garantías y del Estado de derecho.....	97
2.2.2.12. El debilitamiento de la función de garantía en algunos modelos penales de la actualidad.....	98
2.2.2.12.1. El derecho penal del riesgo.....	98
2.2.2.12.2. El discurso del derecho penal del enemigo.....	99
2.2.2.12.3. El derecho penal de los derechos humanos.....	100
2.2.2.13. Derecho penal mínimo y privación de libertad.....	101
2.2.2.13.1. Las penas privativas de libertad y el derecho penal mínimo. .....	101



2.2.2.13.2. La crisis de la resocialización de los privados de libertad..	102
2.2.2.13.3. Sociedad de riesgo, globalización y expansionismo penal.	103
2.2.2.13.4. Instituciones positivas y mínima lesividad en los delitos de infracción del deber. ....	104
2.2.2.14. El tribunal Constitucional Peruano y los delitos de infracción al deber.....	116
2.3. MARCO CONCEPTUAL	119
CAPÍTULO III: METODOLOGÍA .....	124
3.1. DISEÑO METODOLÓGICO	124
3.1.1. Método de investigación. ....	124
3.1.2. Nivel de investigación.....	127
3.1.3. Diseño de investigación propiamente dicho. ....	127
3.2. PROCEDIMIENTO DEL MUESTREO	131
3.2.1. Escenario de estudio.....	131
3.2.2. Caracterización de sujetos o fenómenos. ....	131
3.2.3. Mapeamiento.....	132
3.2.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	135
3.2.4.1. Técnicas de recolección de datos. ....	135
3.2.4.2. Tratamiento de la información. ....	136
CAPÍTULO IV: RESULTADOS.....	138
4.1. DESCRIPCIÓN DE LOS RESULTADOS	138
4.1.1. Análisis descriptivo de resultados del objetivo uno.....	138
4.1.2. Análisis descriptivo de los resultados del objetivo dos.....	145
4.1.3. Análisis descriptivo de resultados del objetivo tres. ....	149

4.2. TEORIZACIÓN DE LAS UNIDADES TEMATICAS	153
4.2.1. La inexorable e inflexible aplicación del principio de subsidiariedad dentro de los delitos de infracción del deber y las instituciones positivas, como medio para derivar casos de mínima lesividad hacia medios de control social formal subsidiarios. ....	153
4.2.2. La necesaria aplicación del principio de fragmentariedad dentro de los delitos de infracción del deber y las instituciones positivas, como medio para determinar la mínima lesividad dentro de las conductas ilícitas.	159
4.2.3. Del análisis ineludible de la existencia de una lesión significativa y relevante dentro de los delitos de infracción del deber y las instituciones positivas.....	165
DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS.....	172
CONCLUSIONES .....	178
RECOMENDACIONES .....	180
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	183
ANEXOS .....	193
MATRIZ DE CONSISTENCIA	194
CONSENTIMIENTO INFORMADO	195
EVIDENCIAS FOTOGRAFICAS	196
COMPROMISO DE AUTORÍA	197

## CONTENDIDO DE TABLAS

<b>Tabla 1.</b> Tabla del antes y después del sistema experimental .....	130
<b>Tabla 2.</b> Muestra de los libros y artículos relacionados a las categorías.....	134
<b>Tabla 3.</b> Instrumento de investigación .....	136
<b>Tabla 4.</b> Matriz de consistencia.....	194

## CONTENIDO DE FIGURAS

**Figura 1.** Funcionarios públicos investigados por delitos de infracción al deber 20

## RESUMEN

La investigación parte del problema: ¿De qué manera la postura ortodoxa de los delitos de infracción del deber contra la administración pública influye en la política criminal del derecho penal mínimo en el Estado peruano?; siendo el **objetivo:** analizar la manera en que influye la postura ortodoxa de los delitos de infracción del deber contra la administración pública en la política criminal del derecho penal mínima en el Estado peruano; la investigación se ubica dentro del **tipo** básico o fundamental; en el **nivel** explicativo, el **método:** hermenéutico; así mismo métodos particulares como exegético y sistemático – lógico; con un **diseño** no experimental transaccional, en la cual, por naturaleza **dogmática** se utilizó como **población** a los conceptos jurídicos de las categorías en análisis y **muestreo** a la bola de nieve. Para la **recolección de información** se utilizó la ficha textual y de resumen de diversos textos legales; llegándose a la **conclusión**, la aplicación de los postulados de política criminal pertenecientes hacia el derecho penal mínimo hace posible que se permita graduar el nivel de lesividad que existe, por ello, el titular de la acción penal podría establecer si en el caso concreto se encuentra frente a una elevación del riesgo permitido o la creación de un riesgo no permitido; finalmente se **recomienda** al Poder Judicial, crear una línea jurisprudencial tendiente hacia el reconocimiento de la necesaria verificación del nivel de lesividad dentro de la conducta del sujeto activo dentro de los delitos de infracción del deber.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho penal mínimo, principio de fragmentariedad, principio de subsidiariedad, delitos de infracción del deber, funcionario y servidor público.

## ABSTRACT

The investigation starts from the problem: How does the orthodox position of the crimes of breach of duty against the public administration influence the criminal policy of the minimum criminal law in the Peruvian State?; The objective being: to analyze the way in which the orthodox position of the crimes of breach of duty against the public administrativos influences the criminal policy of the minimum criminal law in the Peruvian State; the investigation is located within the basic or fundamental type; at the explanatory level, the method: hermeneutic; likewise particular methods such as exegetical and systematic - logical; with a non-experimental transactional design, in which, due to its dogmatic nature, the legal concepts of the categories under analysis and snowball sampling were used as population. For the collection of information, the textual and summary file of various legal texts was used; Arriving at the conclusion, the application of the criminal policy postulates belonging to the minimum criminal law makes it possible to graduate the level of harmfulness that exists, therefore, the holder of the criminal action could establish if in the specific case it is against an elevation of the permitted risk or the creation of a non-permitted risk; Finally, the Judiciary is recommended to create a jurisprudential line tending towards the recognition of the necessary verification of the level of harmfulness within the conduct of the active subject within the crimes of infringement of duty.

**KEY WORDS:** Minimum criminal law, principle of fragmentation, principle of subsidiarity, crimes of infringement of duty, civil servant and public servant.

## INTRODUCCIÓN

La presente investigación tuvo como objetivo analizar la manera en la que influye la postura ortodoxa de los delitos de infracción del deber con la administración pública en la política criminal del derecho penal mínimo en el Estado peruano, en consecuencia la aplicación del derecho penal mínimo permitiría la graduación del daño regenerado sobre el bien jurídico, así determinar si se está frente a un riesgo relevante o riesgo insignificante, ello para establecer la viabilidad de la investigación, la racionalidad y razonabilidad en la aplicación del derecho penal, en congruencia con el principio de fragmentariedad; así podría determinarse la utilización de otros medios de control social formales más adecuados para resolver el caso en concreto, evitando así el empleo del derecho penal y respetando su naturaleza como última opción, en congruencia con el principio de subsidiariedad.

La aplicación del derecho penal requiere de la objetividad que proporcionan las bases dogmáticas del derecho penal y el lineamiento de políticas institucionales que otorga la política criminal, ambos en conjunción hacen posible la aplicación racional de las normas penales, consiguiendo concretar la legitimidad de la potestad punitiva del estado, para que los delitos de infracción del deber tengan legitimidad y una aplicación racional de las normas penales, que se sujete a la política criminal vigente y derecho penal mínimo.

Bajo esa misma línea, la presente investigación tuvo como **problema general**: ¿De qué manera la postura ortodoxa de los delitos de infracción del deber contra la administración pública influye en la política criminal del derecho penal

mínimo en el Estado peruano?; **justificándose teóricamente** como importante para los operadores, estudiantes o investigadores del derecho, ya que aportara doctrinalmente a la importancia de la aplicación sobre la política criminal en la dogmática penal, debido a que permite la coexistencia y plenitud de ambos campos de estudios del derecho penal, estableciendo así que la política criminal determina el modo y la forma en la cual se persigue y combate la criminalidad, actuando como guía para el ejercicio de la potestad punitiva del estado, es así que la aplicación de la norma penal debe de estar supeditada a la política criminal vigente. El derecho penal mínimo y sus principios de fragmentariedad y subsidiariedad son las guías para la aplicación de la potestad punitiva; en consecuencia, la aplicación de los tipos penales en contra de la administración pública debe estar sujetos al derecho penal mínimo, de modo que se logre aplicar y ejercer de manera adecuada la potestad punitiva y legitimizar el derecho penal.

Se **justifica socialmente**, contribuyendo a la sociedad con un mejor uso y administración de los recursos del Estado que sean empleados en la administración de justicia, evitando que la investigación fiscal y juzgamiento sobre bienes jurídicos sin observar postulados se den, y se priorice los de relevancia penal, de ese modo los principios de derecho penal mínimo guiaran las investigaciones fiscales, para que aquellos que no tengan la relevancia penal sean archivos *in limine*. Por otra parte, la **justificación metodológica** se sustenta en la naturaleza dogmática jurídica, la cual no restringe del uso de discusiones doctrinales sobre un tópico en concreto y permite una ponderación en la argumentación, lo cual promueve un debate en la argumentación jurídica y permite un mejor enfoque sobre las investigaciones cualitativas.



El **objetivo general** es analizar la manera en la que influye la postura ortodoxa de los delitos de infracción del deber contra la administración pública en la política criminal del derecho penal mínimo en el Estado peruano.

En el **marco teórico** se desarrollaron los fundamentos, principios y figuras en conjunto del derecho penal mínimo y los delitos de infracción del deber.

El presente trabajo se enmarca en la investigación **básica** o fundamental, con un **nivel de investigación explicativo**; como **método general de investigación**, hermenéutico y los **métodos particulares**, el exegético y sistemático – lógico. El **diseño** empleado fue: no experimental – transaccional; al ser dogmático jurídico no se empleó **muestra**.

Bajo ese contexto y teniendo en mente el orden de las ideas de la presente tesis, se estructura en cuatro capítulos:

- El primer capítulo, planteamiento del problema, las cuales son desarrolladas con puntualidad y precisión.
- El segundo capítulo marco teórico, en el cual se exponen antecedentes a la investigación, bases teóricas respecto a los delitos de infracción del deber contra la administración pública en la política criminal del derecho penal mínimo en el Estado peruano.
- El tercer capítulo, metodología, en el que se describen el tipo y nivel de investigación científica empleados.
- El cuarto capítulo, resultados, se describen los resultados mediante teorizaciones de los delitos de infracción del deber contra la administración pública en la política criminal del derecho penal mínimo.

- El quinto, discusión de los resultados donde se realizó una explicación didáctica sobre los hallazgos obtenidos y generación de nuevos problemas de investigación.

Esperando que la investigación tenga la finalidad de dilucidar dudas de los lectores y reconociendo que pueda haber falencias, se agradece puedan advertirlas a fin de corregir y contribuir académicamente, pues toda investigación en el área jurídica tiene la finalidad de esclarecer, contribuir y mejorar el sistema jurídico.

El autor

## **CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

### **1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA**

La presente investigación, surge de problemas observados en la práctica fiscal, en la cual existen casos de apertura de investigaciones fiscales en contra de servidores o funcionarios que cometen delitos en contra de la administración pública por haber conculcado el deber extrapenal que los conmina a la preservación de la administración pública, empero dentro del análisis fiscal, no se emplean los postulados de política criminal que rigen y regulan la aplicación de la potestad punitiva del estado, en ese sentido se advierte casos en los que se apertura una investigación por el uso o apropiación de bienes públicos pero en una cantidad irrisoria, esta práctica se encuentra en divergencia con el derecho penal mínimo.

El acuerdo plenario N°1-2010/CJ-116 , estipula que el delito de peculado (una de las modalidades de delitos contra la administración pública), recaerá sobre bienes parcialmente del estado o de exclusividad de este (como propiedad privada), de ese modo la importancia recae en que no se puede mal utilizar , sino administrarlos correctamente; sin embargo la realidad condice otra visión, pues se tiene el caso de Luis Valdivia Arrieta, gerente de Seguridad Ciudadana y de Transportes de la Municipalidad Distrital de Cayma por haber utilizado como transporte privado el automóvil de Serenazgo (RPP, 2018), o como la investigación fiscal a 18 gobernadores y 52 funcionarios por delitos de corrupción, de los cuales 3 gobernadores tienen prisión preventiva, entre otros

casos por direccionamiento de compras, contrataciones irregulares, malversación de fondos y tráfico de influencias. (Infobae, 2021)

**Figura 1.**

*Funcionarios públicos investigados por delitos de infracción al deber*



*Nota.* Funcionarios públicos que son investigados en el año 2021 por delitos de infracción al deber. Fuente: Infobae (2021)

Tras lo analizado, se denota que existe una relación inmanente entre la política criminal y la dogmática penal, debido a que la política criminal construye conceptos que se adoptan por la dogmática penal, por ello cada modelo de la dogmática penal se constituye para dar funcionalidad a la postura de la política criminal adoptada por el legislativo a fin de combatir la criminalidad y prevenir los delitos.

El derecho penal es una barrera para la política criminal, debido a que esta última, por tener un empleo político por parte del legislativo es susceptible

de convertirse en un plan de acción con fines políticos o campañas ideológicas, en merito a ellos se necesita una dogmática penal que frene dichas pretensiones en razón a lo peligroso que constituye la desnaturalización de la política criminal con fines políticos.

En este sentido, la política criminal y derecho penal se complementan a fin de volver efectiva la norma penal ulterior que será encargado de regular la conducta de la sociedad; por ello, la producción en la norma penal debe atender y buscar su legitimización y eficacia.

Por lo tanto, como pronóstico del problema o consecuencias negativas que traería el problema, que en la actualidad se emplea la potestad punitiva en los casos de uso en mínimas o irrisorias cantidades de insumos institucionales de una manera errada, ya que al no revestir la relevancia y lesividad correspondientes no deberían emplearse la potestad punitiva, y es que los delitos de infracción al deber no se subsumen por la cuantía, sino por quebrar el deber de utilizar o administrar correctamente los bienes del estado, no se trata de un simple hurto, cuya naturaleza se basa en la cuantía.

En el caso antes expuesto basta que se quiebre ese deber por parte del funcionario público, pese a que muchos aleguen la visión de que pueda llevarse ese tipo de procesos a un proceso administrativo sancionador por la cuantía mal utilizada por parte del funcionario.

De esa manera, la solución al problema o el control del pronóstico sería que debe de existir una necesaria correlación entre los postulados de derecho

penal mínimo; es decir, la prevalencia del principio de fragmentariedad, implica que el derecho penal es el último medio de control social formal para la composición de conflictos sociales generados por la comisión de delitos; por ende, la práctica fiscal debe estar supeditada a la observancia obligatoria de estos postulados rectores; en tal sentido, la dogmática penal debe encontrarse en consonancia con la política criminal.

En correlato con lo antes mencionado, para la aplicación de las normas penales comprendidas dentro de los delitos en contra de la administración pública, que se encuentran agrupados dentro de los delitos de la infracción del deber, deben aplicarse en consonancia con los postulados de política criminal y en especial con la observancia de los principios de fragmentariedad y subsidiariedad; por ende, la infracción de la norma extra penal se realiza de manera cualitativa, es decir, se verifica la sola trasgresión, mas no el grado de lesividad de la conducta infractora.

En consonancia con los postulados de derecho penal mínimo, para la configuración de un delito de infracción del deber es preciso tener en cuenta, el quebranto del deber extrapenal que sujeta al funcionario o servidor público y además de ello la lesividad de la conducta, la misma, que debe revestir una clara relevancia penal, estos factores combinados harán que el ejercicio de la potestad punitiva sea idóneo para la persecución de los delitos en contra de la administración pública y se eviten la apertura de investigación por el uso de solo un papel bond dentro de la institución.

Para establecer la relación entre la política criminal del derecho penal mínimo y la dogmática penal, es preciso que la infracción del deber extrapenal se condiga con la fragmentariedad y subsidiariedad, es decir que se tenga en cuenta la lesividad y dañosidad de la conducta cometida, la misma debe tener una repercusión para el bien jurídico protegido y para el sujeto pasivo; por otro lado, el delito de infracción del deber también debe observar el principio de subsidiariedad, que implica que frente a los casos que pueda advertir el fiscal primero debe analizar si el mismo se puede resolver mediante otros medios de control social, de no ser el caso en última instancia, se debe emplear el derecho penal, frente a los casos de uso en mínimas cantidades de insumos institucionales se debe de analizar en el fuero administrativo.

En la práctica fiscal existen casos en los que puede observarse la apertura de investigación fiscal en contra de servidores o funcionarios que cometen delitos en contra de la administración pública, por haber infringido el deber extrapenal que los sujeta a la preservación de la administración pública, pero dentro del análisis fiscal no se emplea los postulados de política criminal, que rigen y regulan la aplicación de la potestad punitiva del estado, en tal sentido, pueden advertirse casos en los cuales se aperturan investigación por el uso o apropiación de bienes estatales pero en una cantidad irrisoria, esta práctica fiscal se encuentra en divergencia con el derecho penal mínimo.

Existe una relación inherente entre la política criminal y la dogmática penal, en razón a que la política criminal construye una vertiente de conceptos que es adoptada por la dogmática penal, es por ello que cada uno de sus

modelos está constituido en aras de dotar de funcionalidad a la postura de política criminal adoptada por el legislativo para la ejecución de la misma, a fin de combatir contra la criminalidad y la prevención o retribución de delitos.

El derecho penal es una barrera inconmensurable de la política criminal en razón a que por el empleo político por parte del legislativo es susceptible de convertirse en un plan de acción con fines políticos, que propulsa campañas ideológicas, en merito a ello se requiere de una dogmática penal que detenga dichas pretensiones, por lo peligroso que constituye la desnaturalización de la política criminal con fines políticos.

En tal sentido, la política criminal y el derecho penal, se relacionan de manera inmanente, debido a que se complementan, para volver efectiva la norma penal ulterior que será encargado de regular la conducta de la sociedad, por esta razón la producción normativa de la norma penal debe de atender y atravesar este proceso a fin de buscar su legitimización y eficacia.

Por tanto, debería existir una correlación entre los postulados del derecho penal mínimo, la prevalencia del principio de fragmentariedad, implica que el derecho penal solo sanciona las conductas más lesivas para la sociedad; así también, el principio de subsidiariedad, implica que el derecho penal es el último medio de control social formal para la composición de conflictos sociales generados por la comisión de delitos, por lo que la practica fiscal debe estar supeditada a la observancia obligatoria de estos postulados rectores, en tal sentido la dogmática penal debe concordar con la política criminal.



En concordancia con lo mencionado, para la aplicación de las normas penales comprendidas dentro de los delitos en contra de la administración pública, que se encuentran agrupados dentro de los delitos de la infracción del deber, deben de aplicar en consonancia con los postulados de política criminal, en especial con la observancia de los principios de fragmentariedad y subsidiariedad, a pesar que los delitos de infracción del deber tienen como fundamento de punibilidad del deber extrapenal, que realizado por el funcionario o servidor público en el ejercicio de sus funciones, por ende la infracción de la norma extra penal se realiza de manera cualitativa, es decir, solo se verifica la trasgresión, mas no el grado de lesividad de la conducta infractora.

Acorde con los postulados del derecho penal mínimo para la configuración de un delito de infracción del deber, es preciso que se tenga en cuenta la conculcación del deber extrapenal que sujeta al funcionario o servidor público, además de la lesividad de la conducta, la cual debe presentar relevancia penal, los factores combinados harán que el ejercicio de la potestad punitiva sea idóneo, para la persecución de los delitos en contra de la administración pública, evitando la apertura de investigación por el uso de bienes fungibles irrisorios.

Para establecer la correlación entre la política criminal del derecho penal mínimo y la dogmática penal, es preciso que la infracción del deber extrapenal se condiga con la fragmentariedad y subsidiariedad, teniendo en cuenta la lesividad y dañosidad de la conducta cometida por el autor, repercutiendo en el

bien jurídico protegido y para el sujeto pasivo, en caso no amerite, no debe emplearse la potestad punitiva; es decir en caso de uso de mínimas o irrisorias cantidades de insumos institucionales, no debería emplearse la potestad punitiva; por otro lado, el delito de la infracción del deber debe observar el principio de subsidiariedad, lo cual implica que frente a casos que pueda advertir el fiscal, debe analizarse primero si puede resolverse a través de otros medios de control social, de no ser el caso, en última instancia se debe emplear el derecho penal; en tal sentido frente a al uso de mínimas e irrisorias cantidades institucionales, debe ser derivada al fuero administrativo.

De esa manera, habiendo entendido el contexto del problema, formulamos la siguiente interrogante: ¿De qué manera la postura ortodoxa de los delitos de infracción del deber contra la administración pública influye en la política criminal del derecho penal mínimo en el Estado peruano?

## **1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

### **1.2.1. Problema general.**

- ¿De qué manera la postura ortodoxa de los delitos de infracción del deber contra la administración pública **influye** en la política criminal del derecho penal mínimo en el Estado?

### **1.2.2. Problemas específicos.**

- A. ¿De qué manera la postura ortodoxa de los delitos de infracción del deber contra la administración pública influye en el principio de subsidiariedad del derecho penal mínimo en el Estado peruano?

- B.** ¿De qué manera la postura ortodoxa de los delitos de infracción del deber contra la administración pública influye en el principio de fragmentariedad del derecho penal mínimo en el Estado peruano?
- C.** ¿De qué manera la postura ortodoxa de los delitos de infracción del deber contra la administración pública influye en la lesión *insignificante* del derecho penal mínimo en el Estado peruano?

### **1.3. JUSTIFICACIÓN**

#### **1.3.1. Social.**

Cuando nos referimos a la justificación social, en términos sencillos, son las contribuciones que ayudarán a la sociedad, en este sentido, habrá un mejor uso y administración de los recursos del Estado peruano respecto a la administración de justicia, porque en vez de estar haciendo uso de forma indiscriminada el aparato de la investigación fiscal y el juzgamiento respectivo sobre bienes jurídicos sin observar los postulados de la política criminal se aprovechara esos diligenciamientos para los delitos que tengan relevancia penal, en pocas palabras se está tomando en cuenta el principio de prioridad, en tanto, los principios de derecho penal mínimo serán los que guíen las investigaciones fiscales, para aquellos casos que no revistan relevancia penal sean archivos in limine, lo que mejora sustancialmente las investigaciones fiscales debido a una focalización del trabajo fiscal hacia los casos que entrañen relevancia penal, lo cual ocasionará un cambio de paradigma.

### 1.3.2. Teórica.

La tesis tiene una importancia teórica para todos los operadores, estudiantes o investigadores del derecho, ya que brindará *aportes doctrinarios* a la importancia de **la aplicación sobre la política criminal en la dogmática penal**, la cual permite la coexistencia y plenitud de ambos campos de estudio del derecho penal, por ende, es preciso establecer que la política criminal determina el modo y la forma en la cual se persigue y combate a la criminalidad, siendo así, una guía para el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, en tal sentido, la aplicación de una norma penal debe estar supeditada a la política criminal vigente, en correlato, el derecho penal mínimo y sus principios de fragmentariedad y subsidiariedad son las guías rectoras para la aplicación de la potestad punitiva, además de, su delimitador por antonomasia, en consecuencia, la aplicación de los tipos penales comprendidos dentro de los delitos en contra de la administración pública deben estar sujetos al derecho penal mínimo, solo con ello, se podrá aplicar y ejercer de manera adecuada la potestad punitiva y legitimizar el derecho penal.

### 1.3.3. Metodológica.

Metodológicamente aportará en mejorar los métodos para una investigación **cualitativa** y no restringirse en la postura de que una tesis sólo se considera como tal *si tiene instrumentos de recolección* de datos para un trabajo de campo, sino que una tesis en el ámbito jurídico trabaja más con aportes y *discusiones doctrinales* sobre un tópico en concreto y

se realiza una ponderación de argumentación lo cual promueve un debate de argumentación jurídica.

## **1.4. OBJETIVOS**

### **1.4.1. Objetivo general.**

- **Analizar** la manera en que influye la postura ortodoxa de los delitos de infracción del deber contra la administración pública en la política criminal del derecho penal mínimo en el Estado Peruano.

### **1.4.2. Objetivos específicos.**

- **Identificar** la manera en que influye la postura ortodoxa de los delitos de infracción del deber contra la administración pública en la política en el principio de subsidiariedad del derecho penal mínimo en el Estado peruano.
- **Determinar** la manera en que influye la postura ortodoxa de los delitos de infracción del deber contra la administración pública en el principio de fragmentariedad del derecho penal mínimo en el Estado peruano.
- **Examinar** la manera en que influye la postura ortodoxa de los delitos de infracción del deber contra la administración pública en la lesión insignificante del derecho penal mínimo en el Estado peruano.

## CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

### 2.1. ANTECEDENTES

#### 2.1.1. Nacionales.

A. En el trabajo de investigación “La responsabilidad penal de los funcionarios o servidores públicos que por razón de su cargo cometen el delito de peculado de uso”, por Molina (2018), sustentada en la ciudad de Lima- Perú, para obtener el grado académico de maestro en derecho penal, por la Universidad Federico Villareal, esta investigación tuvo como propósito determinar la existencia de los tipos de responsabilidades penales de funcionarios o servidores públicos, los cuales utilizaron algún vehículo motorizado consignados a su servicio personal por el cargo que desempeñaban; relacionándose con la presente investigación, en que la sanción impuesta a un funcionario público tiene que versar conforme al principio de mínima intervención, puesto que no es lo mismo cometer un delito doloso y una infracción administrativa, siendo así las conclusiones de la precitada investigación, son las siguientes:

- El delito de malversación y engaño es un delito que se registra en el desempeño de funciones oficiales cuando se comprueba que los daños causados a la propiedad estatal se deben a cargos oficiales.
- Si un agente incumple sus funciones debido a sus ocupaciones y las incumple, será considerado delito de incumplimiento del deber,

por tanto, el delito de incumplimiento del deber, se da en el tipo de delito en el que se atribuye la responsabilidad a quien tiene una determinada obligación, entonces en el caso de malversación, estamos hablando de un funcionario al que se le asignó un automóvil para su uso personal.

- Durante el periodo 2013-2016 en la Corte Suprema de Lima, los jueces no anunciaron ninguna sanción porque en la mayoría de los casos el descargo se aplica a servidores públicos, puesto que se aplicó por su cargo, entonces debe registrarse solo en caso de daños a la propiedad estatal.

Finalmente, la tesis utilizó una metodología concordante a una investigación histórica o descriptiva retrospectiva.

**B.** Asimismo, se encontró el antecedente que lleva por título “Trascendencia de la cuantía en el delito de peculado y su incidencia en el principio de mínima intervención”, por Lizárraga (2018), sustentada en la ciudad de Arequipa, esta investigación busca determinar si el principio de mínima intervención es mermado en su contenido esencial y la ausencia de un parámetro económico mínimo que configure la tipicidad del delito de peculado en su modalidad básica, por eso se relaciona con nuestro trabajo de investigación, puesto que, actualmente existen una cierta cantidad de conductas catalogadas en el Código Penal que evidenciarían algún reproche por parte del sistema jurídico, por lo tanto las conclusiones de la referida investigación, son las siguientes:

- Existe una apretada relación entre derecho penal y la Constitución debido a que obedece a una estrecha vinculación entre principios, prerrogativas y límites necesarios para su actuación al interior de nuestro sistema jurídico; por tal razón, debemos entender que la interpretación de los diversos dispositivos normativos contenidos en nuestra legislación penal necesariamente debería tener como referente a los parámetros del Estado de derecho.
- El principio de mínima intervención encuentra actuación cuando el problema social no pueda ser solucionado por algún otro fragmento del ordenamiento jurídico, por consiguiente, debemos entender que solamente aquellas afectaciones o infracciones de mayor trascendencia a bienes jurídicos que deberían ser castigadas por el derecho penal.
- La doctrina ha establecido tres parámetros instrumentales para la adecuada aplicación del principio de mínima intervención, el primero, la subsidiariedad entendida como mecanismo de contingencia, el segundo, la fragmentariedad entendida como la división del derecho a través de mecanismos alternos y diferentes al derecho penal y el tercero, considerada por algunos autores como la última ratio que en esencia comprende la consignación de conductas que merecen el reproche penal.

Finalmente, la tesis pese a ser de corte magistral **carece de una metodología**, por lo cual el interesado puede observar en las



referencias bibliográficas el link pertinente para cerciorarse y contrastar que lo dicho por el tesista es cierto.

C. También se encontró otra investigación titulada “La imputación en el delito peculado”, por Diaz (2018), sustentada en la ciudad de Piura – Perú, para obtener el grado de maestría en derecho público, con mención en derecho penal y procesal, por la Universidad de Piura, esta investigación tiene como propósito determinar el reproche en delitos de peculado, sea en su forma dolosa o imprudente, las cuales ciertos criterios resultan todavía insuficientes para dar respuesta a toda la problemática referente a los delitos de peculado, por eso se relaciona con el presente trabajo, dado que en la actualidad consideramos que preexiste un abuso exagerado en cuanto al *tus puniendi* del Estado, porque debería existir una sanción más idónea en cuanto al uso que se realiza para los bienes públicos, siendo así, las conclusiones de la precitada investigación fueron:

- La administración pública como agencia de gobierno esta esencialmente presente ante la gente para satisfacer sus expectativas precisamente a través del servicio que brindan los organismos reguladores, entonces se establece una relación institucional entre la administración pública y el servidor público, de la cual surgen un conjunto de deberes y expectativas de aseguramiento.
- El delito de malversación reprochable surge cuando por culpa o negligencia, un funcionario o representante público crea una

oportunidad para que un tercero retire de la administración del Estado, los fondos o desempeño que se le haya encomendado.

- La introducción de actos fraudulentos es de carácter referencial, como el principio de determinación, un determinado rol, el trabajo de un funcionario, un juez, etc., para que se fundamente la acusación solo en este rol.

Finalmente, la tesis pese a ser de grado de maestría **carece de una metodología**, por lo cual el interesado puede observar en las referencias bibliográficas el link pertinente para cerciorarse y contrastar que lo dicho por el tesista es cierto.

**D.** De igual forma, se ha encontrado la tesis titulada: Doctrina de infracción deber normativista en la jurisprudencia de la corte suprema y su relación con la convención de las naciones unidas contra la corrupción, por Canchari (2018), sustentada en la ciudad de Ancash para optar el grado de Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, la cual tuvo como finalidad determinar si se relaciona positivamente la jurisprudencia de la Corte Suprema en lo penal que aplica la teoría de infracción del deber sobre autoría y participación con la Convención de las Naciones Unidas sobre la corrupción, esto es, de ver si existe armonía y adecuada sistematización entre las normas de orden nacional y aquellas que se dictan en la esfera internacional respecto al autor (persona que interviene en la comisión del delito incumpliendo el deber especial) y participes (persona que interviene en la comisión del delito

incumpliendo el deber especial) y participes (persona que interviene en la comisión del delito pero no infringen ningún deber especial ya que no lo tiene), relacionándose así con la presente tesis, en razón que la sistematización y armonización normativa respecto de los delitos de infracción del deber es necesaria para generar seguridad jurídica en la sociedad, así la tesis llevo a las siguientes conclusiones:

- No es uniforme la jurisprudencia de la Corte Suprema que aplica la doctrina de infracción del deber en la determinación de autoría y participación; debido a la distinta formación doctrinal de sus miembros y asesores principales; así como a la inexistencia de una sola doctrina que unifique y sintetice las distintas posibilidades que se tiene para la determinación de la responsabilidad penal en los delitos especiales.
- No se relaciona positivamente la jurisprudencia de la Corte Suprema en lo penal que aplica la teoría de infracción del deber sobre autoría y participación con la Convención de la Naciones Unidas sobre la corrupción; debido a una concepción formalista, maniquea de los deberes especiales que tienen los sujetos cualificados.
- La aplicación de la doctrina de infracción del deber en la determinación de autoría y participación en la práctica contraviene los postulados y fines de la Convención de la Naciones Unidas sobre la corrupción; toda vez que dejando en impunidad a lo que

tiene el poder real, en todo caso, la responsabilidad solo alcanza a los mandos medios.

Finalmente, la metodología que guarda la tesis es el siguiente: el tipo de investigación fue la dogmática: normativa y teórica, el tipo de diseño correspondió al experimental. En cuanto al diseño general se tuvo al diseño transversal, y como diseño específico se utilizó al diseño explicativo. Por último, en relación a los instrumentos de recolección de la información fueron: la técnica documental y la ficha de análisis de documentos y contenido.

**E.** Como artículo de investigación titulado “La aplicación del principio de interculturalidad en las sentencias por los delitos de peculado, ¿Discriminación inversa?”, realizado por Ochoa et al. (2021) y publicado en la Revista Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores, presente como aporte fundamental la existencia de un debate en cuanto a los beneficios que el principio de pluralismo jurídico (reconocimiento del derecho consuetudinario) puede generar, tal es el caso que concurre una discriminación a personas no indígenas en el cumplimiento de sentencias por el delito de peculado, así la investigación se relaciona con la muestra, porque nos abre como delimitar al delito de peculado (infracción al deber) en su concepción de justicia ya sea utilitarista o deontológica deja a un acomodo de los operadores del derecho a poder afirmar sobre el delito; es una sanción administrativa o delito en sentido estricto, concluyendo que:

- El análisis crítico jurídico es necesario, ya que tiene relevancia al evidenciar lo importante de la aplicación del principio de interculturalidad, cuando las personas que pertenecen a una nacionalidad indígena se encuentran inmersas en un proceso penal como es el caso del delito de peculado, sin afectar de esta manera la legítima defensa y la seguridad jurídica.
- Si bien es cierto existe aplicación directa de los mandatos constitucionales y criterios vinculantes para ejecutar las penas que corresponde a cada individuo al utilizar al principio de interculturalidad como escudo protector con el objetivo de evitar el ingreso del sentenciado a un Centro de Privación de Libertad, es notoria la discriminación inversa, puesto que quien no lo justifique inmediatamente, restringe totalmente su libertad por la pena impuesta a cumplirse en el lugar antes señalado.
- Las acciones afirmativas utilizadas en estos casos no pretenden menoscabar derechos; sin embargo, al verificar casos reales respecto al cumplimiento de penas se verifica una desigualdad total en cuanto a los beneficios que dicho principio otorga.

La investigación opto por una **metodología** explicativa en su argumentación.

### **2.1.2. Internacionales.**

**A.** Como antecedente internacional se encontró el artículo jurídico que lleva por título “Evolución de un derecho penal mínimo hacia un derecho penal máximo de los bienes jurídicos colectivos”, realizada

por La Puerta (2018), publicada en la ciudad de Barcelona – España, este trabajo tiene como objetivo primordial la necesidad de acabar con la inflación legislativa y hacer de una vez por todas, la objetivación del derecho penal mínimo, la cual no se podrá dar en la parte general, sino en la parte especial y de acuerdo con las necesidades y realidades propios de cada país, por eso se relaciona con nuestra tesis, porque es menester hacer un exhaustivo análisis sobre la intervención del derecho penal mínimo, dado que la coyuntura administrativa lo vivencia a diario y más aún cuando se comete un delito de peculado, siendo así, las conclusiones fueron las siguientes:

- El derecho penal mínimo como paradigma del derecho penal ejemplar ha estado al frente del debate sobre como limitar el poder del castigo, esta vez con nuevas interrogantes porque los sistemas penales actuales no resuelven el problema que genera la delincuencia en la sociedad actual con el encarcelamiento.
- En todo caso, el problema radica en la consolidación de las premisas que configuran el nivel de derecho penal como la relación extrema de vigilancia y la identificación del objeto de injerencia criminal para sancionar bienes o intereses, beneficios de especial importancia constitucional.
- Desde el llamado derecho penal inferior, se discute la legalidad de la gestión de riesgos a través de la ordenación de procedimientos penales y especiales, disposiciones de custodia,

así como la legalidad de la intervención criminal en la protección de los llamados “nuevos riesgos”.

Finalmente, por la naturaleza del antecedente de investigación, ello carece de una metodología, por lo cual el interesado puede observar en las referencias bibliográficas el link pertinente para cerciorarse y contrastar que lo dicho por el tesista es cierto

**B.** La tesis titulada “Rol del derecho penal frente al ejercicio del poder punitivo del Estado: el caso venezolano” por Bohorques (2017), sustentada en la ciudad de Bárbula – Venezuela, para obtener el grado de especialista en derecho penal, por la Universidad de Carabobo, esta investigación busca analizar el rol primordial del derecho penal frente al ejercicio del poder punitivo del Estado venezolano, por eso se relaciona con nuestro trabajo de investigación, debido a que estamos de acuerdo en que el poder punitivo estatal ocasiona más dificultades de los que pretende resolver, por consiguiente, el derecho penal debe asumir la característica irracional como propia para que no pueda ir más allá de sus límites y termine produciendo resultados terribles, de tal suerte que las conclusiones de la referida investigación son las siguientes:

- El estado desarrolla repuestas punitivas a partir del modelo planteado por la realidad, por lo que para concebir una respuesta a los conflictos del poder es suficiente analizar su estructura democrática y con ello comparar si el derecho penal puede cumplir su función de equilibrio social, siendo así el daño al poder

punitivo viene provocándose desde la Edad Media hasta la actualidad y se ha conservado la disfuncionalidad que juega el derecho penal en torno al poder político.

- Ante la intervención coercitiva y violenta del estado; donde se ejercen poderes punitivos, pero sobre todo a medida que se va desarrollando es de suma importancia proteger los bienes jurídicos que exhiben un comportamiento represivo y que carecen de una política criminal, entonces será obligatorio conducir un comportamiento de acuerdo con los lineamientos constitucionales.
- El carácter selectivo del poder punitivo siempre permanecerá en otros procedimientos de crimen supletorio, lo cual será implementado por los órganos que ejercen este poder, por lo tanto, la criminología crítica juega un papel importante en el estudio del control formal que constituye el derecho.
- En la lucha contra la violencia criminal se debe tomar en consideración la respuesta del Estado, porque su función principal es limitar su ejercicio, por eso debería hacerse desde el fortalecimiento de los derechos humanos y con ello no exceder la intimidación punitiva que perjudique las garantías constitucionales.
- En el caso de personas que expresan descontento por la falta del estado de bienestar y protestan por haber sido criminalizada muchas veces, la función restrictiva del derecho penal se



desdibuja por la necesidad de utilizar el derecho penal como método represivo.

Finalmente, la tesis utiliza una **metodología** de carácter descriptivo, debido a que se contempló únicamente el detalle de los elementos del problema a tratar; por lo cual el interesado puede observar en las referencias bibliográficas el link pertinente para cerciorarse y contrastar que lo manifestado por el tesista es cierto.

C. El artículo de investigación denominado “Sistema penal y mínima intervención de una función simbólica a una función real”, realizado por Caro (1994) publicado en la Revista PUCP, tuvo como propósito ofrecer una panorámica de como el análisis económico, encuentra en el modelo político criminal de mínima intervención, una alternativa eficiente al problema de la escasez de recursos estatales, lo cual se relaciona con nuestra tesis en tanto los delitos de infracción al deber tienen una naturaleza deontológica, es decir que este delito no se basa en la cantidad robada por el funcionario público, sino en el mero hecho de haber infringido el deber de su posición por esa razón es que la posición utilitarista o de análisis económico del derecho tiene como fuente básica no utilizarlos recursos estatales de manera exacerbada y más aún para delitos en los que el mejor camino es la sanción administrativa, como en el caso de delitos de peculado, etc., siendo que dicha investigación llego a las siguientes conclusiones:

- Como reducción de los costos de prevención. Al reprimirse un menor número de infracciones solo las lesivas de los bienes

jurídicos fundamentales, el sistema se descongestiona. Ello trae consigo el aumento de la probabilidad de la imposición efectiva de la sanción penal, lográndose el objetivo de la prevención general positiva, que bajo el modelo de mínima intervención supera las críticas dado que solo protege los valores fundamentales.

- Como reducción de los costos derivados de la comisión efectiva de delitos. Ello debido a que el sistema opera mediante una selección racional, puesto que asigna sus escasos recursos a la persecución de las conductas que generan un mayor costo social, dejándose de lado la intervención punitiva frente a las infracciones de menor entidad – delitos de bagatela, por ejemplo, lo cual maximiza la utilidad del sistema, evitándose “costos de oportunidad”. Esto implica a su vez una reducción de la cifra negra de la criminalidad.
- Como reducción de los costos del sistema penal. Dado que el sistema opera mediante una selección racional, su consiguiente descongestión significará una reducción significativa de sus costos. En conclusión, el modelo de mínima intervención acerca al sistema penal al cumplimiento de una función real, la de reducir el costo social del delito, superando el simbolismo falso e ilusorio que actualmente lo domina.

El artículo de investigación **no tiene metodología** utilizada.

**D.** El artículo de investigación denominado: Autoría y participación y la teoría de los delitos de “infracción del deber”, realizado por Abanto (2004), publicado en la Revista Penal, tuvo como propósito examinar teorías, las propuestas y las consecuencias en la solución práctica de casos en los delitos contra la administración pública, lo cual se relaciona con esta tesis en tanto al analizar estos puntos no solamente se tiene un mero interés teórico, sino que su enorme relevancia práctica se hace patente una y otra vez en la tarea jurisprudencial y recién ha adquirido especial atención en la dogmática penal latinoamericana gracias a sonados casos judiciales contra ex funcionarios de regímenes corruptos, pues precisamente muchos tipos penales de delitos contra la administración pública tienen la estructura de “delitos especiales” o de “infracción del deber”, siendo que dicha investigación llegó a las siguientes conclusiones:

- Hasta la actualidad no se ha encontrado todavía una solución plenamente satisfactoria para tratar con justicia todos los casos de auditoría y participación en delitos especiales o de infracción del deber. La teoría del dominio del hecho, por sí sola, ha demostrado ser insuficiente pues, aplicada consecuentemente, llega a soluciones político-criminalmente intolerables, en especial: la impunidad para *intraneus* y *extraneus*, cuando este último ejecute los hechos como un “instrumento doloso no cualificado”, o la impunidad del *extraneus* que emplee al *intraneus* como “instrumento cualificado no doloso”

- La Tesis de Roxin de la infracción del deber se está imponiendo tanto por su sencillez como por ofrecer mejores soluciones prácticas. Pero también he tenido críticas no despreciables, si bien los últimos trabajos de los seguidores de esta tesis la han reforzado considerablemente. En todo caso, por ahora, ya puede considerarse doctrina dominante la aceptación de la existencia de delitos de deber diferentes de los delitos de dominio y la aplicación de principios distintos para definir la autoría y la participación en estos.
- Todavía queda mucho camino por recorrer para desentrañar el gran problema teórico y práctico que representa la autoría y la participación en los delitos especiales (comoquiera que se los defina). Como acertadamente decía BOTTKE al analizar críticamente las tesis de Roxin del demonio del hecho, la queja de que la teoría de la participación punible sería el capítulo más oscuro y difuso de la ciencia penal alemana todavía albergara una pizca de verdad, ello ocurriría en el caso de la teoría de la autoría y la participación en los delitos especiales.

El artículo de investigación **no tiene metodología** a utilizar.

**E.** El artículo de investigación denominado: Delitos especiales y de infracción de deber un el anteproyecto de Código Penal, realizado por Ossandón (2006), publicado en la Revista Política Criminal tuvo como propósito estudiar el alcance de la disposición del artículo 45 del anteproyecto del Código Penal y su eventual compatibilidad con

la categoría de los delitos de infracción de deber, que se superpone a la tradicional distinción entre delitos especiales propios o impropios, lo cual se relaciona con nuestra tesis en tanto este análisis de la compatibilidad teórica de la categoría, en la Parte General del anteproyecto, se complementa con el de su admisibilidad en relación con la concreta tipificación de algunos delitos en su Parte Especial (torturas, malversación, infidelidad en la custodia de documentos, detención ilegal y parricidio, siendo que dicha investigación llevo a las siguientes conclusiones:

- Al revisar los fundamentos, características y formas de tratamiento de la participación en los delitos de infracción del deber cabe concluir que esta es una categoría necesaria dentro de la construcción del sistema penal, fundamentalmente porque responde de modo adecuado ante una realidad diferente de aquella a que se refieren los delitos de dominio o de organización.
- En este sentido, se coincide con Caro John en que “la bondad de la construcción de los delitos de infracción del deber no radica en la novedad de sus propuestas sino en que, con su surgimiento, los problemas que se suscitan en el terreno de la autoría ahora tienen la posibilidad de obtener una solución sistemática más satisfactoria, sobre todo en los ámbitos en que el dominio del hecho no tiene ninguna fuerza explicativa no tiene ninguna fuerza explicativa”, dicho de un modo más directo: en el ámbito de los delitos cometidos por personas portadoras de deberes especiales.

- Sin embargo, al analizar la regulación concreta de estos delitos en la parte especial surgen importantes inconvenientes que impiden aceptar, sin más, la aplicación de esta categoría de delitos con todas sus consecuencias prácticas. La superación de muchos de estos se podría conseguir estableciendo que la atenuación de la pena, tal como está dispuesta en el art. 45 inciso segundo del Anteproyecto, sea una cuestión facultativa, de modo que los tribunales podrían dejar de aplicarla en los supuestos en que la normativa no hubiere contemplado el mayor desvalor que suponen los delitos de infracción del deber.

El artículo de investigación **no tiene metodología** utilizada.

## **2.2. BASES TEÓRICAS O CIENTÍFICAS**

### **2.2.1. Delitos de infracción del deber.**

#### ***2.2.1.1. Fundamento deontológico.***

Desde tiempos remotos, ha sido una preocupación constante para filósofos y estudiosos, los vínculos del deber y la ley. Siendo la principal discusión los principios de acción que se desarrollan entre ambos.

El principio de universalidad de las leyes, planteada por Kant, nos sugiere que la acción ética es de reglas que tienen un valor universal independientemente de la experiencia concreta de las personas o de las situaciones espacio – temporales en la que se encuentren en el momento en la que actúan (Iracheta,2007, p.165)

Sin embargo, esto en la praxis resulta nulamente aplicable, ya que como menciona Aristóteles, “el agente que posee sabiduría practica no actúa guiado por leyes universales sino por principios particulares de acción que no hacen abstracción de las situaciones empíricas concretas en las que se encuentran” (Iracheta, 2007, p.165). Por lo tanto, la situación ética del individuo, en una situación del deber frente a leyes existentes, debería estar ligado no solo a su situación contextual sino a su posición de poder, teniendo así un grado de responsabilidad mucho mayor que a la de otros individuos.

Para Kant, citado por Elton (2015), el deber es, además: “La necesidad de una acción por respeto a la ley” (p.51), lo cual precisa un ejercicio práctico, mas no un cuestionamiento o deducción del mismo, eliminando subjetividades, posiciones, roles y contextos. La acción a realizar, para Kant, debe ser enteramente racional, obviando esfuerzos deducionistas o adaptables. En un entorno tan variable, complejo y variopinto como el actual, donde las leyes, normas y conductas morales son regidas por situaciones, en su mayoría territoriales, sin contar las diferencias socioeconómicas, la idea de obviar estos cuestionamientos resulta inviables. La adaptación de la ética y su práctica en el ejercicio del deber son sumamente necesarias.

La responsabilidad que posee cada individuo en su particularidad es variable, pretender medir a todos bajo las mismas leyes y tomar acción sobre sus actos con las consecuencias de los mismos, ignorando sus

posiciones no suponen una acción colectiva social de igualdad, sino una que obvia, no solo al ser humano como individuo único en toda su subjetividad, sino que ignora también los enormes abismos de diferencias que se hallan entre unos y otros desde los aspectos psicológicos, de conducta hasta los económicos y de poder. La acción frente al deber entonces no debe obviar jamás lo contextual y lo particular, la autoevaluación de la posición propia frente a la ley y viceversa para quienes la aplican sobre uno.

#### ***2.2.1.2. El funcionamiento político criminal de Claus Roxin.***

También denominado funcionalismo teológico – racional. Fue acuñado por primera vez en el año 1970 por Claus Roxin en su artículo denominado “Política Criminal y Sistema de Derecho”. Las principales características que representa este funcionalismo son: 1. La inclusión de la política criminal en el derecho penal, 2. La inserción del dolo en el tipo, 3. La tipicidad cobra más fuerza en el principio de legalidad, ya que no sería delito lo que previamente no esté consignado como tal en la ley, 4. La antijuricidad responde al concepto que justifica el actuar contrario a la ley, 5. El injusto penal corresponde al desmerecimiento que ha tenido la norma por parte del agente infractor, 6. El “dominio de hecho” se toma como criterio para determinar el grado de responsabilidad de los partícipes de un delito, siendo estas determinaciones: autor y partícipe. Por último, Roxin revoluciona el cuerpo normativo penal y sostiene que, lo que realmente trasciende en una conducta es el quebrantamiento del deber, mas no el



hacer u omitir una acción, he ahí donde se fundamentan las nuevas bases para la moderna dogmática jurídico - penal (Daza, 1999, pp.101 - 102).

Otra trascendental mirada de la dogmática roximiana estaba enfocada en la “prevención de los delitos”, pues, antes que la aplicación del castigo, el fin de la pena debería ser, prevenir la existencia de nuevos delitos. Para ello, el estudioso en mención habla un trabajo sistémico, es decir, de adoptar medidas adecuadas de orden político criminal, donde los operadores de justicia, los que dirigen la política y la sociedad en general asuman su rol social y la responsabilidad de combatir la criminalidad, pues, la mera represión de conductas delictivas es insuficiente para solucionar esta problemática social, es necesario un accionar coordinado con todos los agentes sociales para prevenir la delincuencia (Arias, 2006,p.442).

### ***2.2.1.3. Funcionalismo normativista de Gunter Jacobs.***

Conocido también como el funcionalismo radical, ya que como lo sostuvo Jakobs, resulta poco relevante que el derecho penal proteja bienes jurídicos (vida, salud, libertad, entre otros), mas, por el contrario, añade, el fin de la pena consiste en mantener la vigencia de la norma, pues si una sociedad se configura por normas, lo adecuado es acatarla, aun cuando no se esté de acuerdo con su aplicación (daza, 1999, pp.105 - 106).

De otro lado, entre los aportes significativos del funcionalismo radical en el derecho penal podemos encontrar: 1. El núcleo del delito no

es lesionar los bienes jurídicos, es quebrantar la norma, ya que es la norma la que le da estabilidad a la sociedad, 2. La acción es un concepto sociológico, no psicológico, porque la conducta delictiva surge de la interacción de personas en la sociedad, 3. La pena estabiliza el defraudamiento de la expectativa normativa, es decir le da consistencia y reafirma su existencia reguladora de conductas, 4. La norma no es imperativa, es un símbolo para la expectativa de la vigencia contra fáctica de la norma, esto es, transmite un mensaje al posible agente infractor de lo que pasara si quebranta el mandato normativo.

Por último, en cuanto a las categorías penales del autor, participe, cómplice, etc. Jacobs no acepta el concepto restringido del autor, es decir, de ninguna manera la autoría y participación se verá limitada por la norma, pues quien tuvo dominio del hecho debe responder como autor, independientemente de si es o no un servidor o funcionario público sujeto al cumplimiento de determinados deberes que emanan de la Constitución (Daza, 1999, p.107).

#### ***2.2.1.4. ¿Qué es la infracción del deber?***

Resulta siempre cuestionable y problemático determinar quién es autor cuando se cometen delitos especiales, vinculados en su mayoría a los de administración pública o contratos con el Estado. Este tipo de delitos se diferencian de los comunes, o de los de hecho, en que hay valor vinculante y de poder, por lo que la teoría del dominio del hecho no es aplicable.

Para este tipo de delitos y para determinar quién es autor y quien es cómplice, es necesario recurrir al principio de la infracción del deber, de Claus Roxin. La cual Salinas Siccha interpreta así:

En la teoría de los delitos de infracción del deber, el autor o figura central se concretiza en el criterio de la “infracción del deber”. Es autor quien realiza la conducta prohibida infringiendo un deber especial de carácter penal. En tanto que participe es aquel que también participa en la realización de la conducta prohibida, pero sin infringir deber especial alguno (s.f., p.2)

Por lo que, la infracción será aplicada sin importar el número de partícipes del delito, siempre y cuando, por lo menos uno de ellos se encuentre incumpliendo un deber especial, en estos casos, uno vinculado a la administración pública. De manera que, el mencionado será el autor del hecho delictivo, ya que es quien infringe el deber especial.

Sin embargo, para Aller, no solo en la acción de un hecho se halla responsabilidad, sino también en “la omisión de los funcionarios en proceder o denunciar delitos, abarcando jueces, policías y demás funcionarios públicos” (2016, p.2.)

En consecuencia, la tipificación de los delitos se comprende de 2 formas, según su autoría delictiva. los delitos comunes o llamados de dominio, los cuales están relacionados a la vulneración de los derechos

(derecho a la vida, libertad sexual, patrimonio, etc.), aquí el autor o autores, puede ser cualquier persona natural, sin excepción. En los delitos especiales, que atañen la vulneración de deberes específicos otorgados (peculado, malversación de fondos, colusión, etc.), el autor o los autores, son aquellos que poseen el vínculo con el deber específico (con algún cargo específico o situación de poder), y quienes no lo posean, tendrán el carácter de cómplices o partícipes.

#### ***2.2.1.5. Los sujetos partícipes en los delitos de infracción del deber.***

Al cometerse un delito de infracción del deber y tratar de entender a quién pertenece la autoría y a quien la participación, se toman en cuenta el Principio de accesoriidad de la participación. Por lo cual, se dividen en “intraeus” y “extraneus”

- El intraeus, es el sujeto que tiene un vínculo de deber, es decir que se encuentra relacionado con el bien jurídico. Por lo que se le considera autor del hecho delictivo, ya que posee dominio o control sobre el acontecer delictuoso.
- El extraneus, es el sujeto que concurre en la realización del delito, pero sin dominio alguno sobre el acontecer. Este, contribuye con el sujeto de dominio en la lesión de los bienes jurídicos.

Sobre lo expuesto, podemos concluir coincidiendo con lo que menciona Máximo Maguiña (s.f.), en su exposición sobre “Autoría y

participación en delitos contra la administración pública”, a propósito de “La teoría de la ruptura del título de imputación”

(...) como de legelata el autor del delito especial tiene que ser un “intraneus”, el “extraneus” nunca podrá ser partícipe, ni autor de este delito. Cada interviniente, deberá responder con su propio injusto penal, aun cuando haya participado en la comisión de un solo hecho. los extraños, al no pertenecer a la administración pública, no pueden responder por un delito funcional. En todo caso responderán por un delito de dominio o común (p.11).

En otras palabras, se considera únicamente al quien tiene el vínculo funcional y la obligación de acatar de deberes que derivan de su relación con la administración pública como “intraneus”, en tanto que, el “extraneus” solo responderá como partícipe ante la comisión de un delito especial, por lo que, el título de autoría dentro de un delito de infracción del deber no le responde. A continuación, se detalla la participación de intraneus y extraneus en los delitos de infracción del deber.

#### ***2.2.1.6. Los delitos de infracción del deber en el Código Penal peruano.***

En aplicación del principio de legalidad, solo podrán ser autores de los delitos de infracción del deber o también llamados delitos especiales, aquellas personas que reúnan las características personales que el tipo

penal exige (Salina s.f., pp 4-3). Así, por ejemplo, algunos delitos que contempla el Código Penal peruano son:

- **Peculado doloso:** “Se encuentra en el artículo 387° del Código Penal. En este delito, la autoría recae sobre el “funcionario público”, ya que es a este quien está obligado funcionalmente a cuidar los bienes del estado, es decir, mientras estén en su poder, el funcionario tiene el poder y la vigilancia de los caudales del estado por lo que deberá custodiarlo, de no ser así, será reprimido con pena privativa de libertad no em menos de cuatro ni mayor de ocho años. En el caso de estraneus, al no tener una relación funcional con los bienes del estado solo alcanza a la figura de participe, aun haya tenido sobre el hecho”.

Así, por ejemplo, el funcionario que permite y colabora para que un tercero (familia, amigo, conocido, etc.) se apropie de los bienes que tiene en su custodia, será sancionado por la ley penal como autor del delito de peculado, mientras que el tercero lo será como participe.

- **Peculado de uso,** “se encuentra estipulado en el art. 388° del Código Penal, Este delito se configura, primero cuando el funcionario o servidor público se beneficia del bien sin adquirirlo legalmente; segundo, cuando el funcionario o servidor público permite el uso del bien a terceros que no están autorizados y, por último, cuando los fines de la utilización de los bienes son distintos a los que fueron encomendados”

Así, por ejemplo, el hecho de que el alcalde de la Municipalidad Provincial de Huancayo consciente que su esposa utilice el vehículo de la municipalidad para transportar a sus hijos al colegio, incurre en el delito de peculado de uso, ya que permitió que su esposa utilice dicho bien para fines que no corresponden, por tanto, deberá responder como autor del delito, y su esposa como partícipe del mismo.

- **Malversación**, se encuentra contemplado en el art. 389 ° del Código Penal. Este delito es uno de naturaleza especial, en razón de que para su comisión tiene que ser efectuada por una persona cualificada por la ley, es decir, un funcionario o servidor público. Ahora bien, el bien jurídico que se protege a través de este tipo penal es el deber de administrar y aplicar adecuadamente los fondos públicos, así como la racional organización y utilización de los recursos presupuestales destinados para una adecuada prestación de bienes y servicios públicos.

Ejemplificando este delito, se tiene que el alcalde de la Municipalidad Distrital de El Tambo malverso el presupuesto previamente destinado para el Programa Vaso de Leche, y se terminó utilizando para la compra de frazadas y abrigos para los ancianos que habitan en la calle.

- **Cohecho pasivo propio**, se encuentra contemplado en el artículo 393 ° del Código Penal. El dispositivo normativo que contempla este delito, considera tres supuestos diferenciados, el primero es

la acción de “aceptar” el donativo ofrecido por el tercero; el segundo, es la acción de “solicitar” el donativo por parte del sujeto activo; el tercero, es la acción de “condicionar”, que nace a instancia del sujeto activo. En cualquiera de estos supuestos se configura el actuar delictivo del funcionario o servidor público.

- **Concusión**, se encuentra tipificado en el art. 382° del Código Penal. Este artículo establece que el sujeto activo es el funcionario o servidor público que abusa de su cargo; la tipicidad objetiva es la conducta que obliga o induce a dar o prometer indebidamente un bien o beneficio patrimonial.

Así, por ejemplo, el hecho de que un secretario judicial en el ejercicio de sus funciones pida un determinado monto de dinero a un usuario a cambio de darle trámite prioritario a su proceso judicial, ya se estaría configurando el delito de concusión.

- **Abuso de autoridad**, se encuentra establecido en el art. 376 del Código penal.

En este delito se aprecia que el sujeto activo es el funcionario público que en el ejercicio abusivo sus atribuciones vulneran el correcto funcionamiento de la administración pública.

Así, el ejemplo más frecuente del abuso de autoridad se da cuando los agentes policiales en el ejercicio de sus funciones suelen intervenir a los civiles fuera de los protocolos que la norma ha previsto, llegando incluso a ejercer la fuerza injustificada.



• **Patrocinio ilegal**, se encuentra tipificado en el art. 385° del Código Penal. Este delito se efectúa cuando el funcionario o servidor público se vale de su calidad como tal para patrocinar casos particulares y así obtener beneficio propio, pues, a sabiendas de tener la prohibición legal de patrocinar, defiende a un tercero para que consiga algo.

Así, por ejemplo, comete patrocinio ilegal el abogado que, laborando como Juez Superior Civil en la Corte Superior de Justicia de Junín decide patrocinar el caso de un tercero en materia Civil.

#### ***2.2.1.7. Los fundamentos de punibilidad en los delitos de infracción del deber.***

Durante muchos años, la existencia del delito y la conducta desplegada por el hombre para la comisión de este, ha sido tema de interés e investigación por innumerables estudiosos, criminólogos, sociólogos, abogados, etc., tal así que, en su afán de explicar este fenómeno, se le ha atribuido explicaciones, como por ejemplo, que existe una predisposición genética que hace a la persona un delincuente, o que el hombre nace correcto, sin embargo en la convivencia e interacción con sus semejantes, las condiciones sociales vinculadas a la desigualdad de oportunidades, el bajo nivel educativo, las posibilidades casi nulas de trabajo, los conflictos familiares (violencia, abuso, etc.) van cerrándole puertas y opciones. El sujeto entonces se inclina al actuar delictivo.

La sociedad ha ido buscando desde siempre, métodos y/o mecanismos para aplacar y contener el inminente crecimiento delictivo. Sin embargo, este no es combatible únicamente con mayores restricciones o legislación más severa, es un tema de raíces mucho más amplias vinculado principalmente a las enormes brechas sociales que no hacen más que incrementarse. Por lo que, el actuar legislativo debe ir a la par de otras que contrarresten esto en distintas etapas ya que identificamos que esta problemática es algo que se va construyendo y no es generado en la inmediatez.

Por tanto, el plano educativo, la planificación familiar, la apertura de nuevos empleos y oportunidades, así como un sistema penitenciario de reinserción social debe funcionar a la par de leyes que se atañen a condiciones como estas.

Acompañando y entendiendo el entorno y no únicamente castigando sin contextualizar.

Sin embargo, el actuar delictivo no se halla solo en espacios de brechas sociales o desigualdad inicua.

En situaciones y entornos de poder, donde hay o hubo acceso a educación, servicios básicos, y obviamente oportunidades laborales, el accionar delictivo ingresa a un terreno metafísico, donde el ser tiene poder

sobre sus decisiones, es decir, hay una conciencia sobre su actuar, por lo que recurre a él, en la gran mayoría de casos por voluntad propia, sin factores externos o de necesidades básicas que lo conduzcan.

Por ello, la forma de juzgar sus acciones es no prescindir del agotamiento de los controles sociales, debe poseer otro nivel de sanción, ya que actuaron bajo plena conciencia y con facultades enteras. Esto vinculado al reconocimiento del acto.

Ahora, un agravante delictivo mayor de un ciudadano consciente y sin carencias primarias, es uno que las realiza en ejercicio de sus funciones o en incumplimiento de un deber dentro de su entorno laboral. Tomando de ejemplo a un trabajador de una entidad pública o del estado, su actuar delictivo bajo conciencia y sin carencias, se ve agravado ya que lo hace en perjuicio de un bien o bienes comunes, perjudicando no solo a una persona en particular sino a todo un grupo social; ya que parte de la conciencia sobre su actuar se da desde la aceptación de su cargo, asumiendo un rol y deberes precisos.

Por lo que, los fundamentos de punibilidad para una eventual comisión de los delitos de infracción del deber vendrían a ser:

- **El actuar delictivo consciente**, esto es, mediado y no forzado por una necesidad justificante. En este aspecto se valora la intención del sujeto activo de actuar dolosamente, poniendo en riesgo los

bienes y responsabilidades que se le ha encomendado en el ejercicio de sus funciones.

- **Perjuicio sobre los bienes públicos**, es decir, sobre los recursos del estado producto de la contribución de todos los ciudadanos: En este aspecto se valora la intención del sujeto activo de actuar dolosamente, poniendo en riesgo los bienes y responsabilidades que se le ha encomendado en el ejercicio de sus funciones
- **La insuficiencia de la sanción administrativa**, es decir, las sanciones administrativas funcionan cuando el empleado incumple sus responsabilidades laborales comunes (relacionado a su vínculo laboral), por ejemplo, llegar tarde a la entidad de manera consecutiva, no cumplir sus horas de trabajo o faltar el respeto a su superior jerárquico.

Estas guardan relación y concordancia con las sanciones administrativas; pero no pueden extenderse cuando el incumplimiento de labores ya no se da sobre un acto común sino sobre un deber específico, y sobre todo cuando este deber específico genera perjuicio sobre bienes públicos y sobre grupos sociales, ya que la magnitud del delito y afectación sobrepasa el vínculo funcional, perjudicando el patrimonio estatal, por tanto, a la sociedad en general.

En consecuencia, las penas tienen que efectuarse acorde al nivel de responsabilidad y grado de afectación de un delito, los cuales no solo son

medibles o cuantificables en cuanto a pérdidas sino a las diversas condiciones del sujeto que comete el acto delictivo.

#### ***2.2.1.8. Deber especial en virtud de competencia institucional.***

Los delitos de infracción del deber tiene una diferencia sustancial con los delitos de dominio, desde un punto de vista dogmático los delitos de dominio tienen un fundamento de punibilidad basado en la lesión de un bien jurídico, pero desde un punto de vista diferente, el fundamento de punibilidad se concretiza al evidenciar que toda persona inserta dentro de la estructura social tiene un rol social predefinido, de tal manera, que tiene deberes generales que son de obligatorio cumplimiento, los cuales se convierten en pautas de conducta dentro de la sociedad o también denominados como deberes generales de actuación, como lo menciona caro (2003):

Según el planeamiento de Roxin, el centro de los delitos de infracción del deber lo constituye el deber especial del autor. Este deber no se refiere al deber general de respetar la norma, que afecta a todas las personas, sino más bien a deberes extrapenales que se encuentran como realidades previas al tipo y que son necesarios para su realización: “se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma del Derecho Penal y que, por lo general, se originan en otros ámbitos del derecho”.

(p.4)

Si bien es cierto que existen deberes generales de actuación o deberes en virtud de competencia por organización que todo ciudadano debe respetar para lograr mantener incólume su posición dentro de la sociedad, las cuales consisten en el respeto general de las normas y la incolumidad del principio general de no causar daño a los demás, son las pautas generales que todo ciudadano debe de mantener, estos preceptos pues son el fundamento de punibilidad de los delitos de dominio, por el contrario tenemos a los delitos de infracción del deber, en los cuales, por la posición o labor particular de una persona se origina un deber especial que atiende a una realidad previa al tipo penal y es necesaria para su realización, las mismas, que provienen de otras ramas del derecho penal.

Entonces existe una diferencia sustancial entre los delitos de dominio y los delitos de infracción del deber, debido a que, en los delitos de dominio el fundamento de punibilidad se basa en la vulneración del deber general de actuación o el deber en virtud de competencia por organización, por tanto, cualquier persona puede ser el sujeto activo del delito, pasa todo lo contrario con los delitos de infracción del deber, en donde, existe un deber especial vinculado de manera personal a un individuo en particular, hace que en esta clase de delito el fundamento de punibilidad de la infracción de este deber especial, como lo menciona Caro (2003):

Así el primer fundamento de la responsabilidad penal lo conforma la lesión de los deberes generales de actuación, los mismos que en la terminología Jakobsiana se conocen como deberes en virtud

de competencia de organización – cuyo equivalente en el lenguaje de Roxin lo constituirían los delitos de dominio. (p.4)

En los delitos de dominio la legitimidad del ejercicio de la potestad punitiva se basa en la vulneración de los deberes generales de actuación o la lesión a los bienes jurídicos tutelados, mientras que en los delitos de infracción del deber el ejercicio de la potestad punitiva se legitima por la infracción del deber especial funcionalmente vinculado al sujeto activo, por tanto, es preciso, para que se configure un delito de infracción del deber, necesariamente debe existir un deber extrapenal vinculado al bien jurídico que se tutela.

El deber especial que debe de mantener incólume el sujeto especial, se basa en el estatus especial que ostenta este sujeto, ya sea, por las funciones que desempeña el rol social particular que tiene dentro de la estructura social, entonces existe una relación especial entre obligado especial y el objeto del bien jurídico, esta relación íntima asigna un deber especial hacia aquellos que ostentan esta posición o estatus particular dentro de la sociedad, por tanto, la lesión de este deber fundamenta la imputación penal, como lo menciona Caro (2003):

El segundo fundamento de la responsabilidad viene dado por la inobservancia de deberes especiales, esto es, deberes en virtud de competencia institucional- a los que pertenecen los delitos de infracción de deber-, estos deberes, a diferencia de lo anterior, no

tienen que ver con la violación de los límites generales de la libertad, sino con la observancia de los límites trazados por un estatus especial. (p.5)

Existe un vínculo especial entre el sujeto obligado y el objeto de tutela del bien jurídico y este vínculo entraña una relación de responsabilidad, es decir que, el estatus especial del obligado genera una obligación especial ajena a los deberes generales de actuación como ciudadano normal, su valoración genera responsabilidad penal y es el fundamento de punibilidad.

Empero es preciso determinar si la sola infracción del deber especial es suficiente para legitimar el empleo de la potestad punitiva o es necesario que exista una vulneración significativa del deber especial, si bien es cierto, que los delitos de dominio se basan en la lesión del deber en virtud de la competencia organizacional y los delitos de infracción del deber en virtud de la competencia organizacional y los delitos de infracción del deber se basan en la lesión del deber en virtud de competencia, la incidencia de los postulados de política criminal tendrían el mismo efecto o debido a las particularidades de este vínculo institucional, la política criminal no tendría cabida, como ratifica Salina (2015):

En efecto, por la estructura misma de los delitos especiales, en los casos donde determinada persona – como, por ejemplo, u sujeto público – no cumpla por completo con los requisitos de control



de una fuente de peligro o de una relación de protección, responderá como autor de la conducta solo si se verifica que con su actuar lesiono un deber especial penal que surge precisamente del dominio de control (p.102).

La teoría de la infracción del deber es en esencia una teoría que justifica la aplicación o ejercicio de la potestad punitiva en un caso concreto, así como lo es la teoría de la pena o la teoría del delito y todas ellas forman parte integral de la dogmática penal y del estudio general de las ciencias penales, siendo que existe una íntima relación entre las demás ramas dentro de las ciencias penales como lo son: a) la política criminal, b) la criminología, c) las ciencias penitenciarias, la relación de la dogmática penal con la política criminal es evidente, existe confluencia entre ambas, por tanto, también existe relación entre el derecho penal mínimo y la teoría de la infracción del deber.

#### ***2.2.1.9. Deber extrapenal.***

Antes bien, debe señalarse que este deber nace cuando el servidor o funcionario público adquiere la calidad de tal y empieza a desempeñarse para el sector público. Los trabajadores que desempeñan y/o trabajan en entidades públicas, poseen una doble responsabilidad, la primera relacionado y regulado por el reglamento general de los trabajadores y la segunda por el ROF (Reglamento y Organización de Funciones). El cual constituye una lista de DEBERES ESPECIALES que les corresponde a los

trabajadores de entes estatales ya que se encuentran vinculados a bienes y/o servicios públicos, es decir bienes colectivos. La infracción por lo tanto cometida por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones se atiene a una sanción específica por el deber especial que incumple dentro del ROF de su institución.

Un ejemplo de cómo se incumplen estos deberes podría ser el siguiente: José, es regidor de la Municipalidad de Jauja. él se encuentra a cargo de la fiscalización de una obra de pavimentación de la carretera que conecta el distrito de Apata con el de San Lorenzo. Durante el año y medio que dura la realización de la obra, José jamás se apersona a fiscalizar o verificar el cumplimiento y realización adecuada de dicha contratación. Un año después de inaugurada, la carretera comienza a evidenciar rajaduras y desperfectos.

Tras el ejemplo, se evidencia el incumplimiento de un deber especial especificado en el ROF de la Municipalidad de Jauja. el art. 34 ° inciso 4, que menciona como parte de los deberes del regidor son “Desempeñar funciones de fiscalización de la gestión municipal”.

Como se puede apreciar, esta función nació cuando el regidor asumió la calidad de tal, por tanto, estaba en la obligación de fiscalizar, al no hacerlo, no solo infringe el deber especial que nace en la esfera administrativa, sino que también comete un delito por su incumplimiento de

fiscalización un interés de naturaleza pública, configurándose tal hecho en el plano penal como el delito de cohecho.

Otro ejemplo de incumplimiento de deber especial es: Marco, alcalde de la Municipalidad de Jauja. Él ha emitido de forma fraudulenta títulos de propiedad que no corresponden a su jurisdicción, uno de los títulos se la emitió a su primo Pedro, quien, además, tenía un terreno en litigio.

En este segundo ejemplo, se observa el incumplimiento del deber especial estipulado en el art. 17° inciso 26 del ROF de la Municipalidad de Jauja, que a la letra dice: “Otorgar los títulos de propiedad emitidos dentro de su jurisdicción y competencia”. Por lo que Marco estaría abusando de su posición de poder para beneficiar a un tercero, en este caso su primo.

Como podemos observar, los delitos de infracción del deber se encuentran vinculados a los cargos con deberes especiales, que nacen precisamente cuando la persona ingresa a laborar a la entidad pública ya sea como servidor o funcionario. Donde, los infractores se encuentran facultados por la posición de poder que poseen y que tienen grandes incidencias, no solo porque utilizan fondos públicos (como el primer caso) sino también porque benefician a terceros a costa de perjudicar a la mayoría (como el segundo caso). Por lo que la sanción que ameritan debe estar íntegramente ligada a la posición de poder que poseían cuando realizaron el hecho delictivo.

## **2.2.2. Derecho penal mínimo.**

### ***2.2.2.1. Nociones generales.***

Es menester aclarar que, el derecho penal tiene una deficiencia a la hora de enfrentar los problemas o conflictos sociales, por consiguiente, es ahí donde entra a tallar el denominado derecho penal mínimo como política criminal para contrarrestar dichas deficiencias que se sustentan en los diferentes niveles socio culturales.

El derecho penal mínimo parte del supuesto de una inadecuada manera que tiene el derecho penal general para enfrentar los problemas sociales, ya que su permanencia se le considere como temporal, por eso se encuentra dentro de la perspectiva abolicionista, también cabe dentro del reduccionismo penal, dicho en palabras más sencillas es una especie abolicionista que tiende a limitar al derecho penal concibiéndolo como la última ratio (Pérez c.p. Villavicencio, 2006, p.31).

En tal sentido, el derecho penal es concebido como algo transitorio y por ende se ubica dentro de la denominada figura abolicionista o de la perspectiva del reduccionismo penal, por lo tanto, será considerado como la última ratio, debido a que es limitada por ciertos principios penales.

### ***2.2.2.2. Los derechos humanos considerado como instrumento de amparo jurídico penal.***

El comienzo para un acuerdo transcultural a partir del derecho penal mínimo será el mismo principio que demuestre lo siguiente: una política del castigo punitivo solamente será realista si forma parte de la aseveración del movimiento significativo de los derechos humanos y de la justicia colectiva.

Entonces, las dos finalidades preventivas están consideradas como las más importantes y esenciales, siendo así el primero previene el delito y el segundo considera que las penas son arbitrarias, por consiguiente, están vinculadas por la insuficiencia política del derecho punitivo como instrumentos de protección de los derechos constitucionales, en tanto que los límites y ámbitos de aplicación no deberían ser lesionados. (Ferrajoli c.p. Rosillo, 2012p.270)

Al interiorizar las dificultades que acarrear los derechos humanos no son muchas las ocasiones que genera soluciones ni tampoco las ideas concretas sobre estos, por lo cual no es necesario descartar todo pensamiento o posición diferente, pues solo aquello que van en contra de lo real e ignoran los procedimientos de la practica histórica, en tal sentido, la dificultad no da como resultado algo simple, por el contrario, es cuando el racionalismo simplificado es algo negativo.

Con toda razón es difícil el hecho de integrar en sí mismo todo lo que propone orden, claridad, precisión y distinción del conocimiento (Rosillo, 2012, p.270).

Entonces, es necesario lidiar con la complejidad y la utilidad de los derechos humanos, dado que es obligatorio garantizar la efectividad y el respeto de estos, en tal sentido, no es nada bueno realizar autocríticas, por el contrario, se debe tratar de buscar fundamentos sólidos y críticas constructivas de todo lo concerniente al contexto principal.

***2.2.2.3. Derechos humanos deben generarse desde una subjetividad emergente.***

La filosofía de liberación es comprendida a través de un sujeto trifásico en el cual, tiene que cumplir tres aspectos básicos de los derechos humanos: sujeto intersubjetivo, sujeto praxico y sujeto vivo, debido a que los tres sujetos están comprendidos como seres dinámicos y relacionados a luchas de liberación, por lo tanto, son considerados como seres que constituyen un real fundamento (Rosillo, 2012, p.274).

De esa manera, para ser considerado sujeto de derechos humanos cabe la necesidad de partir de tres particularidades, sujeto intersubjetivo, sujeto praxico y sujeto vivo, por lo tanto, se debe inmiscuir como algo estrechamente ligado a la lucha de libertad, con una dinámica especial y con ello formarse en base de los derechos humanos propiamente dicho.

Por un lado, la relación de sujeto práxico está ampliamente ligado a los derechos humanos desde la praxis por lo que ayuda a buscar un apoyo sociopolítico y se tomara como instrumentos de la praxis de liberación, por consiguiente no es ajeno a la modificación, en el cual se da inicio al sujeto intersubjetivo y a la víctima, que por ende el sujeto vivo hace una referencia que no solo es un sujeto intersubjetivo, sino también se brinda de ayuda de un sujeto de la praxis, ya que el sujeto vivo es un ser corporal, por lo que la satisfacción de necesidad se fundamenta como un hecho radical, en conclusión el sujeto vivo rehúsa al sujeto intersubjetivo y no lo considera sujeto moderno, pero sin dejar la oposición de la subjetividad. (Rosillo, 2012, pp.276-277)

Desde esa óptica, el sujeto praxico trata de justificar su base sociopolítico de los derechos humanos desde la práctica, como instrumento de liberación, en el cual da inicio al sujeto intersubjetivo que consiste en la disputa de la víctima, del pobre y del oprimido, en tanto que el sujeto vivo hace comprender que la liberación del sujeto no solamente es del sujeto praxico e intersubjetivo, por el contrario, hace hincapié a un sujeto vivo corporalmente.

#### ***2.2.2.4. Pluralidad jurídica y derecho penal mínimo.***

Los derechos humanos basados en la práctica de liberación comienzan de un derecho primogénito, (el derecho a generar derechos) estos nuevos derechos representaran la transformación del sistema, un cambio en las

tramas sociales, que posibilite la transferencia de poder con el fin de que las víctimas puedan dejar de serlo y puedan producir, reproducir y desarrollar su vida (Rosillo,2012, p.279).

Es por ello que, todo derecho humano que está relacionado en la praxis de la liberación da comienzo a un derecho fundamental, en la cual está plasmado en sí mismo, en tal sentido todo derecho actual da un giro al sistema social con el fin de hacer la entrega del poder a la víctima y esta pueda a su vez cambiar su rol y realizar una vida tranquila.

Como nuevos derechos en oposición al status quo, el ordenamiento los considera como ilegítimos, para tal sentido el mismo crea argumentos legales que puedan a su vez tanto criminalizar todo derecho legítimo y dejara entrever la transformación de un derecho nuevo a una forma de violencia (Dussel c.p. Rosillo, 2012, p.280).

De ese modo, cuando se contraponen los recientes novatos derechos al status quo, el sistema protestara y los establecerá como algo legal, ya que existirán justificaciones legales para criminalizar ese cumulo de nuevos derechos, es así que en el camino el sistema actual comenzará a perder legitimidad, luego mostrara que la obligación legitima se convierte en violencia.



#### ***2.2.2.5. Derecho penal mínimo como política criminal.***

La norma busca disminuir la violencia en la sociedad, prevenir las represarías privadas, realizar una extensión de libertad con pocos comportamientos prohibidos y dar una efectividad al derecho durante el proceso.

El maestro Gunther Jakobs elabora el pensamiento penal que actualmente es desarrollado en el Perú y este a su vez insertado en el marco del funcionalismo en el cual es cotidianamente llamado “Teoría de la prevención general positiva”, que teniendo como fundamento principal la conceptualización de Luhmann, en el cual el derecho es considerado como una herramienta de calma al ordenamiento social (Jakobs y Baratta c.p. Villavicencio, 2006, p.31).

Como sabemos, en nuestro país el avance del pensamiento penal vigente se introduce en las directrices del funcionalismo, creada por el extraordinario Jakobs, lo que conocemos como: la teoría de la prevención general positiva, puesto que se fundamenta como un instrumento de equilibrio del sistema social, en el cual orienta el actuar y la institucionalización de las perspectivas.

La escuela de Frankfurt acoge a diversos doctrinarios y cada uno con una ideología distinta, pero todos unidos bajo la idea del rechazo a la normativa dogmática estimada por el funcionalismo, puesto que todo

pensamiento humano está ligado claramente a la realidad social y no a la suma de cogniciones sistemáticas de un método determinado como derecho penal que tiene vínculo con las ciencias sociales (García c.p. Villavicencio, 2006, p.32).

Por otro lado, la escuela de Frankfurt reúne a varios doctrinarios de otras formas de ideología, pero siempre con la mirada directa al rechazo del pensamiento funcionalista, en donde establece que no solo el derecho penal cuenta con conocimientos ordenados en una sola técnica determinada, sino que, todo ello debe estar diseñado a la sociedad.

En tal sentido, son rechazados del ámbito de estudio definiciones metafísicas y especulativas, en el cual, al derecho penal mínimo lo resaltan las observaciones críticas de orden imperante, como lo hacen las ciencias sociales, por ello, el marcado condicionamiento político de las legislaciones penales abandona lo científico afectando así la eficacia de derecho penal, de esa manera, se da el olvido a los principios y a las garantías (García c.p. Villavicencio, 2006, p.32).

Entonces, el derecho penal mínimo enmarca las observaciones críticas de orden dominante, como lo realizan las ciencias sociales, por eso los defensores de la escuela de Frankfurt abandonan la parte científica afectando de ese modo la eficacia del derecho penal y olvidándose de los principios y garantías, debido al condicionamiento político de las legislaciones penales.

Por otra parte, el manejo político del derecho penal es usado como una herramienta de comunicación, puesto que permite hacer un análisis de los problemas y conflictos, esto a su vez nos muestra que no es necesario el uso de la fuerza o coerción legislativa como instrumento de disciplina, sino que este sea el medio de comunicación político que ayude a la unión forzosa de demostrar la praxis legislativa y a la justicia penal (Albrecht c.p. Villavicencio, 2006, p.32).

En esa óptica, la utilización política del derecho penal es presentado como una herramienta de comunicación, por lo que permite transportar los conflictos sociales a una forma de análisis concreto, ya que al emplear al derecho político no pretende obligatoriamente imponer una sanción como medio instrumental de disciplina, mucho menos la ampliación o la rigidez de la ley, entonces se da el discurso penal producto de la utilización política, en el cual es apoyado por la función del análisis y la categoría penal.

Asimismo, es menester hablar de un derecho penal con dos velocidades: la primera es la que da inicio a un ordenamiento jurídico con penas privativas de libertad, en el cual se trata de mantener un ordenamiento en base a principios políticos criminales, la segunda velocidad estaría enfocada a infracciones, en el cual obligan el cumplimiento de sanciones pecuniarias o la privación de derecho, por consiguiente, es mejor tomar una proporción de ambas tanto en la dureza de la sanción y el cumplimiento pecuniario (Sánchez c.p. Villavicencio, 2006, p.35)

En esa línea de ideas, existe el derecho penal de dos velocidades donde uno de ellos va enfocado a un sector del ordenamiento político, el cual será destinado a la imputación de penas privativas de libertad para el mantenimiento de los postulados éticos en el ámbito político criminales, de las cuales sirve como pautas de imputación, también como los principios procesales clásicos, mientras que la segunda velocidad que va enfocada en la sanción que imponen la infracción pecuniaria o privada de derecho.

En adición a ello, últimamente se reconoce a una tercera velocidad que conlleva como objetivo principal la flexibilización de los postulados éticos en el ámbito político criminal, de las cuales sirve como pautas de imputación, asimismo la discusión de responsabilidades de las personas jurídicas, las penas aplicables, etc., entonces a ellos se lo reconocen como el derecho penal del enemigo (Sánchez c.p. Villavicencio, 2006, p.35).

En adición a ello, ya teniendo reconocidas a dos tipos de velocidades que el derecho penal contiene, podemos ver a una tercera velocidad conocida como derecho penal del enemigo que trata de flexibilizar principios políticos criminales y las reglas de imputación.

### **2.2.2.6. Prevención general de la pena.**

#### *2.2.2.6.1. La prevención general positiva como límite constitucional de la pena.*

La prevención general positiva tiene como finalidad la búsqueda de la prevención del delito, por sobre su mera retribución, en el cual pone término a la inclinación delictuosa permanente en la sociedad, en tal sentido, la pena tiene por objeto la afirmación y el aseguramiento de las normas básicas, los valores fundamentales que estas protegen, subrayar su importancia y la seriedad de su protección por el mandato normativo, educar al grupo social para que las obedezca y las asuma como propias (Jescheck c.p. Duran, 2016, p.279).

Asimismo, la prevención general positiva de la pena busca prevenir el delito por encima de su mera retribución, empero se distingue por la finalidad que le otorga al castigo penal, también el objetivo de la pena es la afirmación y el aseguramiento de las normas fundamentales y los valores que se protegen, ya que por la obligación normativa se instruye al grupo social en la obediencia de ellas.

Hans Welzel es el autor a quien se le atribuye la teoría de la prevención general, debido al pensamiento de la función ético-social del derecho penal, en el cual lo más importante es el amparo de los derechos políticos como principal fuente de protección, contrario ello el derecho penal busca positivizar y sancionar bajo los lineamientos éticos – sociales,

puesto que son los valores fundamentales de la conciencia jurídica, de modo que el estado conforma el juicio ético social del ciudadano y fortalece su actitud permanente de fidelidad al derecho, entonces se deduce que ya desde su origen, para la prevención general positiva es fundamental mantener la vigencia segura de la norma (Welzel c.p. Duran, 2016, p.280).

También la constitución del derecho penal es establecida de la siguiente manera: con disposiciones, prohibiciones y con regulaciones que impactan de manera directa, asimismo la dedicación expresa del término del castigo, debido a la anticipación del delito, en el cual es un ejemplo del estado democrático social, dirigido al principio de resocialización.

De esa manera, constitucionalmente la forma de delimitación y prevención general positiva es la de limitar el poder punitivo que a su vez garantiza el ámbito de la teoría de la pena, ya que la Constitución lo fundamenta como una retribución y prevención general negativa, puesto que se toma como punto importante a la sanción para prevenir la infracción, puesto que, se ejecuta a través de la unificación y la debida resocialización de malhechor (Duran, 2016, p.291).

Debe este punto de vista, en la esfera del sistema del derecho constitucional, social y democrático, la función de la prevención general positiva es restringir el ius puniendi del estado, apartándose de lo que hemos mencionado sobre la retribución y la prevención general negativa, quedando

entonces como finalidad esencial de la pena la prevención del delito, realizándose la resocialización e integración del delincuente.

*A. Reglas de la imputación objetiva de la conducta.*

La teoría de la imputación objetiva exige que, luego de comprobada la causalidad natural, necesariamente se debe demostrar si la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado y consecuentemente si el resultado es producto del mismo peligro.

La teoría de la imputación objetiva de la conducta prácticamente trata de comprobar si la acción ha creado un peligro jurídicamente menospreciado para la sociedad, puesto que se encuentra desarrollada mediante una estructura reglamentaria, por tal razón, en menester establecer las reglas existentes, que se desarrollan:

*A.1. Lesión insignificante.*

Como primer nivel se tiene que comprobar la existencia de un peligro jurídicamente desaprobado, puesto que se visualiza de manera correcta que debe de existir la creación de un riesgo relevante, según Roxin citado por Alcocer (2015) lo concibe como la exclusión de la imputación si falta la creación de un peligro señalado que:

Se rechaza la imputación al tipo objetivo, puesto que no ha disminuido ni aumentado el riesgo de lesión de un bien jurídico, esto de manera que pueda ser jurídicamente considerable, a esta presunción se le atribuye el caso tormenta, por ello da a conocer

que aquellas acciones que tiene riesgos mínimos no son determinantes ni relevantes para poder imputarlos, ya que estos son considerados como riesgos mínimos que van ligados socialmente el día a día, entonces es necesario probar la acusación del resultados producido por dicha acción (...) (p.29).

No ha sido creado el riesgo relevante de lesión al bien jurídico, ya que hay coexistencia entre los supuestos del riesgo insignificante y el riesgo suficiente, entonces según Villavicencio, citado por Alcocer (2015), considera que:

(...) el principio involucra a la no punibilidad y la significación social de la conducta que surgen desde el bien jurídico privilegiado, dado que hace una extensión de estructura de los tipos penales estando el bien jurídico como significado a la realización típica, en el cual no son imputables las conductas que le suponen una insignificante afectación (p.30)

En tal sentido, todo riesgo insignificante compromete la falta de significado social de los comportamientos y la no punibilidad, por ende, se da el bien jurídico protegido, en el cual se extiende al cuerpo normativo de los tipos penales, donde se encarga de dar significado a la constitución típica.

Por otra parte, Mir Puig, citado por Alcocer (2015) señala que:  
Toda excepción de tipicidad penal va ligada entre las lesiones



penalmente relevantes y las conductas del autor en relación a las otra, es por ello que toma importancia la irrelevancia penal del hecho, debido a que la sociedad lo acepta y necesariamente es producido en el mismo contexto real (p.30).

Desde esa óptica, el suprimir la tipicidad penal no es producto de la falta de conexión entre la lesión penalmente relevante y el comportamiento del autor, por el contrario, es producto de la irrelevancia penal de la lesividad del hecho, debido a la aprobación de la colectividad.

#### ***2.2.2.7. Límites al poder penal.***

##### ***2.2.2.7.1. Constitución, derecho y principios penales.***

Es muy importante estar convencidos de que la imposición de un sistema de control penal, en el cual está prácticamente de acuerdo al estado social y democrático de derecho, al mismo tiempo, es un medio válido y también necesaria para frenar la violencia que aqueja la sociedad.

En adición a ello, la consolidación de un modelo penal mínimo y garantías, es sin lugar a duda un medio primordial de proteger la estabilidad democrática de un país, no obstante, si permitimos que el estado de derecho se transforme en un estado solamente de normas, entonces se creará desde el sistema penal una nueva fuente de intolerancia e injusticia, en el cual el cuidado del ciudadano deberá sucumbir ante la batallada razonabilidad del estado.

#### ***2.2.2.7.2. Naturaleza y función de los principios reguladores del control penal.***

Entre las características de un estado liberal se encuentra la elaboración de políticas que van dirigidas a limitar los canales de intervención del control penal con el progreso de las relaciones sociales, esto coherente al rol de alerta del libre mercado de trabajo y la producción de capitales, en el cual se trata de frenar la supremacía del estado, puesto que es absoluta e impide el desarrollo del capitalismo burgués.

La igualdad y la libertad entregaron al derecho penal una característica más formal y menos cruel o agresivo, debido a que tuvo durante el feudalismo y la consolidación del estado absolutista una legitimación del control penal, asimismo el recurso necesario en el sostenimiento del pacto social y que rompió lazos entre derecho penal y moral (Foucault c.p. Prado, 1990, p.267)

En tal sentido, cabe destacar que la idea de libertad e igualdad dan al derecho penal un carácter formal, en el cual se le conoce como menos agresivo, por lo que tenía en su pasado un estado absolutista, como también la legitimación del control penal como algo necesario para la sustentación del pacto social, por consiguiente, desapareció toda la relación entre el derecho moral y el derecho penal.

Con el paso del tiempo estos principios limitadores del control han sido reforzados formalmente mediante la introducción de las

constituciones y por los abusos cometidos por aquellos regímenes totalitarios y a su vez autoritarios, por ende, estos principios que en algunos casos han sido proclamados como garantías o derechos por las normas extranjeras de promoción de los derechos humanos son principios reguladores del control penal, según Prado (1990,p.267) lo considera de la siguiente manera:

- Principio de legalidad.
- La necesidad y la mínima intervención del derecho penal.
- Principio del bien jurídico real.
- Principio de humanidad.
- Principio de proporcionalidad de las sanciones.

#### ***2.2.2.7.3. La necesidad de límites y la lógica de los principios.***

En cuanto al ejercicio de ius puniendi, este da lugar por definición a restricciones de derechos y libertades, en el cual ha de estar justificado en todo caso, ya que cuando el poder del estado es ejercicio sin limitación este se convierte en abuso de poder, por consiguiente, es necesario y urgente establecer límites al ejercicio del derecho penal y estos límites han de provenir de normas que establezcan restricciones a quien ejerce el poder punitivo, entonces la pregunta sería ¿de qué normas se trata?; no se refiere a las normas en cuanto leyes que también existen, ya que a fin de cuentas los excesos de derecho penal constituyen un delito.

Se busca identificar cuáles son los parámetros que ejercen influencia sobre el legislador esto en cuanto elabore y apruebe leyes, p. ej. se decide castigar el homicidio con pena de diez años y no con veinte años, también para las actuaciones del poder ejecutivo cuando autoriza o deniega una petición de ejercicio de la libertad de expresión o de la administración de justicia, cuando investiga unos hechos y no otros, a todo ello, los tres poderes: legislativo, ejecutivo y judicial, ejercen el ius puniendi en la sociedad, que esas manifestaciones sean derecho y no mero ejercicio del poder, depende de quien las adopta se mueva con arreglo a principios orientadores que le sirven de límite e impiden tomar ciertas decisiones por muy eficaces que parezcan (Sanchez,2015,p.21-22).

Siendo así, debemos encontrar, debemos encontrar los límites que ejercen influencia sobre el creador de la norma jurídica al momento de elaborar y aprobarla, p. ej. cuando impone castigar el homicidio con penas menores a lo establecido, también cuando se investiga un hecho y no otros que tienen más relevancia, puesto que los tres poderes del estado ejercen el poder punitivo en la sociedad, entonces esas expresiones deben ser derecho y no un simple ejercicio de poder, en el cual se basaría en los principios reguladores que le servirán de límite a las decisiones.

#### ***2.2.2.7.4. Principio de legalidad.***

La estimación de este principio no radica principalmente en el ordenamiento penal, por el contrario, se aplica en todo proceso de manera general, por lo que todo ordenamiento jurídico del país hace posible la existencia del mismo, puesto que no solo es un principio, sino también un

lindero al poder gubernamental, pues a falta de existencia normativa no hay acción.

En la Constitución Política del Perú se normativiza el principio de legalidad en el apartado 2° numeral 24 letra d, en el que se establece constitucionalmente que nadie será procesado ni condenado por acto y omisión que, al tiempo de cometerse, no está previamente calificado en la ley, sea de manera expresa e inequívoca o como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la Ley.

Es necesario hacer esta precisión, ya que este principio a tratar es uno de los pilares fundamentales de todo ordenamiento jurídico, incluso es el que regula toda conducta fuera del contexto legal, no solamente el delito, sino también el proceso que conlleva este con su respectiva garantía.

Por otro lado, Peña citado por Goicochea y Córdova (2019), consideran que: “(...) este principio se expresa con el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, el mismo que hace referencia a que no puede haber crimen ni pena si es que no hay una ley que determine el hecho como ilícito” (p.48); el autor nos quiere decir que, no va a existir crimen o pena siempre y cuando no exista una ley que lo establezca como ilegal.

#### ***2.2.2.7.5. La necesidad y la mínima intervención del derecho penal.***

Este principio de la mínima intervención está incluido íntimamente en el derecho penal y que su intervención es efímera y solo

ingresa en aquellos supuestos que son admitidos por el principio de lesividad, al no ser suficientes cada uno de estos recién ingresaría el derecho penal como última ratio, por lo cual es visto como el sistema capaz de solucionar y sancionar todo problema que ocurra en nuestra sociedad, entonces la pena es la última ratio y que esta solo protege efímeramente los bienes jurídicos.

El derecho penal como rama del ordenamiento jurídico es aquel que se encargara de las sanciones más graves, por ende, este es considerado de última ratio por lo que su debida aplicación no tendrá limites, ya que no requiere mayor profundidad el análisis de este principio (Bramont c.p. Goicochea y Córdova, 2019, p.50).

Entonces, el derecho penal alberga las sanciones más graves, ya que es considerado como la última ratio y como necesidad; no como prioridad, en el cual preexisten otros mecanismos para poder enfrentar las diversas acciones que son penadas.

En ese sentido, el derecho penal es concebido como el último recurso a que debemos acudir a falta de otro menos lesivos, inclusive cuando se protege bienes jurídicos, en el cual bastará la utilización de los medios del derecho civil, del derecho público o incluso medios extrajurídicos, ya que su rigidez sería algo innecesario e injustificado, con ello no imponer sanciones graves solamente se necesitará otras sanciones menos rígidas.

Este principio es el llamado carácter fragmentario de derecho penal, según el cual el derecho penal no ha de preservar todos los bienes

jurídicos, ni penar todas las conductas lesivas de los mismos, sino solo agresiones más graves a los bienes jurídicos más importantes, entonces corresponderá a otras ramas del derecho los ataques menos graves, de ahí devienen que el derecho penal tiene carácter subsidiario frente a las demás ramas del ordenamiento jurídico (Conde c.p. Medina, 2007, p.92).

De esa manera, preexiste el carácter fragmentario del derecho penal, ya que el derecho penal no protege todos los bienes jurídicos, tampoco puede castigar todas las conductas lesivas, por el contrario, solo ataca a las conductas más gravosas a los bienes jurídicos de mayor relevancia, entonces corresponderá a otras ramas del derecho la utilización de las sanciones menos graves.

En tal sentido se debe apreciar la despenalización en un doble sentido, por la vía de la no sanción en un estado social de derecho de una conducta que atentase solo contra la moral, la religión o que dirige exclusivamente a la puesta en peligro, en el cual puede producirse una anulación sin sustitución de aquellos preceptos penales que no son necesarios para el mantenimiento de la paz social, pues entre las funciones que se le asignan al derecho penal, no se encuentra la inhibición de semejantes formas de conducta, por el contrario, este debe impedir el perjuicio ajeno y tutelar las condiciones de la existencia social (Roxin c.p. Medina, 2007, p.93).

Por lo tanto, se valoraría más una despenalización para el camino de la no condena, puesto que nuestro estado es un estado social de derecho

de una conducta que atentase solo contra la moral, la religión o que trasladase exclusivamente al auto puesta en peligro, en el cual puede producirse una anulación sin sustitución de aquellos mandatos penales que no son necesarios para el mantenimiento de la paz social y el bienestar.

El principio de intervención mínima compone no solamente es una parámetro al *ius puniendi*, por el contrario, ubica al derecho penal en su legítima posición en el ordenamiento jurídico, considerado como la última instancia, en la que podemos recurrir los sujetos de derecho, para resolver los conflictos, también considerado como la última ratio el cual cuenta el estado, para satisfacer los intereses de una nación democrática, empeñada en la defensa y desarrollo de los valores consustanciales al derecho penal democrático (Martos,1987, p.101).

Desde esa perspectiva, el principio de intervención mínima constituye no solamente una restricción al *ius puniendi* del Estado, también destaca al derecho penal en su verdadera posición en el ordenamiento jurídico, en el cual los ciudadanos pueden acudir para dirimir sus problemas conflictivos, asimismo para conseguir una sociedad democrática desarrollada, por estas razones se le denomina la última ratio o instancia.

#### ***A. Principio de subsidiariedad.***

Es considerado como última ratio o extrema ratio, ya que solamente debe recurrirse al derecho penal cuando han fallado todos los demás controles sociales, es pues que el derecho penal debe de ser



considerado como última finalidad de aplicación ante la gama de diversos derechos que tiene nuestro ordenamiento (Villavicencio, 2006, p.93).

De tal forma que, al principio de subsidiariedad permite recurrir al derecho penal siempre y cuando se hayan agotado todos los demás controles, sea el formal o informal, en el cual el derecho penal es la última instancia a la que debe recurrir el estado, debido a la gravedad de las sanciones acaecidas, en caso contrario preexisten otras alternativas del ámbito del derecho o extrajurídicos a la que deberíamos recurrir para solucionar el conflicto.

En adicción a ello, se menciona que el derecho penal es netamente sancionador, lo cual no es así, ya que se restringe su adaptación en las diferentes ramas de derecho, en el cual se hace una clara diferencia entre norma y ley penal, porque el delincuente infringe con su conducta la norma, pero cumple la ley penal, cuya función es sancionadora de los comportamientos prohibidos de las normas siendo así la ley penal es puramente contraria a la norma, debido a su desobediencia.

Siendo así, se tiene que establecer correctamente el cumplimiento de las precauciones de la ley penal, para luego generar su aplicación de la sanción, que deviene en consecuencia de un delito causado, esto hace posible que la ley penal como causa de la unión entre presupuesto y consecuencia penal, contenga mandatos y prohibiciones.

La ley penal contiene tanto el precepto en cuanto la sanción, si bien el momento sancionador prevalece desde que los preceptos penales se restringen, es así que, Grisigni, citado por Martos (1987, p.121) considera los siguientes:

- Los hechos han demostrado que la ley penal prevé en ocasiones ordenes no previstas por ninguna otra rama del derecho, p.ej. el apartado 489° del Código Penal español tipifica como delito la falta de asistencia.
- Si los preceptos contenidos en el derecho penal son generalizados ¿Por qué otras partes del ordenamiento jurídico están sujetas a diferentes tipos de sanciones? De hecho, no existen razones legales, políticas o sociológicas para castigar la desobediencia a algunas de las mismas órdenes y recibir sanciones penales.
- El derecho penal y los decretos predelictivos son difíciles de determinar porque las funciones determinadas del derecho penal y el origen de sus sanciones exigen que el presupuesto sea reformado en cada caso.

Desde esa perspectiva, el derecho penal es sin duda un derecho de protección, porque su orden debe a que su finalidad principal es el mantenimiento de los derechos legales, siendo así, existen dos disputas políticas sobre su configuración; la primera es el orden jurídico social de su configuración y la segunda es la mejor manera de proteger el acatamiento de esta, por consiguiente, lo más importante es el segundo.

### ***B. Principio de fragmentariedad.***

Como ya sabemos, el poder estatal cuenta con límites al momento de crear una ley penal, por eso no es de todo absolutos el poder que supuestamente detenta, entonces gracias a estas restricciones que se puede ver con claridad que el estado cada vez se ve más mermado en su afán de intervención al que llaman *ius puniendi*, trae consigo principios garantistas y protectores en una realidad cada vez consolidada como un estado constitucional de derecho, entre los cuales y quizá uno de los más importantes es el principio de fragmentariedad.

Desde esa óptica, el estado democrático de derecho cumplidor con la liberalidad de la persona, cuenta con una de su principal característica: el carácter fragmentario, ya que el ordenamiento protector jurídico penal, forzosamente padece de lagunas e imperfecciones, esto debido a que, en cada momento trascendental obstruyen al derecho penal, para que este no sea absoluto, como también su ejercicio protector se amplíe de manera general a la vida colectiva, en donde se quebranta el orden jurídico.

El carácter fragmentario del derecho penal, consiste en que no se le puede utilizar, para prohibir todas las conductas, ya que el derecho punitivo no castiga todas las conductas lesivas de bienes jurídicos, sino las que revisten mayor entidad, es por ello que, este principio es una directriz político criminal, puesto que determina en el legislador hasta qué punto puede transformar determinados hechos punibles en infracciones o no

hacerlo, por lo tanto, muy útil para la criminalización primaria (Villavicencio, 2006,p.94).

En ese sentido, el *ius puniendi* del Estado no sanciona todas las conductas que ponen un riesgo aun bien jurídico tutelado, sino aquellos que para la ley penal son más graves y perjudicial, entonces este principio regulador sirve como directriz político criminal, ya que, determina en el legislador hasta qué punto puede convertir determinados hechos punibles en infracciones o no hacerlo; por lo tanto, será necesario para la criminalización primaria.

La relatividad y fragmentariedad del derecho penal se asientan, en que la apreciación de lo que a la colectividad acuerda condenar penalmente, necesariamente no puede ser realizada arbitrariamente, puesto que, existe un camino idóneo de las pruebas contundentes de los bienes y valores susceptibles, los cuales requieren la protección penal, ya que en un estado social de derecho, que propugna como el primer valor superior de su ordenamiento jurídico: la libertad, la fácil huida hacia el derecho penal, prefiriéndose el recurso a la pena o a la medida de seguridad antes que el examen de medios menos gravosos para los ciudadanos, conducirá inexorablemente a un Estado policial (Navarrete c.p. Martos. 1987. p.102).

Asimismo, en un estado social y democrático, en el cual se conceptualiza y se protege en primer lugar el bien jurídico de la libertad, por lo cual el principio de fragmentariedad del derecho penal como se basa en la determinación de nuestro entorno por el dar sanción penal a conductas

dañinas, esto bajo los preceptos de la comprobación de los bienes y valores susceptibles, todos susceptibles de su protección penal.

Ante el carácter fragmentario del derecho penal, en la cual tanto en las acciones u omisiones de riesgo y responsabilidad se le impondrán la pena solo cuando esto lo amerite, por lo que sin duda se considera como un fundamento político – criminal del ordenamiento social (Martos, 1987, p.107).

De tal modo que, entre los fundamentos político – criminales de Estado social y democrático son de forma fragmentaria donde la pena adecuada se aplicara solamente a aquellas acciones u omisiones que son de riesgo y responsabilidad con el respaldo social.

Por consiguiente, en cuanto a conducta humana solo podrá ir al injusto punible todo en cuanto lesione un bien jurídico, puesto que para el legislador no solo valora la vulneración de una norma ética, pues en principio la transgresión del bien jurídico que muestre la víctima tiene que estar demostrado (Hassemer c.p. Martos, 1987, p.110).

De ahí que se establece que el legislador no debe ni puede basarse solamente cuando transgrede una norma moral o divina, ya que primero tiene que demostrar la lesión de un bien jurídico, dicho en palabras más sencillas el legislador debe comprobar que a la víctima se le haya lesionado sus derechos fundamentales o los bienes jurídicos más protegidos por el estado.

#### ***2.2.2.8. Principio del bien jurídico real.***

Este principio asegura que cualquier decisión política que tipifique como delito o principal sea el resultado de intereses individuales o colectivos, por lo que atribuir arbitrariamente comportamientos a creencias, credos o intereses que solo beneficien a pocos y a sus individuos, entonces todos buscan el apoyo de las personas, debido a que no deben ser vistos como intereses legales y dañinos, en el cual imponen estas restricciones al poder punitivo (Prados c.p. Saldarriaga, 1990, p.270).

De ese modo es injusto atribuirle un delito a alguien solamente para promover o fortalecer las ideas, credos o intereses específicos de la minoría, lo cual ciertos conceptos de evaluación abstractos o prominentes no pueden considerarse derechos legales, puesto que el crimen es el resultado de defender ciertos intereses individuales o colectivos en la sociedad, por consiguiente, todo lo dicho es producto de una decisión política de criminalización primaria.

En el ordenamiento peruano el rol crítico del principio de bien jurídico real es apoyado en una gran disminución de toda decisión penal del estado, puesto que en ciertas circunstancias en el ordenamiento se quiso tomar de diferentes maneras donde solo perseguía la potenciación aplicativa de una política de desarrollo, ya que detrás de la penalización de la huelga de hambre no existía un propósito de proteger la salud, por el contrario un afán autoritario de superar con la represión penal las paralizaciones y demandas sindicales (Saldarriaga,1990, p.271).

Entonces, se permitió reducir múltiples decisiones penales del estado a través del cual se reconoció que la criminalización de actos de rechazo a la reforma agraria solo perseguía la potenciación aplicativa de una política de desarrollo, esto es un claro ejemplo del principio del bien jurídico real suscitada en el Perú, siendo que en la reforma agraria no se pretendía proteger la salud con la huelga de hambre, por el contrario, solo se buscaba la paralización de la huelga y las demandas sindicales.

#### ***2.2.2.9. Principio de humanidad.***

Bajo el principio ya mencionado, el control penal sostiene que las penas no pueden ir en contra la dignidad de las personas, mucho menos puede ser inconstitucional, puesto que la vida del ser humano es un derecho protegido y por ende no puede ir en contra de este, por lo cual aquellos centros de reforma tienen que ser exactamente como su nombre lo menciona y no lesionar algún bien jurídico tutelado (Saldarriaga, 1990, p.273).

En esa línea de ideas, el derecho penal no puede ir en contra de la dignidad de las personas pues esto se consideraría inconstitucional, debido a que el Estado protege con sus normas toda la dignidad y vida del ser humano limitándolas claramente hasta dónde puede llegar esto.

Está claro que en el Perú la política de este principio controlado no está siendo acatada, p. ej. el secuestro puede ser reprimido con cadena perpetua, las cárceles son centros de depravación y de exterminio, los detenidos por delitos de terrorismo suelen ser objeto de vejaciones, ya que las

fuerzas de intervención en las zonas de emergencia son acusadas permanentemente de realizar desapariciones y aplicar ejecuciones extrajudiciales (Saldarriaga, 1990, p.273).

Por otro lado, en nuestra norma suprema, en el apartado 2° numeral 24 letra h, establece que nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o tratos inhumanos o humillantes, cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquella imposibilitada de recurrir por si misma a la autoridad, carece de valor las declaraciones obtenidas por la violencia, ya que quien la emplea incurre en responsabilidad.

#### ***2.2.2.10. Principio de proporcionalidad de las sanciones.***

Para el linaje de la retribución esta política connota que la sanción debe guardar vínculo con el daño ocasionado y con el bien jurídico protegido, entonces la aplicación de sanciones debe ser proporcional al delito y las circunstancias de su comisión, por lo que se relaciona de modo directo a este principio con el de culpabilidad (Puig c.p. Saldarriaga, 1990, p.277).

En tal sentido, la pena debe estar en armonía con el daño ocasionado y con el bien jurídico protegido, ya que el principio de proporcionalidad así lo demanda, entonces la aplicación de sanciones debe ser proporcional al delito y a las situaciones de su realización.

La participación del poder penal no puede, ni debe generar, más daño o pena alguna que el hecho concreto, al cual responde, entonces la ilicitud puede reflejarse bajo la relación del hecho concreto del delio y la respuesta



punitiva estatal la pena, siendo que esta reacción solo es admisible si es proporcional, entonces se entenderá proporcionando cuando la reacción penal es tomada por todas las circunstancias conjuntamente con el principio de mínima intervención, siendo así, se lograra un balance positivo frente al daño causado por el supuesto delito siempre dentro de un máximo admisible de violencia por la conjunción de otros principios (Villavicencio, 2006, p.117).

En ese sentido, la armonía lograda no significa equivalencia entre gravedad del delito y la pena, sino que, el mal que causa la pena es el mínimo posible según el grado de necesidad que surge de la falta de otros instrumentos de respuesta que no sea la violencia, puesto que la intervención del poder penal no puede ni debe generar más daño al caso concreto al cual responde.

#### ***2.2.2.11. El deterioro actual de la cultura de las garantías y del Estado de derecho.***

El carácter contradictorio de la ley, por un lado, se trata de una fuerza y un control excesivo, por otro, al menos en un país democrático también se protegen los derechos y libertades individuales, por lo que esta contradicción es más evidente en el derecho penal, debido a que el contenido de las sanciones penales reflejan el aspecto represivo del derecho, de ese modo se convierten en una forma particularmente odiosa, al mismo tiempo, la función de garantía también es crucial en el derecho penal.

Según Betancur, citado por Sotomayor (2013), considera que: El derecho penal entendido como función de castigo es un medio de control

social junto con la educación, la cultura, la religión, etc., considerado como un derecho objetivo del sistema penal, en el cual una vez establecida una norma debe necesariamente utilizarse como medio de instrucción o control, por otro lado, el alcance de la intervención estatal y el derecho penal también debe controlarse en un sentido amplio o restrictivo para evitar un desbordamiento ilógico del poder (p.271).

Lo que el autor nos menciona es que, la función punitiva del derecho penal considerado como una herramienta de control social, al mismo tiempo, acompañado de control informal, como: la religión, educación, cultura, ética, etc., una vez configurado y positivizado debe prevalecer el *ius puniendi* del Estado y con ello deberá ejercer un control extensivo y también restringido, debido a que se debe evitar su uso irracional.

#### ***2.2.2.12. El debilitamiento de la función de garantía en algunos modelos penales de la actualidad.***

##### *2.2.2.12.1. El derecho penal del riesgo.*

Con mayor admisión doctrinaria suelen gozar algunas propuestas de innovación de la normativa penal, acorde con las demandas derivadas de la denominada sociedad del riesgo, entre las características de esta innovación según Sotomayor (2013, p.276) destaca las siguientes:

- Actos que tiene intereses globales y deben estar sujetos a restricciones penales.
- La visión vaga o invalida de los nuevos activos legales significa que los delitos se configuran a menudo como un incumplimiento de

obligaciones, más que como daño a los activos legales, a su vez, los activos legales ya no son aplicables, puesto que se considera una restricción a los legisladores y motivo de intervención criminal.

- El derecho penal ya no será un medio de control, sino una herramienta de política de seguridad, por lo que finalmente se justifica por su función simbólica, porque ya no intentará incidir en la realidad, sino garantizar la seguridad subjetiva.
- Debido a la proliferación de peligros actuales y topos de derecho penal en blanco, la protección del contexto ha llevado a una regulación administrativa del derecho penal.

Es definitiva, la protección de las garantías estrictas de legalidad significa que la ley no solo tiene como objetivo describir los hechos sustantivos que lesionan el patrimonio jurídico, sino que también se puede verificar con base en la experiencia, pues se dice que los requisitos preventivos no pueden ser cumplidos por los criminales tradicionales, puesto que las reglas de atribución de responsabilidad están en revisión.

#### *2.2.2.12.2. El discurso del derecho penal del enemigo.*

No hay duda, de que el discurso llamado “derecho penal enemigo” de Jacobs, va en contra del modelo de derecho penal del autor, puesto que no solamente es funcional, sino también de un poder imperante en la actualidad, en el cual es considerado el poder o la intervención punitiva del estado, ya que es una herramienta de impotencia o inocencia en la sociedad que conducen a un patrón infinito de delitos porque el

enemigo se define como un individuo, que no acepta las normas y por lo tanto no puede reintegrarse a la ley (Jacobs c.p. Sotomayor,2013, p.274).

De esta manera, para el discurso del derecho penal de enemigo se suscita como instrumento de incapacitación o inocuización social, que lleva a un modelo penal ilimitado, puesto que el enemigo es definido como aquel individuo que no acepta la norma, es así que, se presenta la intervención del *ius puniendi* del Estado.

Bajo esta modalidad de intervención criminal se menciona tradicionalmente la respuesta criminal del terrorismo, que ha dado lugar al derecho penal de excepción o emergencia, por lo que durante muchos años se ha convivido con el sistema penal ordinario, entonces la diferencia hoy es que existe un cuestionamiento a la legalidad de la intervención criminal, puesto que se opone a algunos supuestos básicos del estado de derecho; no obstante, cuando el mismo modelo de intervención domina el tratamiento legal penal de ciertas formas de delincuencia (como el llamado crimen organizado y el crimen sexual), estos temas ya no tienen el mismo efecto en la actualidad (Sánchez c.p. Sotomayor,2013, p.275).

#### 2.2.2.12.3. *El derecho penal de los derechos humanos.*

Este es un problema que surge en la teoría del derecho penal comparado, que define la pobreza de ciertos principios tradicionales que restringen el poder y relaja ciertas categorías de sistemas de responsabilidad penal, en el cual son los derechos humanos, entonces ello debe tener una gran legitimidad y un enorme impacto práctico en la

realidad, debido a las violaciones de los derechos humanos que se han convertido en una práctica sistemática y de largo plazo, por otro lado, el enfrentamiento interno de largo plazo ha provocado que un número considerable de víctimas utilice guerras sucias (Pérez c.p. Sotomayor,2013, p.279).

Desde esa óptica, la transgresión de las normas humanas ha sido una práctica repetitiva e indestructible que ha dejado un número considerable de víctimas en medio un debate interno de larga duración, en el cual ha hecho de la guerra sucia y de la violación sistemática de los derechos humanos una práctica repetida y generalizada, siendo así los derechos humanos con relación al derecho penal tiene la importancia de gozar de gran legitimidad y de una gran incidencia practica en una realidad cada vez más compleja.

#### ***2.2.2.13. Derecho penal mínimo y privación de libertad.***

##### *2.2.2.13.1. Las penas privativas de libertad y el derecho penal mínimo.*

La mínima intervención se originó en la irrupción del liberalismo y coincidió con él, puesto que las doctrinas que aparecieron principalmente en Francia y el Reino unido en la segunda mitad del siglo XVIII fueron respetadas por la gente y esto se reflejó en la importancia de la libertad, el espacio para lo personal, religioso, literario, económico, etc., es mucho, más amplio que el de los filósofos del pasado e incluso los filósofos más ilustrados como Espinoza o Locke.

El estado puede imponer de cualquier forma lo que está prohibido y lo que no es quien impondrá sanciones mediante regulaciones, debido a la gran responsabilidad, por lo tanto, sino se cumplen las normas legales restrictivas entonces el Estado tendrá que seguir la libertad punitiva ejercicio de ese modo el poder, en el cual se incluye al principio de legalidad, la mínima intervención o prohibición del exceso, proporcionalidad, humanización y resocialización (Goite & Ruiz, 2016, pp.117-118).

Por eso, para el ordenamiento jurídico, en el cual preexiste un Estado social y democrático solamente se podrá legitimar la pena de prisión obedeciendo a las exigencias de la justicia social basada en la trilogía garantista y aseguradora, los cuales son: el delincuente, la víctima y la sociedad.

#### *2.2.2.13.2. La crisis de la resocialización de los privados de libertad.*

De acuerdo con el principio de resocialización cuando se adopta la pena privativa de la libertad es necesario implementar una política penitenciaria centrada en el castigado y tomar medidas básicas para evitar que los reclusos no sean socializados, brindando comodidad a los reclusos, comunicarse con los presos, estar al aire libre y pedir siempre su consentimiento, asimismo emitir permisos de salida de las instituciones penitenciarias e implementar un tratamiento gradual en un corto periodo de tiempo, en el cuales taran completamente preparados para volver a la

vida libre en el futuro, lo que les facilitara el cambio de sistema penitenciario y el traslado a la prisión con una semi liberación y una posible obtención de la libertad condicional (Goite & Ruiz, 2016, p.121).

Desde esa perspectiva, aquellos privados a la libertad al momento de aplicarse la sanción sienten suma necesidad para la ejecución de políticas penitenciarias, en las que sitúen al sancionado al lugar adecuado, tomando las medidas adecuadas para evitar la socialización y así lograr una adaptación y resocialización correcta, de esa manera, dándole los beneficios correspondientes y su desarrollo adecuado.

#### *2.2.2.13.3. Sociedad de riesgo, globalización y expansionismo penal.*

Este concepto de globalización no ha resuelto los problemas de las desigualdades sociales que tanta incidencia tiene en el aumento de la criminalidad, la violencia y la inseguridad ciudadana, el tráfico de drogas, la trata de personas y otros males que van de la mano de la delincuencia organizada en el cual se ve influenciado por la concentración del capital en determinadas áreas.

Al hablar de la diferencia entre la pobreza y la riqueza preexiste un conflicto de gran envergadura social, en el cual siempre demarca el desempleo y su satisfacción de necesidades que requieren los moradores de un determinado lugar, debido a que son económicamente desfavorecidos por dicho desarrollo, entonces teniendo como punto de preocupación los flujos migratorios, además de afectaciones sociales

como: el tráfico de drogas, las armas, el terrorismo como lavado de activos, lo cual preocupa el día a día con su crecimiento, hará que el estado Busque distintas maneras de reformar las penas y sanciones a través de una ayuda internacional (Goite & Ruiz, 2016, p.122).

De ese modo, la política, la sociedad civil y la doctrina son responsables de reemplazar políticas preventivas razonables en el control de los delitos, tales como construir más cárceles, establecer penas más altas y reducir las garantías penales y procesales, todo por culpa de las desigualdades sociales que acarrea un país en vías de desarrollo, por tal razón las necesidades de los habitantes de un territorio están menos respaldadas por el desarrollo económico, puesto que además de otros flagelos como el terrorismo, las drogas y las armas, también ha generado un gran número de flujos migratorios.

*2.2.2.13.4. Instituciones positivas y mínima lesividad en los delitos de infracción del deber.*

Los delitos contra la administración pública hayan su base dogmática en los deberes especiales que deben observar y vigilar, todo ello, proviene de la política criminal que los respalda según la postura del funcionamiento moderado o en los roles sociales que se otorgan a los ciudadanos o aquellos que son atribuidos hacia agentes especiales por razón del cargo que desempeñan, por tanto, el eje central de esta clase particular de delitos es la revisión de la incolumidad de los deberes especiales que ostentan los funcionarios o servidores públicos, dado que la



incolumidad de estos deberes especiales permiten el normal desarrollo y desenvolvimiento de la administración pública, como mencionaba el autor Caro (2002):

En los delitos de infracción del deber responde como autor aquel que lesiona un deber específico, un deber que lo identifica como “obligado especial”. por esta razón, en este grupo de delitos el acontecer causal en el mundo exterior dominado por el autor no posee ninguna relevancia jurídica. (p.05)

Por tanto, se llega a colegir que la vulneración o el incumplimiento de los deberes especiales inherente al funcionario o servidor público genera la configuración del delito contra la administración pública, siendo la característica principal de los delitos de infracción del deber y el símbolo peculiar que nos permite determinar la configuración del delito dentro del aspecto de imputación objetiva, por ende resulta necesario advertir la naturaleza jurídica de estos deberes especiales: todo lo contrario a los delitos de dominio los cuales se sustentan en la existencia de un deber general de no causar daño a nadie o también denominado *alterum non laedere*, el cual, genera la obligación general hacia todos los ciudadanos de no lesionar a sus congéneres, todo ello para poder mantener el ámbito de organización incólume.

Los deberes especiales que se pueden advertir como parte estructural de los delitos de infracción del deber, los mismos que se sustentan en deberes positivos que tiene su origen en un deber institucional perteneciente al ámbito de funciones y competencias dentro de la

administración pública, todo ello en relación a las personas que en primera instancia pertenecen a una organización que tiene por decreto no generar daños entre sí para permitir la coexistencia, para luego generar una esfera privada de protección institucional, en donde existen bienes jurídicos que se encuentran dentro del ámbito tuitivo, en donde es deber del sujeto el fomentar y mantener la incolumidad de los referidos bienes jurídicos de amenazas externas de lesión o peligro, como ratifica el autor caro (2002):

La cuestión es determinar el tipo de deber a que se refiere la categoría de los delitos de infracción del deber. pero esta determinación ha de hacerse subrayándose en primer término que en el plano de los deberes existe una diferencia entre los deberes que afectan a los delitos de dominio y los deberes que aluden a los delitos de infracción de deber. En principio, el delito de dominio se refiere al deber general de “no dañar” a los demás en sus bienes – *neminem laedere*. (p.06)

Existiendo así una diferencia sustancial entre ambas, dado que, dentro de los delitos de dominio tenemos a deberes de contenido negativo, los cuales demandan una prohibición directa hacia los ciudadanos, sobre el no lesionar o generar daños a otra personas, por ende es un deber general y abstracto, por otro lado, se tiene a los delitos de infracción del deber , en donde se observa una obligación positiva, es decir una orden imperativa que demanda, que los funcionarios o servidores públicos cumplan y preserven a cabalidad los bienes jurídicos que entraña la administración

pública, este es la diferencia sustancial entre los deberes que entrañan los delitos de dominio y los delitos de infracción del deber.

Existe una relación inherente entre los funcionarios y servidores públicos y los deberes especiales que los mismos asumen al acceder hacia su rol institucional dentro de la administración pública, en tal sentido este deber especial, tiene como fundamento a las obligaciones que los funcionarios y servidores asumen al ingresar a la administración pública, es decir que ellos asumen voluntariamente tales deberes al momento en que deciden ingresar a la administración pública, es decir, que ellos asumen voluntariamente tales deberes al momento en que deciden ingresar a la administración, por ende podemos colegir que el vínculo entre los funcionarios, servidores y deberes especiales que asumen es uno de naturaleza inescindible, por tanto resulta imprescindible dentro del análisis de la teoría del delito y para acreditar la imputación objetiva, la verificación de la vulneración de los deberes especiales, como expresa el autor Caro (2002):

Los deberes que se refieren a la categoría de los delitos de infracción de deber se fundamentan en las instituciones positivas, las mismas que se configuran en los contactos de los ámbitos de vida en una sociedad, y posibilitan la creación de un mundo en común entre el portador del deber y los bienes puestos bajo su esfera. Una “institución es entendida en el sentido de las ciencias sociales como la forma de relación duradera y jurídicamente

reconocida de una sociedad, la que esta sustraída a la disposición del hombre individual y que más bien lo constituye”. (p.06)

La relevancia del deber especial y el papel que tiene dentro de la imputación objetiva dentro de los delitos contra la administración pública es de tal relevancia que varios de los elementos dentro de la imputación objetiva son descartados del análisis, uno de ellos es la determinación de la relación de causalidad, en donde podemos advertir que dentro de los delitos en contra de la administración pública, no resulta necesario acreditar un nexo causal entre la conducta del funcionario o servidor y el daño o lesión hacia el bien jurídico, dado que, resulta irrelevante la relación de cualidad, cuando solo es necesario acreditar la vulneración del deber especial.

Por otro lado, tenemos que tampoco resulta necesaria la acreditación del grado o nivel de lesión que la conducta típica genera sobre el bien jurídico tutelado, por tanto, el resultado lesivo no tiene ninguna inherencia sobre la configuración del delito contra la administración pública, es más, varios de ellos tipos penales dentro del capítulo de delitos contra la administración pública no tienen un rango o criterio que permita determinar el nivel de daño dentro del bien jurídico, mucho menos es posible la determinación de una cuantía o quantum dentro del resultado lesivo hacia la administración pública, por tanto, la propia dogmática penal y la estructura típica de los delitos contra la administración pública impide

que se pueda determinar el nivel de lesividad, como inquiera el autor Caro (2002):

A Jakobs se debe el haber realizado la clasificación de las instituciones más importantes para el ámbito del Derecho pena. Según esta concepción constituyen instituciones: la relación de padres e hijos, el matrimonio, la confianza especial y, para los deberes genuinamente estatales – las relaciones estatales de poder-, la función policial de velar por la seguridad elemental para la ciudadanía, el deber de velar por la sujeción a la ley de quienes están vinculadas a la administración pública<sup>0</sup>. (p.06)

Así mismo, la revisión hacia el bien jurídico tutelado por el tipo penal no resulta necesaria, dado que, la infracción del deber especial por parte del funcionario o servidor público tiene como consecuencia inevitable e inescindible la lesión hacia el bien jurídico, por tanto, no resulta necesaria la determinación del nivel o grado de lesión hacia el bien jurídico, dado que, como se mencionó antes la sola infracción genera la conclusión de la certera y objetiva lesión y menoscabo hacia el bien jurídico, por tanto no resulta necesaria la acreditación o corroboración del nivel de lesividad de la conducta del funcionario o servidor.

Es pues, la propia naturaleza jurídica de los delitos de infracción del deber y la estructura típica de los delitos de infracción del deber lo que hace irrelevante el análisis del nivel de daño que genera la conducta lesiva hacia el bien jurídico, por ende, podemos advertir que dentro de estos

delitos no resulte necesaria la revisión del nivel de lesividad de la conducta típica, ahora bien, en referencia con los principios que componen el derecho penal mínimo, podemos advertir que en una primera instancia los principios de fragmentariedad y subsidiariedad no podrían ser aplicables dentro de esta clase particular de delitos, como recalca el autor Caro (2002):

Por un lado, las condiciones para una vigencia organizada del derecho, que condicionarían a cada ordenamiento jurídico, y que vienen a ser la “garantía organizada de la seguridad exterior e interior, la que no se limita únicamente a una monopolización (estatal) del ejercicio de poder (como reverso sinalagmático de la renuncia a la libertad natural), sino que es entendida en un sentido amplio como la garantía de la vigencia organizada de Derecho”. (p.06)

El principio de fragmentariedad y subsidiariedad que requieren de la verificación del grado de lesividad de la conducta del sujeto activo, para legitimar la aplicación de la potestad punitiva y la norma penal, por tanto, no se podría aplicar estos principios porque en principio no existiría ninguna clase de baremo o criterio que nos permita incluir el nivel de lesividad dentro del análisis dogmático de la imputación objetiva, en conclusión, se puede advertir que existe una incompatibilidad dogmática entre los delitos de infracción del deber y los principios pertenecientes al derecho penal mínimo.

Es precisamente , el rol del funcionario o servidor público como obligado especial del cumplimiento y supervigilancia de los deberes especiales destinados a la protección de los bienes jurídicos lo que genera que tan solo la constatación de la lesión del deber asegurado institucionalmente genere la responsabilidad penal, en este sentido, podemos reafirmar que la inclusión o inferencia de los principios de mínima intervención serían descartados de esta clase particular de delitos, dado las diferencias diametrales entre ambos, por ende, no podría darse la aplicación pragmática de estos principios, como manifiesta el autor Caro (2002):

Esto quiere decir que los deberes a que se refieren los delitos de infracción del deber, no se limitan únicamente a un deber negativo general de “no dañar”, sino que más bien se extiende al deber positivo de todo obligado especial de protección y favorecimiento de los bienes colocados dentro de su esfera jurídica. Por esta razón el derecho penal dirige su programa no solamente al aseguramiento de esferas externas de libertades en forma negativa, sino que también exige del autor una producción positiva a favor de los bienes que tiene el deber de proteger, (p.07)

Empero, resulta necesario recalcar que la base de las instituciones positivas que son el epitome y génesis de los deberes especiales que entrañan los delitos de infracción del deber son esencia deberes institucionales pertenecientes al ámbito de protección dentro de la esfera jurídica adherida hacia una persona que asumió tal responsabilidad, con el deber imperativo de fomentar y proteger la incolumidad de los bienes

jurídicos pertenecientes hacia la administración pública frente a amenazas ajenas a la persona de lesiones o peligros, todo ello, deviene de la constitución de los deberes de organización que asumen los ciudadanos en primer lugar para lograr para lograr la coexistencia pacífica en una plétora de deberes negativos que conminan hacia el cumplimiento de mandatos prohibitivos que impiden la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos.

En esencia existen una relación de correspondencia entre los deberes negativos, que generan responsabilidad en virtud de organización y las instituciones positivas que generan la responsabilidad en virtud de competencia institucional, dado que, la segunda no puede existir sin la primera, teniendo una relación *conditio sine qua non*, siendo que, los delitos de dominio se basan en la lesividad de la conducta frente al ámbito tuitivo de los bienes jurídicos tutelados, siendo que, la política criminal del derecho penal mínimo impera y regula a los delitos de dominio y estos se basan en la responsabilidad en virtud de organización que son la epitome para estructurar las instituciones positivas que generan la responsabilidad en virtud de competencia institucional cuando son infringidas, se concluye que los delitos de infracción del deber y las instituciones positivas se encuentran dentro del ámbito de aplicación de los principios de derecho penal mínimo, como prescribe y manifiesta la Sala Penal Permanente R.N.N°238-2009-PUNO, en fundamento, Quinto (2009):

Del acta de internamiento del vehículo a depósito municipal y del acta de constatación de pérdida se acredita que falta solo un



alternador y un relay, no todo lo que indica el agraviado Mamani Huanca; sin embargo, por la situación de los objetos un alternador y un relay es preciso indicar que se debe aplicar el principio de intervención mínima del derecho penal que consiste en que el Derecho Penal deje de ser necesario para proteger a la sociedad cuando dicha protección puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales; que en el caso concreto es relevante y aplicable, al principio de subsidiariedad, según el cual, el Derecho Penal ha de ser la última ratio, el último recurso que se debe utilizar a falta de otros medios lesivos, así como el denominado carácter fragmentario del derecho penal, que constituye una exigencia relacionado con el anterior, es decir, significa que el derecho penal no ha de sancionar todas las conductas vulnerables de los bienes jurídicos que protege, ni tampoco todos ellos son objeto de tutela, sino solo castiga ataques de especial gravedad.

En Conclusión, los postulantes de política criminal de mínima intervención son aplicables dentro de los delitos de infracción del deber, por tanto, es necesario revisar el nivel de lesividad hacia el bien jurídico perteneciente hacia la administración pública, todo ello, en razón a que la finalidad última del criterio tuitivo dentro de los delitos de infracción del deber también es la protección de los bienes jurídicos, si bien es cierto que la sola inflación del deber especial para tener la certeza de una lesión hacia el bien jurídico, empero que exista esta certeza de lesividad no impide de

ninguna manera la revisión y análisis del grado de lesividad sobre el bien jurídico, dado que, la finalidad de las instituciones positivas tienen como finalidad la protección de los bienes jurídicos.

Por tanto, se puede advertir que existe una prevalencia de la política criminal sobre la dogmática penal, en tal sentido, la política criminal del derecho penal mínimo debe de prevalecer sobre la dogmática penal que respalda y sustenta a los delitos de infracción del deber, dado que, los principios de mínima intervención permiten la validez y legitimidad en la aplicación de las normas penales y eso incluye a los delitos en contra de la administración, por ende, resulta necesario que se revise el nivel de lesividad dentro de los delitos contra la administración pública, todo ello, para poder derivarlos hacia otros medios de control social formales, así también, determinar la relevancia de la lesividad en la conducta típica, ahora bien sobre la creación de un baremo objetivo o un nivel cuantitativo se tiene que hasta ahora no existe ninguna clase de criterio adoptado de manera general o aceptado por los operadores jurídicos.

Sobre los intentos que instaurar baremos o criterios objetivos en cuanto a la determinación de montos de mínima lesividad, estos resultaron fútiles, dado que, nunca se llegó hacia un consenso único dentro de la línea jurisprudencial, todo ello, debido a que no es posible determinar un quantum de mínima lesividad, en razón a, la naturaleza dogmática de los delitos de infracción del deber y la estructura típica de los mismos, empero

resulta necesario realizar una reminiscencia hacia los intentos de formular los baremos cuantitativos sobre mínima lesividad en estos delitos contra la administración pública.

Según Salinas Siccha “El tipo penal 387° no hace referencia a cuantía alguna como lo hace el Código Penal español. Para nuestro sistema penal, así el perjuicio ocasionado al Estado sea mínimo, igual se configura el delito de peculado”, recalcando lo anteriormente mencionado sobre la naturaleza dogmática de los delitos de infracción del deber; por ello, las ejecutorias supremas, fueron uniformes en sostener que, para la configuración del delito de peculado, no se requería cuantía alguna, así se cita a las misma: “En efecto, en la Ejecutoria suprema del 21 de diciembre de 1990 se argumenta que el delito de peculado es una figura delictiva específica, en la cual para su calificación como tal no se tiene en cuenta el monto del desmedro patrimonial”; también se tiene, “En el mismo sentido, la ejecutoria suprema del 3 de junio de 1991 prescribe que “por la naturaleza del delito de peculado, el anterior Código Penal ni el actual cuerpo de leyes contemplan la cuantía de los caudales apropiados para considerar como faltas contra el patrimonio tal ilícito penal”, recalcando así la naturaleza cualitativa de los contra la administración pública.

Sin embargo, la postura de la propia Corte Suprema ha cambiado, desde el año 2010, viene generando un alinea jurisprudencial que tiende hacia la determinación de una mínima lesividad no punible dentro de los delitos contra la administración pública, “Aquí cabe precisar que la Sala

Plena de la Corte Suprema, por el Proyecto de Ley N°. 4187/2010-PJ22, propuso se modifique el contenido del artículo 387° del CP, para imponer una cuantía mínima al delito de peculado (2 unidades impositivas tributarias para el doloso y 2 remuneraciones mínimas viales para el culposo)”, sin embargo, esta propuesta no fue admitida, pero año después la propia Corte Suprema, por intermedio de sus diferentes Salas Penales, han precisado que debe existir una cuantía mínima para que se configure este injusto penal, por ello que, concluyo en las cuatro ejecutorias recientes, precisando o declarando fundada la excepción de improcedencia de acción, por la escasa cantidad de suma de dinero apropiado.

#### ***2.2.2.14. El tribunal Constitucional Peruano y los delitos de infracción al deber.***

Respecto a las sentencias del Tribunal Constitucional, una de las sentencias que recaba su importancia es el expediente 00017-2011-PI/TC con su fundamento 15 establece que:

(...) detrás de las disposiciones de dicho capítulo de nuestra Constitución y en especial del artículo 39° de la Constitución que establece que “...los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación”, subyace el principio de “buena administración” (Cfr. Exps. Ns° 2235-2004-AA/TC; 2234-2004AA/TC). A su vez, conforme al artículo 44° de la Constitución que establece que “son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a las poblaciones de las amenazas contra su

seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”, tales fines son también atribuibles a los funcionarios y servidores públicos (Exp. N°008-2005-AI, fundamento N° 14). A su vez, este Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, en directa alusión al preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción ha advertido que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos (Cfr. Exp. N° 1271-2008-HC; 019-2005-AI).

Dicha información, reafirma la importancia sobre el deber que tiene cada funcionario público de estar al servicio de su nación, la de defender aquel orden moral, el desarrollo integral de sus ciudadanos, de allí que, el deber no radica en el monto o cuanto se ha llevado un funcionario público, sino por qué y cómo ha quebrado ese deber ante su sociedad.

Además, que en dicha sentencia lo que se estaba planeado era declarar la inconstitucionalidad por la modificación del artículo 384 la expresión patrimonialmente, en tanto, los delitos de infracción la deber, no tienen relación con el *quatum*, sino el deber actuar con probidad en un puesto determinado dado por y para el Estado.

La jurisprudencia también ha tomado partido respecto a los delitos de infracción al deber, el cual mediante la sentencia N.º 1104-2020-PHC/TC, en su fundamento 9 aclara que:

(...) los delitos de infracción de deber el autor responden solo por la infracción de un deber especial, independiente de como el agente organice su conducta o de como domine el hecho, conforme a lo establecido en el Acuerdo Plenario 04-2007/CJ-116, la Casación 659-2014-PUNO y según lo previsto por el artículo 374 del nuevo Código Procesal Penal, que concuerde con el 397 del referido código.

Esto es que, los delitos de infracción del deber no se relacionan al *quatum* o la cantidad de lo que posiblemente hayan robado, sino por el mero hecho de haber quebrado un deber en una condición de funcionario público, esto es de haber malversado los fondos, haber utilizado a favor propio los bienes del Estado, etc.

Luego, el fundamento 10 establece que:

(...) en los delitos de infracción de deber, como son los delitos contra la Administración Pública. En ese caso, el autor responde por el deber infringido y solo se presenta la coautoría cuando el comportamiento ocurra en forma colegiada; en el caso del favorecido, actual e infringió su deber particular.

Ello implica que, para imputar algún delito de infracción al deber en calidad de coautor, siempre debe darse de manera colegiada, es decir, en conjunto, de lo contrario serán imputados de manera particular, más aun cuando el actuar, hecho de la investigación se daría en la condición de visar

un documento, acto que no requiere de ningún otro autor para realizar determinado delito.

### 2.3. MARCO CONCEPTUAL

La definición de los conceptos que se utilizaron para el desarrollo de la investigación, servirá para comprender mejor el proyecto de tesis, ya que, los términos serán abordados bajo el libro de Guillermo Cabanellas de Torres cuyo título es Diccionario Jurídico Elemental y algunos términos serán abordados por el tesista, los cuales se precisarán a continuación:

- **Derecho:** “Del latín *directur*, directo; de *dirigere*, enderezar o alinear, la complejidad de esta palabra, aplicable en todas las esferas de la vida la singularidad de constituir la fundamental en esta obra y en todo el mundo jurídico” (Cabanella,2011, p. 119)
- **Derecho Constitucional:** “Rama del derecho público, que comprende las leyes fundamentales del Estado, que establecen la forma de gobierno, los derechos y deberes de los individuos y la organización de los poderes públicos” (Cabanellas, 2011, p. 121)
- **Derecho Penal:** “También suele ser denominado derecho criminal, utilizando la primera, se refiere más exactamente a la potestad de penar, mientras que el derecho al crimen no es reconocible, todo aquello como infracción o conducta punible” (Cabanellas,2011, p. 123).
- **Conducta casual:** “Aquella que carece de los elementos propios de la conducta culpable o de la fraudulenta” (Cabanellas, 2011, p.84)

- **Conducta culpable:** “Aquella que ha dado lugar a la insolvencia del deudor en virtud de la imprudencia o negligencia” (Cabanellas, 2011, p.84)
- **Administración Pública:** “Es el poder ejecutivo en acción, con la finalidad de cumplir y hacer cumplir cuanto interesa a la sociedad en las actividades y servicios públicos, puede ser nacional, provincial o municipal, de acuerdo con la esfera territorial de sus atribuciones” (Cabanellas,2011, p.27).
- **Pena:** “Sanción previamente establecida por la ley, para quien comete un delito o falta, también especificados” (Cabanellas, 2011, p.300).
- **Peculado:** “Robo, incautación o adaptación no autorizada de los bienes públicos, ejecutada por el funcionamiento a quien se le confía la administración” (Cabanellas, 2011, p.299).
- **Principios:** “Uno de los conceptos jurídicos más discutidos en el ámbito del derecho, son axiomas o máximas jurídicas recopiladas de las antiguas compilaciones, o sea las reglas del derecho. Los dictados de la razón admitidos por el legislador como fundamento inmediato de sus disposiciones” (Cabanellas, 2011, p.320).
- **Delito culposo:** “En el arte disciplinario del derecho es considerado como la acción o la omisión, en las cuales concurren tanto la negligencia como la imprudencia, dando como resultado la imposición de una pena, por otro lado, es una acción en la que se actúa sin dolo predeterminado, provocando como resultado la lesión a un bien jurídico protegido constitucionalmente” (Cabanellas, 2011, p.116).



- **Amparo:** “Es una institución cuyo alcance se enmarca dentro del modelo de derecho político o constitucional, cuyo propósito es proteger la libertad personal o hereditaria de las personas cuando son desconocidas o saqueadas por las autoridades, independientemente de su naturaleza, actúa fuera o más allá de sus facultades legales y suele vulnerar las garantías que establece la Constitución o los derechos que protege” (Cabanellas, 2011, p.32)
- **Ley:** “Las reglas, normas y preceptos del poder público que prescriben, prohíben o permiten determinadas cosas. Encarnación positiva de la ley, normas de conducta coercitiva estipuladas cuando el poder legislativo o la agencia administrativa reemplaza o ejerce su poder” (Cabanellas, 2006, p.277).
- **Sanción:** “En general, ley reglamento, estatuto, solemne confirmación de una disposición legal por el jefe de un Estado, o quien ejerce sus funciones; la amenaza legal de un mal por la comisión u omisión de ciertos actos o por la infracción de determinados preceptos” (Cabanellas, 2011, p.360)
- **Infracción:** “Acción de infringir una ley, norma o pacto” (Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, 2018).
- **Deber:** “Aquello a lo que las personas están obligadas bien sea por razones de orden moral, bien por determinación de las leyes o como resultado de las obligaciones contraídas o los contratos que han podido celebrar” (Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, 2018)

- **Delito:** “Acción o conducta típica, antijurídica y culpable que, por ello es normalmente punible” (Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, 2018)
- **Delito especial:** “Tipo delictivo cuyo autor puede ser cualquiera”
- **Delito común:** “Tipo delictivo cuyo autor puede ser cualquiera, sin ninguna condición o cualificación personal como ocurre en los delitos especiales” (Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, 2018).
- **Autor:** “Persona que realiza las conductas típicas, aquellas que efectúan la acción u omisión a que se refiere el verbo rector, ya sea de forma directa o indirecta” (Diccionario Panhispánico del español Jurídico, 2018).
- **Particpe del delito:** “Persona que interviene en el hecho delictivo ajeno, favoreciendo su realización por parte del autor. Son participes: el inductor, el cooperador necesario y el cómplice” (Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, 2018).
- **Funcionario público:** “Que por disposición inmediata de la ley o por elección o nombramiento de autoridad competente participa en el ejercicio de funciones públicas” (Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, 2018).
- **Servido público:** “Persona que, en cualquier forma o cualquier título, trabaja, presta servicios o ejerce un cargo, función o dignidad dentro del sector público” (Diccionario Panhispánico del español Jurídico, 2018).

- **Norma:** “Disposición, regla, precepto legal o reglamentario” (norma jurídica) (Diccionario panhispánico del Español Jurídico, 2018).
- **Tipo:** “Descripción legal de la conducta delictiva abstracta que configura una clase (tipo) de delito o conducta penalmente prohibida mediante elementos positivos objetivos y subjetivos, casi todos expresos, pero alguno tácito como la imputación objetiva, unidos a la ausencia de alguna causa de exclusión de la tipicidad expresa o tácita” (Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, 2018).
- **Extraneus:** “Persona que interviene en un delito especial y no reúne la condición personal exigida por el tipo para ser autor de dicho delito” (Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, 2018).
- **Intraneus:** “Persona que interviene en un delito especial y reúne la condición personal exigida por el tipo para ser autor de dicho delito” (Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, 2018).

## CAPÍTULO III: METODOLOGÍA

### 3.1. DISEÑO METODOLÓGICO

#### 3.1.1. Método de investigación.

Entre los **métodos generales** en la presente investigación se tiene al siguiente:

- **Método hermenéutico:** Teniendo en cuenta la naturaleza jurídico – dogmático de la tesis se puso total ímpetu al método hermenéutico, por este motivo, utilizamos los conceptos de Gómez y Gómez (2006), quienes afirman que el método mencionado: “(...) no rechaza el método, ni el conocimiento científico, sino solo la pretensión de reducir la verdad a un proceso de conocimiento, y en concreto, al basado en el método científico – tecnológico (...)” (p.190); de tal forma que , no se puede de ninguna manera rechazar a una investigación por no tener una contrastación científica, más aún si el derecho es abstracto en sí, y no es como las demás disciplinas, pues, tiene métodos especiales, como la interpretación jurídica, de ahí que, se realizará un estudio de las categorías: el derecho penal mínimo y los delitos de infracción del deber.

El método mencionado fue aplicado mediante la interpretación de las características y elementos de las categorías: el derecho penal mínimo y los delitos de infracción del deber, donde se profundizo y ahondo en sus propiedades para luego observar cómo se relacionan en una compatibilidad o rechazo entre las subcategorías de las categorías antes dichas, a fin de

explicar una consistencia para el ordenamiento jurídico penal, la cual se lograra mediante la correcta trasmisión de la información, la cual fue a través de la argumentación jurídica, la cual explicaremos más adelante, pero por sobre todo se caracteriza porque al realizar la interpretación sistemática de los conceptos de cada una de las categorías observaremos una compatibilidad explicativa entre dichos conceptos para empezar a teorizar entre categorías y subcategorías y dar una respuesta que aporte a la comunidad jurídica.

Entre los métodos Particulares de Investigación, que fueron útiles para realizar una interpretación de las normas que reglamentan las instituciones jurídicas y figuras jurídicas: el derecho penal mínimo y los delitos de infracción del deber, utilizando:

- **Método exegetico:** Trata de averiguar cuál es la voluntad del legislador en los distintos dispositivos normativos, ya que, algunas leyes son oscuras o ambiguas (Miro – Quesada, 2003, p.157).

Tras lo dicho, fue necesario descomponer sus conceptos jurídicos y finalidades de cada una de las categorías: el derecho penal mínimo y los delitos de infracción del deber, tales como: Deber extrapenal, deontología, principio de subsidiariedad, fragmentariedad, lesión insignificante, etc.

- **Método sistemático:** Consiste en analizar de forma ordenada y coherente todo en el ordenamiento jurídico, así como los conceptos jurídicos que ayuden a esclarecer la oscuridad o ambigüedad de un dispositivo normativo (Miro – Quesada, 2003, p.157).

Esto es que, con las categorías ya conocidas se pueda relacionar con normas que detenta nuestro ordenamiento jurídico.

- **Método dogmático jurídico:** De acuerdo a Jorge Witker (1990), en su libro Metodología jurídica explica que:

La finalidad de este tipo de investigación será evaluar las estructuras del derecho, y su materialización que se aúna con los llamados métodos o técnicas de interpretación de las normas jurídicas, en donde destacan lo exegético, lo sistemático, lo histórico, lo sociológico e incluso hasta lo gramatical (p.193).

En concordancia, con lo que afirma el profesor mexicano Jorge Witker, también el profesor Villabella (2015) con su artículo Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones, explica que:

**En la ciencia jurídica** es válido cuando el centro del estudio lo constituyen normas jurídicas. El sentido más completo en el que se emplea es cuando posibilita precisar el objetivo de la norma jurídica; valorar la correspondencia entre este y lo que se declara; hacer inteligible su estructura; **develar el sistema de relaciones** que se establece con el resto del entramado jurídico; comprender las motivaciones teológicas de su creación y **desentrañar el condicionamiento ambiental y cultural del momento histórico que lo produjo**; y para ello es necesario tener en cuenta al menos cuatro variables: a) gramatical, b) **teológica**, c) histórica y d) sistemática (p.944) [el resaltado es nuestro].

A lo dicho, la investigación dogmática debe acudir a los métodos de interpretación jurídica a fin de desentrañar el propósito con la cual fue creado una determinada institución jurídica o artículo de un determinado ordenamiento jurídico, de tal suerte que, dentro de las diversas formas de interpretar y hacer dogmática jurídica, no puede ser ajeno a la política, a la economía o la moral e incluso a las filosofías que puedan colisionar con su naturaleza jurídica.

### **3.1.2. Nivel de investigación.**

Por otra parte, el nivel de investigación es explicativo (Hernández, Fernández & Baptista, 2010, p.82), puesto que, se desarrolló una explicación respecto al influjo de dos o más categorías, siendo más específicos, sobre sus elementos esenciales de cada una, tanto del enfoque y la figura jurídica: el derecho penal mínimo y los delitos de infracción del deber, con el objetivo de conocer la posible incidencia de uno sobre otro.

También es explicativa, porque se puso a la luz los efectos (su influencia) de la categoría de los delitos de infracción del deber contra la administración pública (dentro del contexto aplicativo teórico) en el derecho penal mínimo, donde se examinará su influencia, y además se afirmará que su influencia puede ser negativa o positiva.

### **3.1.3. Diseño de investigación propiamente dicho.**

Habiendo advertido la naturaleza **cualitativa** podemos afirmar que el diseño fue de corte observacional o no experimental, ya que, no se

sometieron a manipulación ninguna de las categorías de investigación, sino que solo se sacó las propiedades principales del fenómeno a fin de presentar una explicación (Sánchez, 2016, p.109).

De este modo, no se manipulo ninguna de las categorías, lo cual quiere decir, que no estuvieron sujetas a experimentación practica o empírica por medio de algún instrumento, pero si se trabajó con las propiedades ya establecidas para examinar sus potencialidades y sus predictibilidades a futuro, a fin de dar una explicación al fenómeno estudiado.

Tras lo dicho, el diseño que también se adecua a la naturaleza de la presente investigación es la de la teoría fundamentada, que según explica Strauss y Corbin, citado por Gaete (2014):

(...) es una teoría derivada de datos recopilados, destacando que en este enfoque considera a la estrecha relación entre la recolección de los datos, su análisis y la posterior elaboración de una teoría basada en los datos obtenidos en el estudio como una de sus características fundamentales (p. 152).

Así, la investigación comenzó recolectando datos de información de diversos textos doctrinarios y normativos a fin de conjeturar y formar una teorización con los conceptos del derecho penal mínimo y los delitos de infracción del deber.



De acuerdo a lo señalado sobre la no manipulación de las categorías, señalamos que se debe a que cada categoría no se basa en la experimentación a través de un determinado instrumento, solo es necesario especificar algunas características con las que ya cuenta para potenciar la información con la que se dispone siendo beneficioso para futuros tratados de investigación.

Asimismo, la investigación fue transaccional en el sentido que el análisis fue por medio de la recolección de datos que será en un solo y determinado momento, por ello a través de los instrumentos de recolección (fichas textuales y de resumen) se tendrá como resultado una información adicional concerniente a la doctrina y jurisprudencia que también nos sirven para esta y otras investigaciones (Sánchez, 2016, p.109).

En lo que respecta al diseño esquemático, el que más se adapta a nuestra investigación de acuerdo a Sánchez y Reyes (1998) fue el de corte explicativo, que goza de la siguiente esquematización (p.79):

**Tabla 1.**

*Tabla del antes y después del sistema experimental*

<b>Grupo o sistema</b>	<b>Antes</b>	<b>Estimulo</b>	<b>Después</b>
Sistema experimental	<ul style="list-style-type: none"> <li>• El Ministerio Público persigue delitos de infracción al deber, no guiándose por la cuantía de los bienes.</li> <li>• El Poder Judicial tiene que poner en movimiento recursos estatales para sancionar delitos por haber utilizado idóneamente recursos que a veces no sobrepasan los S/ 100. 00 soles.</li> <li>• Existe un desgaste estatal por parte de la administración de justicia.</li> </ul>	V.I. X1 (Delitos de infracción del deber) X2 (Derecho penal mínimo)	El Poder Judicial y el Ministerio Público, podrán enfocarse a judicializar delitos de impacto real que tiene la ciudadanía y no delitos de bagatela.
Sistema Control (Estándar)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• El Ministerio Público persigue delitos de infracción al deber, no guiándose por la cuantía de los bienes.</li> <li>• El Poder Judicial tiene que poner en movimiento recursos estatales para sancionar delitos por haber utilizado, inidóneamente recursos que a veces no sobrepasan los S/ 100. 00 soles</li> <li>• Existe un desgaste estatal por parte de la administración de justicia.</li> </ul>	Sin estimulo	El Poder Judicial y El Ministerio Público judicializan delitos relevantes y de bagatela.

*Nota.* El cuadro evidencia al problema en dos escenarios, el primero experimentando con la variable del derecho penal mínimo, mientras que el segundo se queda con todo tipo de cuantía, siendo incluso de bagatela. Fuente: elaboración propia.

M1 y M2       $\longrightarrow$       OX Causa       $\longrightarrow$       OY Efecto

Donde M representa la muestra o donde se aplicó los instrumentos de recolección de datos, siendo así que M son todos los libros versados en los delitos de infracción del deber (M1) y derecho penal mínimo (M2), mientras que los O implican la información relevante de lo que se pretende analizar, esto es lo que los Ox viene a ser todas las fichas textuales y de resumen que son relevantes a fin de generar una saturación la cual finalmente explicará su influencia con el derecho penal mínimo a los delitos de infracción del deber.

## **3.2. PROCEDIMIENTO DEL MUESTREO**

### **3.2.1. Escenario de estudio.**

Teniendo en consideración, que la presente investigación tuvo un carácter **cuantitativo** y al utilizar uno de ellos métodos dogmáticos propias de la ciencia jurídica, aspiramos analizar a la norma jurídica que versa sobre **delitos de infracción del deber** y observar si está conforme a la realidad social y a los cánones o principios de la política criminal del **derecho penal mínimo**, además si es coherente con los principios y derechos fundamentales de nuestra **Constitución**, pues el **escenario de estudio** constituye el mismo ordenamiento jurídico peruano, específicamente el Código Penal, ya que de allí es de donde se va a poner a prueba su consistencia e interpretación acorde a la Constitución y el valor de la justicia.

### **3.2.2. Caracterización de sujetos o fenómenos.**

Al contar, nuestra investigación con un enfoque cuantitativo y tener una modalidad particular dentro de la rama del derecho, es decir, la

investigación propositiva, porque lo que se **analizó fueron las estructuras normativas** de las categorías de estudio **delitos de infracción del deber** y derecho penal mínimo, como también se hizo uso de las posturas doctrinarias respecto a los conceptos jurídicos antes mencionados, todo ello con la finalidad de conocer si son compatibles o no, y poder hacer una modificación normativa racional y válida dentro del ordenamiento jurídico peruano; en tanto al conocer las características de los **delitos de infracción del deber**, tales como su: Fundamento de punibilidad, deber extrapenal y fundamento deontológico se podrá dar una explicación si su influencia es positiva o negativa con las características del **derecho penal mínimo**, esto es de su: Principio de subsidiariedad, principio de fragmentariedad y lesión insignificante (mínima).

### **3.2.3. Mapeamiento.**

En este apartado se describe **el lugar de dónde** se extraerán los datos **para poder ejecutar la tesis**, para ello, primero se debe explicar que es **la población**, en palabras del profesor Nel Quezada (2010) viene a ser el conjunto de los elementos que contienen información respecto al objeto de estudio, pues va a estar comprendida por datos, fenómenos, animales y personas, etc. (p.95); por ello es que señala: “(...) representa una colección competa de elementos (sujetos, objetos, fenómenos o datos) que poseen características comunes (...)” [el resaltado es nuestro] (p.95).

De tal forma, que es así como se efectuó en nuestra investigación, ya que el método general que se utilizará será la **hermenéutica** y el específico a la hermenéutica jurídica, la original **fuentes de recolección de datos será mediante libros doctrinarios**, toda vez que con diversas interpretaciones de ellas se elaborara paulatinamente un marco teórico sólido que será en base a: los libros, leyes, jurisprudencia que se desarrollen con los temas sobre las categorías del **derecho penal mínimo y los delitos de infracción del deber**.

Con lo expuesto, por el profesor Nel Quesada, la población también es un **conjunto de datos** que contiene rasgos comunes, los mismos que a su vez, de dichos datos se condice con la **información** expresada con cada una como oraciones, frases, conceptos o palabras contenidas en diferentes libros, los mismos que tienen cualidades en común. Por consiguiente, cualquier oración, concepto o frase que esté relacionado con **derecho penal mínimo** y los **delitos de infracción del deber**, debe ser procesado e incorporado en el marco teórico.

En ese sentido, la idea es encontrar una población de la siguiente forma:

**Tabla 2.**

*Muestra de los libros y artículos relacionados a las categorías*

Categorías	Libro o artículo	Autor
Derecho penal mínimo	<i>Trascendencia de la cuantía en el delito de peculado incidencia en el principio de mínima intervención.</i>	Lizárraga, M.
	<i>Globalización derecho penal mínimo y privación de la libertad a 250 años de la obra cumbre de Baeccaria.</i>	Goite, M. Ruiz, A.
	<i>La prevención general positiva como límite constitucional de la pena.</i>	Duran, M.
	<i>Los principios limitativos del ius puniendi las alternativas a las penas privativas de libertad</i>	Medina, A.
Delitos de infracción del deber	<i>Teoría Revista del colegio de filosofía deber y finalidad en la ética de Kant</i>	Iracheta, F.
	<i>Funcionalismo penal moderado o teológico- valorativo versus funcionalismo normativo o radical</i>	Arias, J.
	<i>Deber y finalidad en la ética de Kant</i>	Iracheta, F.

*Nota.* La población no es empírica, sino cualitativa conceptual, esto es con la información que comparten en común diversos autores respecto a las categorías de investigación.

Como se puede observar, los libros detallados son los más importantes de cada tema, de ellos en un primer momento se va a obtener la información principal con el fin de realizar un marco teórico sólido.

En consecuencias, a través de los instrumentos de recolección de datos, tales como la ficha textual y de resumen hacia los libros, es que se realizó la búsqueda de información concreta y objetiva hasta saturar la información de cada categoría; por ende, el método de muestreo a utilizar fue el de la bola de nieve, planteada dentro de nuestro enfoque cualitativo (Atkinson & Flint c.p. Baltar & Gorjup, 2012, p.131), el cual toma como punto de partida la información existente y relevante para iniciar un

marco teorice sustentable hasta llegar a un punto en el cual se tenga que el marco teórico es totalmente sólido y completo.

Dicho en pocas palabras, que tras haber recopilado toda la información debidamente saturada en base a las categorías que son motivo de análisis, se podrá evidenciar un marco teórico que evidencia una verdad para este sistema (tesis) y en base a la información recolectada que es la información estándar (bola de nieve debidamente saturada) se procederá a interpretar rigurosamente la compatibilidad de los elementos de las categorías para empezar a teorizar con dichos conceptos jurídicos.

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

##### ***3.2.4.1. Técnicas de recolección de datos.***

Se empleó el análisis documental consistente, estudio textos doctrinarios de los cuales se sacó información que sean importantes para la presente investigación. el análisis documental (Velásquez, 2010, p.183), está encargada de conducirnos a la operación base del conocimiento cognoscitivo que nos facilita construir un documento primario por medio de otras fuentes primarias o secundarias, las que actúan como intermediario o instrumento de búsqueda entre el documento original y el usuario que solicita información con la finalidad de teorizar los objetivos generales y específicos de la investigación.

### 3.2.4.2. Tratamiento de la información.

Habiendo advertido que la información de nuestra investigación fue recolectada mediante la utilización de la ficha textual, de resumen y bibliográfica; a razón de que su propósito fue la de disminuir la subjetividad que se forma al interpretar cada uno de los textos, por ello se buscó las propiedades exclusivas e importantes de las categorías en estudio, tendiendo a la sistematización y establecimiento de un marco teórico sostenible, coherente y consistente. (Velásquez & Rey, 2010, p.184) Por lo mismo, se usó el siguiente esquema:

**Tabla 3.**

*Instrumento de investigación*

<p><b>FICHA TEXTUAL o RESUMEN:</b> Subtitulo del tema (tópico dirigido para saturar información)</p> <p><b>DATOS GENERALES:</b> Nombre completos del autor (año). Título del libro o artículo. Edición, Volumen o Tomo. Lugar de edición: Editorial. Página, en caso de ser necesario colocar el link del libro virtual.</p> <p><b>CONTENIDO:</b></p> <p>“ ..... ”</p>
--

*Nota.* Los modelos de fichas varían en tamaños, forma, estructura y los tipos.

Por último, podemos decir que nuestro fenómeno de estudio, necesariamente fue procesado por la argumentación jurídica, esto es que va a contener premisas y conclusiones que tendrán un conjunto de propiedades, razón por la cual, el procedimiento a usar en nuestra investigación fue la argumentación jurídica, Aranzamendi (2010, p.112). En ese sentido, respecto a las propiedades afirma que deben ser: (a)



coherentemente lógicas, teniendo como bases premisas de antecedentes y conclusiones; (b) razonables, pues a través de motivaciones suficientemente justificables se va a arribar a conclusiones materiales y formales; (c) idóneas, pues las premisas deben de tener y mantener cierta posición y (d) claras, para que no lleven a una interpretación ambigua o esta se preste a diversas interpretaciones, sino por el contrario se plantee una conclusión con información entendible.

Finalmente , habiendo distinguido cada uno de los datos y su respectivo procesamiento que tiene su origen en los diversos textos, se asevera que la argumentación empleada para la tesis fue entendida como una “(...) secuencia de razonamientos, incluyendo explicaciones (...), con una función persuasiva dirigida a un determinado oponente o antagonista intelectual (...)” (Maleta,2011, pp.203-204), de esta forma, se empleó la siguiente estructura: (1) premisa mayor, (2) premisa menor y (3) conclusión, pues a través de las conexiones lógicas y principios lógicos se consiguió argumentar para teorizar los objetivos planteados.

## CAPÍTULO IV: RESULTADOS

### 4.1. DESCRIPCIÓN DE LOS RESULTADOS

#### 4.1.1. Análisis descriptivo de resultados del objetivo uno.

El primer objetivo de la investigación es “identificar la manera en que influye la postura ortodoxa de los delitos de infracción del deber contra la administración pública en el principio de subsidiariedad del derecho penal mínimo en el Estado peruano”; de esa manera, es que los resultados sobre este tópico son los siguientes:

**PRIMERO.** - Los delitos en contra de la administración pública devienen de una fuente especial del sujeto activo que comete el delito, es decir, que esta clase particular de delitos existe una diferenciación entre los sujetos que tienen las cualidades exigidas por el tipo penal y las que no entrañan dichas cualidades, en este sentido, se puede advertir la existencia de dos clases de sujetos dentro de los delitos contra la administración pública, la *intraneus* y la *extraneus*.

**SEGUNDO.** – Los *extraneus* son aquellos sujetos que recaudan las cualidades que exigen el tipo penal, en resumidas cuentas, es la titularidad de un deber especial por razón de su cargo y una relación funcional con el bien jurídico protegido, además que, tiene que cometer el delito en pleno ejercicio de sus funciones, por otro lado, tenemos al *extraneus*, que son aquellos que no entrañan o reúnen los requisitos exigidos por el tipo penal especial, dado que, no son funcionarios o

servidores públicos, lo cual, imposibilita que tengan alguna relación funcional por razón de su cargo, por tanto no pueden ser encasillados dentro del tipo penal, empero al haber cometido un delito tienen que ser sancionados con un delito común a fin al delito especial.

**TERCERO.** - Por tanto, existe una relación especial entre el sujeto activo y el bien jurídico tutelado, lo cual, implica que el sujeto activo para cometer el delito solo tenga que vulnerar el deber especial que tienen la obligación de cumplir o acatar, por ello, es una clase especial de delitos, diametralmente opuestos a los delitos comunes o delitos de dominio, en donde, el sujeto activo no entraña un deber especial relacionado con el bien jurídico tutelado, precisamente que se puede advertir la existencia de una lesión al bien jurídico mientras que en el delito especial se puede advertir el incumplimiento de un deber.

**CUARTO.** - Los delitos de infracción del deber tienen como origen a los planteamientos de Claus Roxin, quien establece que para la defensa de bienes jurídicos dentro de la administración pública resultaba necesario la formulación de una política criminal dentro del ordenamiento jurídico penal, es decir, que los legisladores deberían de plantear una guía o plan de acción en referencia a la persecución del delito y el combate en contra de la criminalidad en que afecta a la administración pública, además de ello, se plantea que los postulados penales tengan una finalidad preventiva.

**QUINTO.** - Por tanto, dentro de los delitos en contra de la administración pública podemos advertir un criterio cualitativo para la determinación de la vulneración del deber especial o deber en virtud de competencia institucional (dejando clara la diferencia epistemológica entre la concepción moderada y radical dentro del funcionalismo penal); en esta misma línea, tenemos que, este criterio cualitativo se advierte cuando el funcionario o servidor público infringe el deber especial, ya sea por dolo o por culpa, es pues una vulneración cualitativa, dado que, no existe ningún grado de mínimo o máximo de lesión hacia el bien jurídico (como si existe en los delitos de responsabilidad en virtud de organización).

**SEXTO.** - Es decir, hasta con la vulneración del deber especial institucional para configurar el delito contra la administración pública, en tal sentido, no existen baremos mínimos o máximos de la lesión hacia el bien jurídico, es más, la vulneración hacia el bien jurídico es analizada de manera ulterior para la configuración del bien jurídico, por ende, al no existir un baremo que permita graduar o medir la lesión material hacia el bien jurídico, a primera vista sería razonable pensar que no podría aplicarse los postulados de política criminal de derecho penal mínimo.

**SÉPTIMO.** - Todo ello, nos lleva a determinar que la política criminal debe de estar guiada hacia la sanción de los funcionarios o servidores públicos que vulneran los deberes especiales, es decir, que

las personas comunes que asumen un cargo funcional acepta de manera inescindible las responsabilidades propias de su cargo, es decir, que existe una responsabilidad inherente a la asunción de su cargo, generándose así, una responsabilidad en virtud de competencia institucional, es la infracción de este deber el que desencadena la comisión del delito, entonces se pide colegir que existe una correlación entre la conservación del deber especial y la protección del bien jurídico tutelado.

**OCTAVO.** – Existe una relación inherente entre la responsabilidad en virtud de competencia institucional y la protección del bien jurídico tutelado, por ende, este es el correlato dogmático que permite instituir el modo actual de protección de los bienes jurídicos en especial a la administración pública, la especial cualidad del sujeto activo genera esta situación particular de tutela del bien jurídico, con un deber especial que justifica la punibilización o criminalización primaria de los delitos contra la administración pública.

**NOVENO.** – Se ha podido esbozar líneas arriba, la política criminal toma un papel fundamental dentro de la criminalización primaria y la justificación de la aplicación de la potestad punitiva dentro de los delitos contra la administración pública, dado que, debe de existir una relación ontológica entre la realidad y las normas o conceptos jurídicos, estos no pueden ser divergentes y mucho menos diametralmente opuestos, en este sentido, se debe de plantear una línea

de acción o programa de combate contra la criminalidad que se origina dentro de la administración pública, buscando prevenir los delitos que vulneren los bienes jurídicos que conforman a la administración pública.

**DÉCIMO.** – La política criminal finge de una barrera frente a la aplicación arbitraria o déspota de la potestad punitiva estatal, es decir, que los postulados de política criminal conforman una barrera de criterios objetivos que nos permite determinar la correcta aplicación del derecho penal, por ende, los postulados de política criminal se condensan en los principios que conforman las bases dogmáticas para la aplicación de las normas penales, por tanto la, política criminal se constituye en un elemento trascendental dentro de la dogmática penal, dado que, establece los principios generales que guían y rigen la aplicación de los tipos penales en los casos concretos, en conclusión, guardan la legalidad.

**DÉCIMO PRIMERO.** – El derecho penal mínimo es una línea de política criminal que establece la forma adecuada de empleo y aplicación de la potestad punitiva estatal frente a los casos de criminalidad, estableciendo que la respuesta estatal frente al crimen debe de consolidarse en una acción sumaria y lo menos invasiva de la esfera privada de ellos ciudadanos, es decir, que el derecho penal debe de emplear como última respuesta frente al delito y solo frente a las conductas más lesivas, aquellas que, en verdad constituyan una

amenaza relevante para el bien jurídico tutelado, por tanto, esta línea de política criminal se bifurcara en un principio de subsidiariedad y fragmentariedad.

**DÉCIMO SEGUNDO.** – El principio de fragmentariedad establece que las conductas que deben de ser perseguidas penalmente son solo aquellas más lesivas que impliquen necesariamente una respuesta inevitable por parte de la potestad punitiva estatal, la cual, es la más represiva e invasiva respuesta que puede realizar el estado, por tanto, son solo aquellas conductas de relevancia penal las cuales deben ser consideradas como adecuadas frente a la respuesta penal, para la determinación de la relevancia penal de la conducta humana resulta indispensable que se establezca el nivel de daño o lesión material frente al bien jurídico, por tanto, solo las conductas más lesivas para la sociedad deben de ser consideradas para una respuesta penal.

**DÉCIMO TERCERO.** – El principio de fragmentariedad, como su nombre lo indica, fragmenta las conductas lesivas dentro de la sociedad, es decir, que el solo desarrollo de las actividades cotidianas sociales implican un riesgo, vivimos en una sociedad de riesgos, las actividades humanas y los beneficios que aportan hacia la sociedad entrañan un riesgo en su realización, es pues, que se determina un baremo de conductas socialmente aceptadas que se encuentran dentro del riesgo permitido, estas conductas inherentemente aceptadas como

socialmente adecuadas puede desencadenar un resultado lesivo pero al carecer de relevancia penal dicho resultado no configura un delito.

**DÉCIMO CUARTO.** - Por otro lado, tenemos a aquellas conductas que sobrepasan el riesgo permitido o lo socialmente aceptado, debe de obtener una respuesta estatal, dado que, la conducta riesgosa es una fuente de peligros que pueden desencadenar en un posible resultado lesivo, por tanto, estas conductas deben de ser inhibidas y suprimidas, por tanto, según los lineamientos del derecho penal mínimo, se determina que tan solo las conductas que superan el riesgo permitido serán incluidas dentro del sistema de represión penal, todo ello, para poder combatir las conductas más lesivas para la sociedad y mantener el sistema tuitivo de los bienes jurídicos, en tal sentido, se tienen que mencionar que el orden de prelación que impone el principio de subsidiariedad.

**DÉCIMO QUINTO.** – Por ende, el derecho penal no solo se debe de aplicar sobre las conductas más lesivas per se, ese no es el sentido de la aplicación del derecho penal, dado que, no solo se tiene la fragmentariedad sino también a la subsidiariedad como elementos inherente a su naturaleza jurídica, por tanto, no solo se deben de identificar las conductas que superen o eleven el riesgo permitido, dado que, varias de ellas pueden ser solucionadas mediante otras ramas del derecho menos agresivas o insidiosas, en congruencia con el principio de subsidiariedad, por ende, se colige que las conductas que superan o



elevan el riesgo permitido que pueden ser solucionadas o mitigadas con otras ramas del derecho no son susceptibles de aplicación del derecho penal.

**DÉCIMO SEXTO.** – El derecho penal, en consecuencia, no debe de aplicarse sobre las conductas lesivas que pueden ser cubiertas por otras ramas del derecho (derecho civil, administrativo, MARC´S), por tanto, el derecho penal solo puede ser aplicado sobre las conductas más lesivas para la sociedad, aquellas cuyo nivel de lesividad y transgresión sobre los bienes jurídicos solo puede ser solucionado a través del medio de control social más agresivo e insidioso, que es el derecho penal, por tanto, el principio de fragmentariedad nos conduce hacia restringir la aplicación del derecho penal sobre las conductas que si bien sobrepasan el riesgo permitido o lo elevan , las mismas, pueden ser solucionadas mediante otros medios de control social formales o informales.

#### **4.1.2. Análisis descriptivo de los resultados del objetivo dos.**

El segundo objetivo de la investigación es: “Determinar la manera en que influye la postura ortodoxa de los delitos de infracción del deber contra la administración pública en el principio de fragmentariedad del derecho penal mínimo en el Estado peruano”; de esa manera, es que los resultados sobre este tópico son los siguientes:

**PRIMERO.** – Sobre los temas que integran la primera variable denominada como “delitos de infracción del deber” ya que fueron

desarrollados dentro de los resultados del primer objetivo líneas arriba, de manera específica desde el acápite primero hasta el décimo, por lo cual, resultaría redundante volver a plasmar los referidos resultados en este resultado.

**SEGUNDO.** - El principio de subsidiariedad establece que el derecho penal es el último medio de control social formal que debe de ser empleado como respuesta frente a las conductas lesivas de bienes jurídicos, por tanto, se determina que el derecho penales el último medio de control social formal o también denominado como última ratio, para ello, es necesario vislumbrar que dentro del pacto social existe una cantidad muy diferenciada de medios de control social formales e informales; los medios de control social informales son aquellos que se encuentran al margen de la coerción estatal, por ende, los medios de control social formales son aquellos empleados de manera exclusiva y excluyente por parte del estado.

**TERCERO.** - Dentro de los medios de control social informales tenemos a las instituciones coercitivas y coactivas que regulan la conducta del hombre dentro de la sociedad, en esencia, son las instituciones más relacionadas con la estructura social y la moral individual de las personas, son aquellas íntimamente relacionadas con el individuo, como son:

- a) La familia
- b) La moral

- c) Las instituciones religiosas
- d) La ética deontológica
- e) La costumbre
- f) Las tradiciones
- g) La cultura entre otros.

Por ende, tenemos varios cánones sociales que regulan la conducta social de la persona y que no tienen un origen estatal, estos son los denominados medios de control social informal.

**CUARTO.** – Por otro lado, tenemos a los medios de control social formal, que en resumidas cuentas, es el orden público y el ordenamiento jurídico en general, pues es el conjunto de normas que constituyen el sistema jurídico lo que permite la regulación de la conducta social de los ciudadanos, además que, estos tienen una génesis estatal, asimismo, existen diversas ramas del derecho que constituyen medios de control social agresivos o blandos frente a la libertad y la esfera privada de los ciudadanos, por ende, el principio de subsidiariedad nos indica que el derecho penal debe de ser el último empelado dentro de todos los demás ceranda si un orden de prelación en el empleo de las diversas ramas del derecho como medios de control social.

**QUINTO.** - En este sentido, frente a un caso concreto, existe una serie de medios de control social formal que pueden ser empleados como:

- a) El derecho civil,
- b) El derecho administrativo,

- c) El derecho constitucional,
- d) Los medios alternativos de resolución de conflictos.

Entre ellos, la conciliación, la mediación o el arbitraje, todos ellos deben de ser empleados antes del derecho penal, dado su naturaleza represiva, agresiva y violenta con el ciudadano, es así que el derecho penal se le denomina como la última ratio.

**SSEXTO.** – Todo ello, nos lleva a concluir que, el derecho penal y su aplicación, para que, se encuentre dentro de los parámetros de la política criminal del derecho penal mínimo debe de ser empelado como el último recurso y solo debe de contemplar a las conductas más lesivas para la sociedad, en tal sentido, se descarta la aplicación del derecho penal como primera medida frente a los conflictos sociales, lo cual, constituiría el empleo del derecho penal como prima ratio, así también, se encuentra proscrita la utilización del derecho penal como la única alternativa frente a los conflictos sociales, lo cual, constituiría el empleo del derecho penal como la única ratio.

**SÉPTIMO.** – El derecho penal, por tanto, debe de ser considerado por el legislativo como la última alternativa frente a los conflictos sociales, como al última solución, lo cual, establece que se deben de emplear en primera instancia los primeros medios de control social formales y frente a su ineficacia o ineficacia, el empleo del derecho penal recién es asequible, si es que los legisladores hacen caso omiso a la

aplicación del principio de subsidiariedad en el derecho penal estarían empujando el derecho penal simbólico.

**OCTAVO.** - El derecho penal simbólico, es un lineamiento de política criminal que determina un línea de acción en la lucha contra la criminalidad que implica la vulneración del principio de subsidiariedad del derecho penal, el mismo, que es empleado como la primera opción o prima ratio, lo cual, genera que los legisladores emanen o den la apariencia de un congreso de acción rápida y de sumaria respuesta veloz y acelerada, todo ello, para que se genere una apariencia de productividad y laboriosidad d ellos congresistas aunque en esencia sea una respuesta paliativa y que en realidad no existe la certeza de su eficacia frente al conflicto social.

#### **4.1.3. Análisis descriptivo de resultados del objetivo tres.**

El tercer objetivo de la investigación es: “Examinar la manera en que influye la postura ortodoxa de los delitos de infracción del deber contra la administración pública en la lesión insignificante del derecho penal mínimo en el Estado peruano”; de esa manera, es que los resultados sobre este tópico son los siguientes:

**PRIMERO.** – Sobre los temas que integran la primera variable denominada como “delitos de infracción del deber” a fueron desarrollados dentro de los resultados del objetivo uno, líneas arriba, de manera específica desde el acápite primero hasta el décimo, por lo cual,

resultaría redundante volver a plasmar los referidos resultados en este resultado.

**SEGUNDO.** – Sobre la mínima lesividad de la conducta, se hace referencia hacia la contraparte del principio de fragmentariedad, para su mayor comprensión resulta necesario remarcar el esquema de lesividad de la conducta y el riesgo permitido, como ya se ha mencionado líneas arriba, existen conductas riesgosas o fuentes de peligro que por sus beneficios económicos o sociales son considerados como socialmente adecuados y aceptados por la sociedad, en tal sentido, el derecho penal se debe de aplicar solo a las conductas más lesivas para la sociedad, mientras que las menos lesivas son competencia de otras ramas del derecho menos lesivas.

**TERCERO.** - Por tanto, podemos advertir que, existe un orden de prelación para las conductas lesivas (aquellas que implican una elevación del riesgo permitido o la creación de riesgos no permitidos), por ende, se pueden advertir que existen conductas que generan fuentes de peligros empero son aceptadas socialmente y las conductas que generan un riesgo no permitido, empero entre ambas clases de conductas existe un limbo, una clase de conducta lesiva que sobrepasa o supera el riesgo permitido pero que implican una mínima e ínfima lesividad , si bien es cierto que superan el riesgo permitido, tal sobre pasamiento es el mínimo necesario para superar el límite y ser considerada como conductas riesgosa y susceptible de configurar un delito.

**CUARTO.** - Empero tales conductas de mínima e ínfima lesividad, aunque entrañan una lesión hacia el bien jurídico, tal lesión material no implica un daño significativo o relevante para el referido bien jurídico, por lo cual, la respuesta punitiva resulta incongruente (en referencia a los postulados de política criminal y el derecho penal mínimo) y hasta extralimitado, por ello, a pesar que existe una tajante vulneración del bien jurídico es necesario determinar que tal daño no es el suficiente para generar una relevancia o impacto sobre la sociedad, en tal sentido, la insignificancia de la lesión no genera la relevancia suficiente para que una respuesta penal sea justificad en el caso concreto.

**QUINTO.** - Por tanto, el tratamiento eficaz y adecuado frente a tales conductas de lesión insignificante desde el plano de la imputación objetiva es el descarte de la imputación, dado que, se genera un escenario de atipicidad, lo cual, impediría que el análisis del caso a través de la teoría del delito se detenga en la tipicidad, todo ello, se encuentra respaldado por la doctrina penal, dado que, el nulo impacto lesivo sobre el bien jurídico impide que se genere un riesgo relevante para el bien jurídico, así mismo, tampoco podría configurarse la antijuricidad material por los mismos argumentos, en todo caso el análisis se convierte en un ejercicio fútil cuando estamos frente a una lesión insignificante.

**SEXTO.** – Frente al plano procesal penal, esta clase de lesión insignificante también encuentra un tratamiento especial, dado que, frente a una investigación que reviste mínima lesión frente al bien

jurídico se tiene instituciones procesales de simplificación que permite la conclusión sumaria del proceso penal, como lo es el principio de oportunidad, ya sea por la falta de necesidad de la pena o falta de merecimiento de pena, la aplicación de esta institución procesal reconoce la existencia e lesiones insignificantes dentro de las relaciones de riesgo que se conforman en la comisión de delitos, por ende, cuando existe un caso con escasa relevancia penal no resulta necesaria emplear toda la maquinaria estatal para poder solucionar un caso cuando el proceso será más costoso que el daño generado por el imputado.

**SÉPTIMO.** – En cuanto, a la falta de necesidad de la pena, establece que la pena para ser aplicada de manera justificada resulta necesario que exista una repercusión social de la conducta lesiva frente al bien jurídico, dado que, la pena tiene una finalidad predeterminada, ya sea, una retribución, intimidación o integración ético social, así como, la resocialización o la inocuización, todas estas finalidades para poder ser materializadas resulta necesario que exista una causa que genere la necesidad de la aplicación de la pena, tal causa debe ser relevante para que los efectos de la pena resulten efectivos dentro de la sociedad o el individuo.

**OCTAVO.** – En cuanto, a la falta de merecimiento de la pena, hace referencia a la pena natural o aquella pena que se genera en respuesta a las consecuencias que se generan producto a la comisión del delito, de manera específica cuando el sujeto activo recibe los daños generados por



su propio delito, siendo que, no sería coherente que aquel imputado agraviado a la vez reciba el suplicio de la pena, cuando ya ha recibido los daños y repercusiones de su propio delito, esa pena natural es la que impide la imposición de una pena proveniente de la potestad punitiva, en tal razón, se puede aplicar también el principio de oportunidad en aquellos casos, reconociendo una vez más la existencia de lesiones insignificantes, dado que, no generan ninguna repercusión social.

## **4.2. TEORIZACIÓN DE LAS UNIDADES TEMÁTICAS**

### **4.2.1. La inexorable e inflexible aplicación del principio de subsidiariedad dentro de los delitos de infracción del deber y las instituciones positivas, como medio para derivar casos de mínima lesividad hacia medios de control social formal subsidiarios.**

El primer objetivo de la investigación es: “Identificar la manera en que influye la postura ortodoxa de los delitos de infracción del deber contra la administración pública en el principio de subsidiariedad del derecho penal mínima en el Estado peruano”; siendo los de argumentación de la presente teorización los siguientes:

**PRIMERO.** – Los delitos contra la administración de justicia se enmarcan dentro de los delitos especiales según la doctrina del funcionalismo moderado, dado que, se encuentran dentro de los baremos de la política criminal, mientras que la doctrina del funcionalismo radical los denomina como delitos por responsabilidad en virtud de competencia institucional, en tal sentido, se puede evidenciar la existencia de un deber especial atribuido al funcionario y servidor público al momento de la

asunción de su cargo en la administración pública, estos deberes de resguardo y supervigilancia son en esencia la piedra angular que desencadena la configuración del delito contra la administración pública cuando los mismos son inobservados, es precisamente esta cualidad y rol especial lo que impide que sean consideradas como delitos de dominio o de responsabilidad en virtud de organización.

**SEGUNDO.** – En este sentido, la política criminal que el Estado ha formulado para la lucha y el combate en contra de esta particular clase de criminalidad es que la punibilidad de los delitos cometidos en contra del bien jurídico “administración pública” se encuentran bajo la dogmática penal de los delitos de infracción del deber, dadas las especiales cualidades del sujeto activo que impide que se utilice de manera eficaz la doctrina de los delitos comunes o de dominio, por tanto, estos delitos tienen un tratamiento especial, empero más allá de su diferenciación dogmática no existe ninguna clase de diferencia en el quantum de la pena o alguna política pública que sea tendiente a la lucha directa (especial y exclusiva en contra de los delincuentes que cometen delitos contra la administración pública), por tanto, se colige que dentro de la política criminal no existe una política criminal formulada especialmente para los delincuentes que cometen delitos contra la administración pública.

**TERCERO.** – Por ende, los delitos contra la administración pública se encuentran separados por circunstancias dogmáticas de la teoría del delito particular y especial dirigida hacia los delitos de

dominio, en tal sentido, se puede justificar que la política criminal especialmente dirigida hacia los delitos de dominio nos e puede aplicar hacia los delitos de infracción del deber, dado que, no existe política criminal especial dirigida hacia los delitos en contra de la administración pública, además que, la aplicación de los principios de fragmentariedad y subsidiariedad implica necesariamente la existencia de un rango que permite medir o graduar el nivel de lesividad de la conducta, todo ello para determinar si la conducta es de mínima lesividad, alta lesividad o es de insignificancia lesiva.

**CUARTO.** – Los delitos en contra de la administración pública carecen de este baremo de graduación dado que solo requieren de ,la infracción del deber especial para que el delito se configure, por tanto, nos vemos ante la imposibilidad de aplicar los principios de mínima intervención punitiva dentro de los delitos en contra de la administración pública, además que de manera dogmática no existe otra exigencia dentro de la imputación objetiva para la configuración del delito, dado que, solo es necesario que se determine el deber funcional del servidor o funcionario, la relación funcional por razón de su cargo y la participación delictiva en el ejercicio de sus funciones, dentro de la imputación objetiva no existe otra exigencia, en cuanto al nivel de lesividad de la conducta, por ende, tal graduación o consideración de la lesividad no es empelada dentro de la imputación, en consecuencia no se toma en cuanto a la política criminal del derecho penal mínimo.

**QUINTO.** – Empero se puede contrargumentar reafirmando la diferenciación dogmática entre los delitos de dominio y los delitos de infracción del deber y concluyendo que la no aplicación de la política criminal del derecho penal mínimo dentro de los delitos contra la administración pública (delitos de infracción del deber) se encuentra totalmente justificado, siendo que, los funcionarios y servidores públicos tiene un rol especial y un deber especial que transforma totalmente la comisión del delito y sus repercusiones frente a la sociedad, para determinar la imputación hasta con que haya vulnerado tal deber especial, es decir, es un factor cualitativo que no requiere de una graduación cuantitativa de la lesión cometida, por ende, se justifica la investigación fiscal y ulterior acusación en delitos cometidos contra la administración pública de mínima lesividad.

**SEXTO.** – Como se mencionó líneas arriba, no existe una política criminal especializada aplicada por el Estado para los delitos en contra de la administración pública, además que como se puede advertir dentro del ordenamiento jurídico penal en general la existencia y validez de la aplicación del derecho penal mínimo se puede evidenciar en la vigencia de instituciones procesales como el principio de oportunidad, así también, se reconoce de manera dogmática en la institución del “riesgo insignificante”, así como la existencia de principios dogmáticos como el de subsidiariedad y fragmentariedad, por tanto, el derecho penal mínimo impera sobre todo el ordenamiento jurídico penal en su

totalidad, así mismo, no existe ningún argumento que justifique el apartamiento de los delitos contra la administración pública de la política criminal del derecho penal mínimo, por ende, se colige que estos delitos se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la política criminal del derecho penal mínimo.

**SÉPTIMO.** – Así mismo se pueden argumentar que resulta necesario pasar inadvertido la graduación del nivel de lesividad en la conducta del delincuente (funcionario o servidor) que cometió un delito contra la administración pública, dado que, estamos frente a bienes jurídicos que se encuentran catalogados con bienes jurídicos que permiten el funcionamiento del sistema, su alto nivel de importancia y trascendencia permite justificar que la incolumidad de las normas que entrañan los deberes especiales que deben de ser acatadas y cumplidas por los funcionarios y servidores públicos resulta en el medio más eficaz para luchar contra la corrupción y demás expresiones de los delitos contra la administración pública, precisamente, para que se ejerza un efecto de intimidación general hacia los funcionarios y servidores públicos al advertir que la mínima infracción de su deber especial, tiene como consecuencia la aplicación de la potestad punitiva, por tanto, la incolumidad y respeto hacia los bienes jurídicos que resguarda la administración pública será garantizada.

**OCTAVO.** – Los funcionarios y servidores públicos a pesar de su rol especial y los deberes que asumen dentro de la administración

pública también son ciudadanos y personas comunes, en tal sentido, también estarían bajo la competencia y la aplicación directa de la política criminal del derecho penal mínimo; por otro lado, los argumentos objetivos que permiten la aplicación de los principios de derecho penal mínimo dentro de los delitos comunes también son congruentes con los delitos de infracción del deber, no existe ninguna incompatibilidad que impida que los baremos de mínima intervención sean aplicados a los delitos contra la administración pública, es más, dado que esta política criminal se encuentra vigente a nivel general dentro del ordenamiento jurídico penal, es de obligatoria observancia dentro de las investigaciones fiscales.

Por tanto, es ineludible la aplicación del principio de subsidiariedad dentro de los delitos de infracción del deber, así también se puede advertir la relación de este principio de mínima intervención dentro de las instituciones positivas, las mismas, que constituyen la esencia u ontología de los delitos contra la administración pública, todo ello, porque se puede observar la relación sistemática y concatenada entre las obligaciones negativas y las instituciones positivas dentro de las bases de existencia del sistema, en este sentido, se puede advertir que existe un orden sistemático dentro del orden público y el ordenamiento jurídico penal, en donde, la línea de política criminal imperante influye y determina sobre la dogmática penal, todo ello, porque la dogmática penal requiere del cumplimiento de los postulados de política criminal

(principios dogmáticos) para poder ostentar legitimidad y efectividad en su aplicación.

**4.2.2. La necesaria aplicación del principio de fragmentariedad dentro de los delitos de infracción del deber y las instituciones positivas, como medio para determinar la mínima lesividad dentro de las conductas ilícitas.**

El segundo objetivo de la investigación es: “Determinar la manera en que influye la postura ortodoxa de los delitos de infracción del deber contra la administración pública en el principio de fragmentariedad del derecho penal mínimo en el Estado peruano”, siendo los de argumentación de la presente teorización los siguientes:

**PRIMERO.** – El principio de subsidiariedad dentro del derecho penal obliga al operador del derecho a aplicar la potestad punitiva de manera selectiva, es decir, que determine la relevancia y alto impacto social de la conducta lesiva para luego determinar el más apto e idóneo medio de control social para solucionar el caso concreto, siendo que el derecho penal debe de ser la última alternativa para la resolución del conflicto, es decir, que es preciso que se determine en primer lugar la relevancia del caso concreto para justificar la aplicación del derecho penal como la única herramienta idónea sin la cual no se podría solucionar el caso concreto.

**SEGUNDO.** – Empero se puede mencionar que la aplicación del derecho penal como medio de control social formal eficaz dentro de

la lucha contra la criminalidad que procede de los delitos contra la administración pública se encuentra justificada, dado que, esta clase particular de delitos en donde podemos encontrar un deber especial que se encuentra inserto dentro de las obligaciones del funcionario o servidor público, denota una especial complejidad, dado que esta clase, de delitos debe de ser prioridad dentro de la política criminal, es decir, el especial rol de los funcionarios y servidores y la naturaleza trascendental de los bienes jurídicos que se encuentran tutelados dentro de la administración pública justificada la aplicación del medio de control social formal más agresivo e insidioso para la persona y su libertad individual.

**TERCERO.** – Por otro lado, los delitos contra la administración pública se encuentran insertos dentro del ordenamiento jurídico en general y la política criminal es de aplicación general para todo el ordenamiento penal, por ende, los delitos de infracción del deber y los delitos en contra de la administración pública se encuentran bajo la influencia directa de la política criminal, el principio de subsidiariedad establece que el derecho penal debe de ser empleado como el último medio de control social formal, el último recurso frente al fracaso de los demás medios de control social; empero el actual escenario de aplicación de la potestad punitiva nos permite vislumbrar que se ignora el empleo de otro medios de control frente a la comisión de delitos contra la administración pública que revisten una mínima lesividad.



**CUARTO.** – Se puede mencionar que, es una prioridad que sea particularmente el derecho penal quien ateniendo la situación de la particularmente el derecho penal quien ateniendo la situación de la criminalidad dentro de los delitos contra la administración pública, dado que, la valía y trascendencia de los bienes jurídicos que se encuentran tutelados dentro de la administración pública determina una respuesta contundente y eficaz por parte del Estado y no existe medio más eficaz para tal labor que el derecho penal, por ende, se justifica la aplicación del derecho penal incluso en los delitos en donde se puede encontrar una mínima o insignificante lesividad en la conducta, dado que, la propia naturaleza jurídica de los delitos de infracción del deber genera que tan solo la vulneración o infracción del deber especial configure la imputación objetiva del delito, no es necesario que se determine el grado de lesividad hacia el bien jurídico producto de la infracción del deber especial del funcionario o servidor.

**QUINTO.** – Empero, el derecho penal al ser por naturaleza el último medio de control social formal que debe de ser empleado, tiene una finalidad persuasiva o represiva, todas estas finalidades se alcanzan a través de la coerción o coacción, medios que son inherentemente insidiosos y agresivos para los ciudadanos por ello, es que debe de ser el último recurso, además que, la utilización del derecho penal corresponde hacia la consecución de la incolumidad de los bienes jurídicos tutelados, es decir que tiene como finalidad última, la protección de los bienes

jurídicos, siendo su finalidad la aplicación del derecho penal debería corresponder exclusivamente al cumplimiento de dicho objetivo para que su aplicación del derecho penal resulte coherente y racional.

**SEXTO.** – En el caso particular de los delitos contra la administración pública, se tiene que la vulneración del deber especial que ostenta el servidor y funcionario tiene como consecuencia ulterior la vulneración del bien jurídico, por ende, la prioridad es el aseguramiento de los deberes especiales que tiene estos funcionarios para así impedir o prevenir la lesión hacia el bien jurídico, por tanto, se concluye que la finalidad de la tutela en los delitos de infracción del deber es evitar la lesión de los bienes jurídicos tutelados dentro de la administración pública, por ende la revisión del nivel o grado de lesión material hacia el bien jurídico es un requisito importante dentro de los delitos contra la administración pública, un requisito que no se puede obviar.

**SÉPTIMO.** – Así mismo, en consonancia con la validación de la revisión del nivel de lesión hacia el bien jurídico tutelado dentro de los delitos contra la administración pública, se tiene que, ello nos permite colegir que es posible la aplicación de los postulados de política criminal que conforman el derecho penal mínimo, como lo son: a) el principio de subsidiariedad y b) el principio de fragmentariedad, por tanto, resulta obligatorio que se revise el nivel de lesión hacia el bien jurídico tutelado y en caso de advertir o concluir que el riesgo generado por la conducta

del funcionario o servidor es uno de naturaleza mínima o insignificante, pues no queda otro camino que la atipicidad.

**OCTAVO.** – Por ello, la utilización del derecho penal dentro de los delitos contra la administración pública se encuentra justificado, dada la naturaleza trascendente y la importancia de los bienes jurídicos que conforman la administración pública, empero también resulta necesario determinar el grado de lesividad hacia el bien jurídico tutelado, en consonancia con los principios de intervención mínima, para así, encontrar racionalidad dentro de la aplicación del derecho penal, dado que, si no se tiene en cuanto el riesgo que genera la conducta y su relevancia e impacto en el bien jurídico, se puede terminar con casos en los cuales se aplique la potestad punitiva para lesiones insignificantes, como el uso de material de oficina o la sustracción de bienes estatales que pertenecen a los recursos de impresión, conductas que vulneran los deberes especiales de los funcionarios que los cometen, para nada significan una lesión significativa para el bien jurídico.

**NOVENO.** – Desde un plano económico, la utilización del derecho penal para los casos de mínima lesividad en los delitos contra la administración pública, no se encuentra justificada, dado que, la mínima repercusión o impacto social de la conducta del imputado genera que la utilización del derecho penal resulte fútil, dado que, no genere ningún efecto intimidatorio, porque el escaso impacto del hecho es considerado

por la sociedad como un hecho insignificante y el empleo del derecho penal (el medio de control social formal más represivo) será considerado como una extralimitación de la potestad punitiva, además que, el costo económico del empleo del derecho penal supera con creces en costo económico que genera la lesión insignificante hacia el bien jurídico perteneciente a la administración pública, por tanto, su empleo no encuentra justificación.

**DÉCIMO.** – Por último, el principio de subsidiariedad determina que el derecho penal debe de ser empleado como la última ratio, siendo ello así, y habiéndose justificado la necesaria y válida aplicación de este principio de derecho penal mínimo dentro de los delitos contra la administración pública, se tiene que, en los casos que revisten una mínima lesividad o un riesgo insignificante resulta necesario en primer lugar establecer el empleo de otros medios de control social formales como podrían ser: el derecho administrativo, en el caso concreto de la infracción de un deber institucional por parte del funcionario o servidor que puede ser catalogado como delitos de infracción del deber.

En conclusión, la aplicación del principio de fragmentariedad impera sobre las instituciones positivas insertas dentro de los tipos penales, dado que, la aplicación del derecho penal requiere de su ejercicio razonable y proporcional, para que, este medio de naturaleza insidiosa y agresiva sobre el ciudadano no sea aplicado de manera arbitraria e

irracional, por tanto, solo las conductas que revistan una lesión relevante sobre el bien jurídico para justificar la aplicación de una sanción penal, en tal sentido, las conductas de mínima o insignificante lesividad no reviste un criterio de fragmentariedad, por ende, cuando se suscita un delito en contra de la administración pública también debe de analizarse el grado o nivel de lesividad de la conducta delictiva.

#### **4.2.3. Del análisis ineludible de la existencia de una lesión significativa y relevante dentro de los delitos de infracción del deber y las instituciones positivas.**

El tercer objetivo de la investigación es: “Examinar la manera en que influye la postura ortodoxa de los delitos de infracción del deber contra la administración pública en la lesión insignificante del derecho penal mínimo en el Estado peruano”, siendo los de argumentación de la presente teorización los siguientes:

**PRIMERO.** - La mínima lesividad o riesgo insignificante es un elemento dogmático dentro de la imputación objetiva, el mismo, establecer que aquella conducta que supera el riesgo permitido o crea un riesgo no permitido empero no infringe una lesión relevante o suficiente sobre el bien jurídico tutelado se denomina como riesgo insignificante, el cual, implica una lesión mínima, en caso que se da sobre esta institución dogmática es el supuesto del secuestro realizado por algunos minutos, si bien es cierto que la comisión del secuestro fue realizado y vulnero en consecuencia el bien jurídico libertad individual,

la corta duración del mismo, que en este caso son solo unos 5 minutos genera que la lesión sea insignificante, por tanto, no reviste de la relevancia suficiente para justificar el empleo de toda la maquinaria penal.

**SEGUNDO.** – En el caso particular de los delitos en contra de la administración pública se puede advertir que la sola vulneración del deber especial del funcionario o servidor público que tiene la obligación de resguardar y acatar es precisamente el desencadenante de la comisión del delito de infracción del deber, en tal sentido, no es necesaria la determinación del daño realizado hacia el bien jurídico producto de la comisión del delito, todo ello, se justifica por la especial naturaleza del sujeto activo dentro de los delitos contra la administración pública, en el cual, tan solo puede ser sujeto activo aquel que reúne las cualidades exigidas por el tipo penal, lo cual, lo diferencia de manera vertiginosa con los delitos de dominio, en donde, cualquier persona puede calificar como sujeto activo.

**TERCERO.** – Por tanto, se puede afirmar que para los casos de delitos contra la administración pública no resulta indispensable que se determine el grado de lesividad de la conducta, siendo que, tan solo es necesaria lo acredita de la infracción del deber especial, por ende, se podría colegir que no es necesaria la aplicación del riesgo insignificante dentro de los delitos contra la administración pública, dado que, son

incompatibles dogmáticamente, mientras que, los delitos de infracción del deber implican una verificación cualitativa de a vulneración o incumplimiento del deber especial que ostenta el funcionario o servidor, la institución del riesgo insignificante requiere de la verificación cuantitativa del grado de lesividad de la conducta realizada frente a la vulneración del bien jurídico, por ende, resultarían incompatibles entre sí.

**CUARTO.** – Empero se puede mencionar que, esta incompatibilidad es aparente, dado que, no toma en cuenta la esencia dogmática de los delitos contra la infracción del deber, más aun dentro del ordenamiento jurídico penal, en el cual, la obligación de resguardar los deberes especiales por parte de los servidores y funcionarios públicos tiene como finalidad última evitar la lesión hacia los bienes jurídicos dentro de la administración pública, es decir, que la finalidad última es sobre todo la tutela de los bienes jurídicos, si bien es cierto, que la infracción del deber especial tiene como consecuencia inevitable la vulneración del bien jurídico, este hecho se toma como algo natural o una consecuencia inflexible.

**QUINTO.** – La asunción de la relación de causalidad entre la infracción del deber especial y la lesión hacia el bien jurídico, genera que los operadores jurídicos no analicen la ulterior lesión hacia el bien jurídico, cuando en realidad la protección de los mismos es la finalidad última, por tanto, siendo que la tutela de los bienes jurídicos

pertenecientes a la administración pública es la finalidad u objetivo de los delitos de infracción del deber, la verificación de la lesión ocasionada producto de la realización de la conducta resulta crucial para esta clase de delitos, por ende, se puede vislumbrar la necesidad de determinar el riesgo que se genera de la conducta, si en realidad el titular de la acción penal se encuentra frente a un riesgo relevante que justifique la utilización de la potestad punitiva y todo el aparato estatal que permite su concretización.

**SEXTO, -** Por ello, se menciona que cuando estamos frente a un riesgo insignificante se tendría que recurrir hacia el empleo de otras ramas del derecho (medios de control social formales) en congruencia con el principio de subsidiariedad, además se tendría que determinar la lesividad de la conducta en congruencia con el principio de fragmentariedad, todo ello, para estar en consonancia con la política criminal del derecho penal mínimo; todo ello, se justifica, en la propia razón de existencia de esta línea de política criminal, debido a que la aplicación extralimitada y despótica del derecho penal genera su ineficacia frente a la sociedad, porque un poder extralimitado genera rechazo y un repudio por el mismo.

**SÉPTIMO. –** En este sentido, el actual escenario fiscal, en el cual, se aplica la potestad punitiva, es decir, que se inician investigaciones y hasta acusaciones en contra de funcionarios o



servidores públicos que cometen delitos contra la administración pública en evidente infracción de sus deberes especiales relacionado con su cargo, genera que la aplicación del derecho penal resulte irracional y nada razonable, dado que, para que la sociedad acepta la aplicación de un medio de control social altamente agresivo, es necesario que exista una base dogmática racional que justifique su existencia y aplicación, en tal sentido, tenemos que el derecho penal solo debe de aplicar como última ratio y de manera fragmentaria, si se da el caso contrario, la aplicación resultaría extralimitada y hasta arbitraria porque se escapa de los postulados de política criminal que delimitan al derecho penal, en conclusión, en aquellos casos antes referidos se estaría cometiendo una irregularidad.

**OCTAVO.** – La aplicación del derecho penal requiere de una causa objetiva que permita justificar la imposición de la pena, por ende, debe de existir una correlación entre el hecho cometido y la sanción penal una proporcionalidad, esta inferencia no es otra que el principio de proporcionalidad en su concepto; todo ello, nos lleva a colegir que todos los principios dogmáticos penales son necesarios para justificar la aplicación del derecho penal, así como, validar y hallar legitimidad en la sociedad sobre la cual se aplica este medio de control social.

**NOVENO.** – Debe de entenderse al derecho penal como un elemento perteneciente a un sistema mucho más amplio, el cual,

permite el funcionamiento del sistema, por ende, a pesar que la dogmática penal nos mencione que para la configuración de los delitos en contra de la administración pública es necesario que se acaten los postulados de criminología, política criminal y dogmática penal, la trinidad dentro del derecho penal nos conlleva a conseguir la racionalidad y la eficacia en la aplicación de las normas penales y no llegar a absurdos como la sanción a funcionarios públicos por el uso de hojas pertenecientes a la institución pública donde labora.

En conclusión, debe de analizarse el grado de lesividad sobre el bien jurídico tutelado a fin de no caer en absurdos o gastar la maquinaria penal en vano; ahora bien, por otro lado, se debe mencionar sobre la determinación de criterios objetivos para el análisis del grado de lesividad dentro de los delitos contra la administración pública, resulta necesario mencionar que existen diversos intentos para establecer los referidos criterios o alguna clase de baremo que nos permita determinar la mínima lesividad en un delito de infracción del deber, empero esta tarea es profundamente compleja, dado que, los referidos baremos no pueden expresarse en criterios cuantitativos, todo ello, porque varios de los delitos contra la administración pública ostenta elementos normativos y descriptivos alejados del cálculo cuantitativo, por tanto, no es posible establecer un criterio común para todos los delitos en cuanto al análisis de la mínima lesividad, sin embargo, tampoco se descarta el análisis individual de los casos

concretos, en donde, se puede argumentar que se puede argüir sobre la mínima lesividad o una elevación del riesgo en el caso concreto.

## ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

El trabajo de investigación ha demostrado que existe una influencia negativa entre los delitos de infracción al deber con el derecho penal mínimo, dado que:

Resulta necesario que dentro de la aplicación de las normas penales exista racionalidad y un criterio de racionalidad, todo ello, para evitar que se susciten casos como la sanción hacia un funcionario o servidor público que tan solo utilizó la impresora de la institución en donde laboraba con fines personales y ajenos a su función, por ende, resulta indispensable que el derecho penal se sujete de manera ineludible en la dogmática penal y la política criminal, los cuales proporcionan criterios objetivos que otorgan legitimidad y validez al derecho penal, todo ello, para que la norma penal resulte eficaz y el efecto imprimido en la pena desencadene sus efectos sobre la población.

Los delitos en contra de la administración pública reviste una singularidad frente a los delitos de dominio, este es la cualidad especial del sujeto activo, en este sentido, solo es posible de ser imputado objetivamente aquel servidor o funcionario público que ostente los requisitos y cualidades que exige el tipo penal especial, en ese sentido, debe de existir un deber especial que ostente el sujeto activo, debe de existir una relación funcional por razón de su cargo y la conducta debe de ser ejecutada en el ejercicio de sus funciones, todas estas características diferencian a los delitos de infracción del deber sobre los delitos comunes o de dominio, generando una postura dogmática diametralmente opuesta.

Es precisamente, esta diferencia dogmática lo que nos pone en evidencia que para la configuración de un delito de infracción del deber solo es necesario que se acredite la infracción del deber especial por parte del funcionario público, en este sentido, tenemos frente a nosotros un criterio cualitativo para la configuración del delito, es decir, solo es necesario que el funcionario o servidor infrinja el deber especial o lo mantenga incólume para determinar la comisión del delito, no es necesario determinar el nivel de lesión hacia el bien jurídico, todo lo contrario pasa con los delitos de dominio, en donde, si existe una graduación o determinación del nivel de lesividad y daño generado hacia el bien jurídico.

Empero, la política criminal constituye en el conjunto de acciones institucionales dirigidas hacia la lucha y el combate en contra de la criminalidad, por ende, la política criminal determina las políticas institucionales y publicas que materializan las normas penales, todo ello, para prevenir la comisión de delitos y tutelar a los bienes jurídicos, en tal sentido, siendo que la política criminal demarca la génesis de las normas penales, resulta evidente que la política criminal del derecho penal mínimo deba de ser aplicado dentro de los delitos en contra de la administración pública.

Puede parecer incongruente que los postulados de política criminal provenientes del derecho penal mínimo puedan ser aplicados dentro de los delitos de infracción del deber, dado que, existe como ya se mencionó una incompatibilidad dogmática, mientras, que los delitos de infracción del deber ostenta un criterio cualitativo para la configuración del delito, mientras que, los

postulados de política criminal del derecho penal mínimo requiere de la graduación del nivel de lesividad generada por la conducta riesgosa, empero los delitos de infracción del deber requieren de la comprobación de la infracción del deber especial para acreditar una lesión ulterior al bien jurídico producto de la infracción del referido deber especial, por tanto, la finalidad última es la determinación de la lesión hacia el bien jurídico.

Como autocrítica en la presente investigación fue no solo realizar alguna escueta investigación estadística sobre la cantidad de casos en los cuales se inobserva los postulados de política criminal que pertenecen al derecho penal mínimo, todo ello, porque la presente investigación es de naturaleza dogmática – jurídica, por tanto, se desenvuelve dentro de un ámbito abstracto dentro de los conceptos e instituciones jurídicas, a pesar de ello, es importante recalcar que la problemática planteada dentro de la presente investigación constituye una aplicación arbitraria e irracional de la potestad punitiva, por tanto, resulta necesario que de manera posterior se realice una investigación cuantitativa para determinar la cantidad de casos, en donde existan investigaciones fiscales en contra de funcionarios o servidores públicos que revistan mínima lesividad e inobserven la mínima lesividad como política criminal, todo ello, para establecer la cantidad de casos suscitados, empero la presente investigación solo se centra en la problemática desde el plano dogmático.

El hallazgo demostrado se condice y se debate también con otras investigaciones nacionales e internacionales, tales como la tesis titulada “La

responsabilidad penal de los funcionarios o servidores públicos que por razón de su cargo cometen el delito de peculado de uso”, del investigador Molina (2018), esta investigación tiene como propósito determinar la existencia de ciertos tipos de responsabilidades penales de los funcionarios o servidores públicos, la cual utilizan algún vehículo motorizado consignados a su servicio personal por razón de su cargo, por eso se relaciona con nuestra investigación, debido a que la sanción impuesta a un funcionario público tiene que versar conforme al principio de mínima intervención, ya que no es lo mismo cometer un delito doloso y una infracción administrativa, por el solo hecho de usar una mínima cantidad de hojas de impresión, la cual servirá para acreditar un informe administrativo.

Si bien es cierto, que existe una correlación ineludible entre la infracción del deber especial y la lesión hacia el bien jurídico perteneciente hacia la administración pública, como se puede evidenciar existe una lesión ulterior y en consecuencia un nivel de lesividad de la conducta que puede ser reconocido y acreditado, en tal sentido, los postulados de política criminal de derecho penal mínimo pueden ser aplicados en esta clase especial de delitos contra la administración pública, es decir, que se puede reconocer la lata lesividad de la conducta y el impacto social sobre la sociedad producto de la comisión del delito, así también, se puede evidenciar la mínima lesividad y hasta la insignificancia de la lesión, todo ello, en base al daño material generado hacia el bien jurídico.

Por otro lado, tenemos otra investigación nacional que lleva por título “Trascendencia de la cuantía en el delito de peculado y su incidencia en el principio

de mínima intervención”, de Lizárraga (2018), esta investigación busca determinar si el principio de mínima intervención es mermado en su contenido esencial y la ausencia de un parámetro económico mínimo que configure la tipicidad del delito de peculado en su modalidad básica, por eso se relaciona con nuestro trabajo de investigación, puesto que actualmente existen una cierta cantidad de conductas catalogadas en nuestro Código Penal que evidenciarían algún reproche por parte de nuestro sistema jurídico.

Por ende, es totalmente asequible que el principio de fragmentariedad y el principio de subsidiariedad sean aplicados en los delitos en contra de la administración pública, lo cual, permitiría graduar el nivel de lesividad de la conducta realizada por el funcionario o servidor público, así como, determinar el empleo de otros medios de control social idóneos para el caso concreto, claro está bajo el supuesto de encontrarse en un caso de riesgo insignificante, lo cual, permitiría que se descarten casos absurdos, como los antes ejemplificados, recurriendo así hacia el derecho administrativo u otros medios idóneos.

Finalmente, como investigación internacional que lleva por título “Evolución de un derecho penal mínimo hacia un derecho penal mínimo máximo de los bienes jurídicos colectivos”, realizada por La Puerta (2018), este trabajo tiene como objetivo primordial la necesidad de acabar con la inflación legislativa y hacer de una vez por todas, la objetivación del derecho penal mínimo, la cual no se podrá dar en la parte general, sino en la parte especial y de acuerdo con las necesidades y realidades propias de cada país, por eso se relaciona con la presente



tesis, porque es menester hacer un exhaustivo análisis sobre la intervención del derecho penal mínimo, dado que la coyuntura administrativa lo vivencia a diario y más aún cuando se comete un delito de peculado.

La actual tendencia política criminal dentro de los países es la del expansionismo penal, el cual, trae consigo la aplicación de lineamientos de política criminal de derecho penal del riesgo, derecho penal de emergencia, derecho penal simbólico o el derecho penal del enemigo es mayor o menor medida, en tal sentido, la intervención del derecho penal como instrumento solucionador de los conflictos sociales por antonomasia la fórmula más empleada por los gobiernos de la región, en tal sentido, existe un gran expansionismo penal, ya que, todo se trata de solucionar con una sanción penal, vulnerando así de manera tajante los postulados de derecho penal mínimo, como lo son principios de fragmentariedad y subsidiariedad.

Los resultados obtenidos sirven para que el juez y los justiciables puedan resolver con mayor grado de científicidad y objetividad respecto a los alcances, límites y repercusiones de la aplicación del derecho penal y las normas penales en los delitos de infracción del deber.

Lo que si sería provecho es que futuros investigadores promuevan un estudio sobre las políticas criminales de tendencia expansionista que están adoptando los países latinoamericanos, como es que su progresión hacia un expansionismo en el empleo del derecho penal, genera situación de ineficacia de la

norma además de ello también se puede analizar las tendencias político criminales específicas como fenómenos aislados, como por ejemplo: el derecho penal simbólico, el derecho penal del riesgo, el derecho penal de emergencia, el fenómeno de la administración del derecho penal, entre otros, la presente investigación es una pequeña muestra de una problemática mucho más profunda y compleja.

Tras todo lo dicho, es que se describirá una propuesta de mejora (también conocido como el aporte directo de la investigación), mencionando que es necesaria una reforma dentro de la política criminal estatal, en la cual, se recalque la necesaria aplicación y observancia de los principios de fragmentariedad y subsidiariedad dentro de todos los tipos penales, aunque los principios dogmáticos existen al margen de su positivización es necesario taxativizarlos para que su aplicación resulte obligatoria, más aun cuando la naturaleza europeo – continental de nuestro modelo jurídico tiende hacia la codificación y positivización de los postulados normativos, en tal sentido, resultado evidente que tendría que agregarse un artículo dentro del título preliminar del Código Penal para que, a partir de su modificación:

“Artículo XI.- La política criminal estatal siempre se rige por los postulados de fragmentariedad y subsidiariedad como parte de un derecho penal de mínima intervención.”

## CONCLUSIONES

1. Se analizó que la aplicación del derecho penal requiere de la objetividad que proporcionan las bases dogmáticas del derecho penal y el lineamiento de políticas institucionales que otorga la política criminal, ambos en conjunción hacen posible la aplicación racional y razonable de las normas personales, lo cual consigue concretar la legitimidad de la potestad punitiva del Estado, en tal sentido, para que los delitos de infracción del deber tenga legitimidad y una aplicación racional de las normas penales que entraña resulta necesario que se sujete a la política criminal vigente, en este caso el derecho penal mínimo.
2. Se identificó que los delitos de infracción del deber entrañan una correlación entre la infracción del deber especial por parte del funcionario o servidor público y el resultado lesivo ulterior sobre el bien jurídico, por tanto, existe una notable relación de causalidad, todo ello, nos permite vislumbrar que existe un nivel graduable de lesividad sobre el bien jurídico tutelado, en tal sentido, resulta asequible la aplicación de los postulados de política criminal provenientes del derecho penal mínimo sobre los delitos de infracción del deber, en este caso, el principio de fragmentariedad y subsidiariedad.
3. Se determinó que la aplicación de los postulados de política criminal pertenecientes hacia el derecho penal mínimo, hace posible que se permita graduar el nivel de lesividad que existe, por ello, el titular de la acción penal podría establecer si en el caso concreto se encuentra frente a una elevación del riesgo permitido o la creación de un riesgo no permitido, lo cual, permitiría la aplicación de la potestad punitiva configurando así la imputación objetiva, por

otro lado, también puede hallarse frente a un riesgo permitido, que impediría la configuración de la imputación objetiva, empero la presencia del derecho penal mínimo también abriría la posibilidad que el fiscal pueda determinar la existencia de un riesgo insignificante o un caso de mínima lesión, con lo cual, también podrían descartar una investigación y arribarla hacia el archivo.

4. Se examinó que la aplicación del derecho penal mínimo permitiría la graduación del daño regenerado sobre el bien jurídico en los delitos contra la administración pública, así determinar si se está frente a un riesgo relevante o un riesgo insignificante, todo ello, para establecer la viabilidad de la investigación, la racionalidad y razonabilidad en la aplicación del derecho penal, todo ello, en congruencia con el principio de fragmentariedad; así también, se podría determinar la utilización de otros medios de control social formales más adecuados e idóneos para resolver el caso concreto, para así, evitar el empleo del derecho penal y respetar su naturaleza como última ratio, todo ello, en congruencia con el principio de subsidiariedad.

## RECOMENDACIONES

- Se recomienda **publicar** las conclusiones y resultados de la presente investigación en los medios académicos del ámbito jurídico para someterlo bajo el análisis de los juristas e investigadores del derecho.
- Se recomienda la **creación de una línea jurisprudencia** tendiente hacia el reconocimiento de la necesaria verificación del nivel de lesividad dentro de la conducta del sujeto activo, dentro de los delitos de infracción del deber.
- Se recomienda la **verificación del nivel de lesividad** dentro de los delitos de infracción del deber todo ello, para poder descartar aquellos casos, en donde, se pueda advertir una mínima lesividad o un riesgo insignificante, lo cual permitirá que se libere la carga procesal y la carga investigación del Ministerio Público.
- Se recomienda la **determinación de una política criminal especial** para la delincuencia de cuello blanco y la corrupción de funcionarios, todo ello, para determinar la política pública que se debe de seguir y la cual guiará la creación (criminalización primaria y secundaria) de las normas penales, así mismo, evitar caer dentro de la política criminal del derecho penal simbólico.
- Se recomienda que **se tome en cuenta la conducta del funcionario o servidor público**, todo ello, para determinar la viabilidad de la acusación fiscal, todo ello, en congruencia con los principios de política criminal del derecho penal mínimo de fragmentariedad y subsidiariedad, así también obtener los beneficios pragmáticos que proporciona el descarte de las investigaciones que revisten mínima lesividad o un riesgo insignificante.

- Se recomienda **llevar a cabo (conocido también como el aporte)** la incorporación al título preliminar del Código Penal, la cual yace de la siguiente manera:

“**Artículo XI.-** La política criminal estatal siempre se rige por los postulados de fragmentariedad y subsidiariedad como parte de un derecho penal de mínima intervención”

- Se recomienda la **futura y ulterior realización de una investigación** cualitativa sobre la problemática que entraña el presente trabajo de investigación para poder obtener una perspectiva jurídico social de los casos en los cuales se realizan acusaciones fiscales en casos de mínima lesividad producto de hechos ilícitos cometidos por funcionarios o servidores públicos.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abanto, V. M. (2004). Autoría y participación y la teoría de los delitos de “infracción del deber”. *Revista penal*, 14(1), 3-23.  
<https://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/07/9.1abanto-vasquez.pdf>
- Adrianzen, P. (2017). La participación en los delitos especiales. Análisis de la intervención de un *extraneus* en el delito de enriquecimiento ilícito [Tesis de posgrado, Universidad de Piura, Piura, Perú]. Repositorio de tesis de la Universidad de Piura.  
[https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/3042/MAE\\_DER\\_052.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/3042/MAE_DER_052.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Aguirre, S. (2018). El Delito de Corrupción de Funcionarios Públicos y su Impacto Social, en el Juzgado de Investigación Preparatoria del Distrito Judicial de Huánuco 2016, [Tesis de pregrado, Universidad de Huánuco, Huánuco, Perú]. Repositorio de tesis de la Universidad de Huánuco.  
[http://repositorio.udh.edu.pe/bitstream/handle/123456789/1102/T047\\_42972696\\_T.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.udh.edu.pe/bitstream/handle/123456789/1102/T047_42972696_T.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Alcocer, W. (2015). Teoría de la imputación objetiva en la jurisprudencia peruana: Desarrollo jurisprudencial a partir del año 2011. *Derecho y Cambio Social*, 42(1), 2-56. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5456411>
- Aller, G. (2016). Delito de infracción de deber. *Instituto de Derecho Penal*, 8(1), 1-15. <https://publicaciones.fder.edu.uy/index.php/idp/article/view/151>
- Aranzamendi, L. (2010). *La investigación jurídica. Diseño del proyecto de investigación. Estructura y redacción de la tesis*. Grijley.

- Arias, J. (2006). Funcionalismo penal moderado o teleológico-valorativo versus funcionalismo normativo o radical. *Cuadernos de filosofía del derecho*, 29 (1), 439-453.
- Arrollo, J. (2015). Tipología de los delitos vinculados con la función pública en el ordenamiento jurídico costarricense. *Revista Judicial*, 116(15), 111-163.  
[https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/documentos/revs\\_juds/Revista%20116/PDFs/05-tipologia-delitos.pdf](https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/documentos/revs_juds/Revista%20116/PDFs/05-tipologia-delitos.pdf)
- Baltar, F. & Gorjup, M. (2012). Muestreo mixto online: Una aplicación en poblaciones ocultas. *Intangible Capital*, 8(1), 123-149.  
<https://www.redalyc.org/pdf/549/54924517006.pdf>
- Bohorquez, D. (2016). Rol del derecho penal frente al ejercicio del poder punitivo del Estado: El caso venezolano [Tesis para optar el grado de especialista en Derecho Penal, Universidad de Carabobo, Bárbula, Venezuela]. Repositorio de tesis de la Universidad de Carabobo  
<http://mriuc.bc.uc.edu.ve/bitstream/handle/123456789/4511/dbohorques.pdf?sequen=1>
- Cabanellas, G. (2011). *Diccionario Jurídico Elemental*. Editorial Heliasta
- Canchari, A. (2018). Doctrina de infracción deber normativista en la jurisprudencia de la corte suprema y su relación con la convención de las naciones unidas contra la corrupción [Tesis de posgrado, Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, Huaraz, Áncash, Perú]. Repositorio de tesis de la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo.



[http://repositorio.unasam.edu.pe/bitstream/handle/UNASAM/2908/T033\\_06569442\\_D.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.unasam.edu.pe/bitstream/handle/UNASAM/2908/T033_06569442_D.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Carrasco, S. (2013). *Metodología de la investigación científica*. Quinta reimpresión. Editorial San Marcos.

Castillo, R. (2020). Teoría de infracción de deber para determinar la participación del *extraneus* en delitos de colusión, por los operadores de justicia de Moyobamba 2020 [Tesis de pregrado, Universidad Cesar Vallejo, Moyobamba, Perú]. Repositorio de tesis de la Universidad Cesar Vallejo.

[https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/46613/Calle\\_TH-SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/46613/Calle_TH-SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Caro, J. A. (2003). Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber. *Anuario de Derecho Penal* 1(1), 49 - 71.

[https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an\\_2003\\_06.pdf](https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_06.pdf)

Ccallo, E. & Ticona, M. (2017). Interpretación y desarrollo de la teoría de infracción para delimitar la intervención de los *intraneus* y *extraneus* en los delitos de colusión y peculado [Tesis de pregrado, Universidad Nacional del Altiplano, Puno, Perú]. Repositorio de tesis de la Universidad Nacional del Altiplano

[http://repositorio.unap.edu.pe/bitstream/handle/UNAP/5800/Ccallo\\_Chavez\\_Elisban\\_David\\_Ticona\\_Calci\\_Mauro.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.unap.edu.pe/bitstream/handle/UNAP/5800/Ccallo_Chavez_Elisban_David_Ticona_Calci_Mauro.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Código penal (03/04/1991). Decreto Legislativo N° 635

Código Penal. (08/04/1991). Decreto Legislativo N° 635.

Constitución Política del Perú (29/12/ 1993). Congreso Constituyente Democrático.

- Coria, D. (1994). Sistema penal y mínima intervención: de una función simbólica a una función real. *THEMIS: Revista de Derecho*, 27(1), 183-194.  
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5109843.pdf>
- Daza, C. (1999). El funcionalismo hoy. *Revista de la facultad de derecho de México*, 228(1), 95-108.  
<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/227/dtr/dtr4.pdf>
- Real Academia española. (21/10/2018). Diccionario Panhispánico del Español Jurídico. [web RAE]. <https://dpej.rae.es/lema/tipo>
- Duran, M. (2016). La prevención general positiva como límite constitucional de la pena. *Revista de derecho*, 29(1), 275-259.  
<https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v29n1/art13.pdf>
- Elton, M. (2015). La experiencia de los principios morales: Kant y Tomas de Aquino. *Veritas*, 18(15), 45-69.  
<https://scielo.conicyt.cl/pdf/veritas/n33/art03.pdf>
- Goicochea, C. & Córdova, C. (2019). El principio de mínima intervención del derecho penal frente a los delitos de violación sexual de menor de edad. *IUS: Revista de Investigación de la Facultad de Derecho*, 1(2), 45-55.  
<http://revistas.usat.edu.pe/index.php/ius/article/view/273>
- Goite, M., Ruíz, A. (2016). Globalización derecho penal mínimo y privación de la libertad a 250 años de la obra cumbre de Beccaria. *Revista Prolegómenos Derecho y Valores*, 19(38), 109-126.  
<http://www.scielo.org.co/pdf/prole/v19n38/v19n38a08.pdf>

Gonzales, M. & Rodríguez, N. (2017). El *Ius Puniendi* del Estado sobre empleados públicos, el régimen sancionador de la Contraloría General de la República versus el régimen disciplinario de la Ley Servir [Tesis de pregrado, Universidad Nacional San Agustín, Arequipa, Perú]. Repositorio de tesis de la Universidad Nacional San Agustín.

<http://repositorio.unsa.edu.pe/bitstream/handle/UNSA/4386/Degopoma.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Hernández R., Fernández, C. & Batpista, M. (2010). *Metodología de la investigación*. McGrawHill.

Iracheta, F. (2007). Deber y finalidad en la ética de Kant. *Teoría Revista del Colegio de Filosofía*. 18(1), 165-189.

<http://www.revistas.unam.mx/index.php/theoria/article/view/31877/29440>

Infobae (17/11/2021). 18 gobernadores y 52 funcionarios son investigados por delitos de corrupción en el Perú. [Web-Noticias].

<https://www.infobae.com/america/peru/2021/10/26/corrupcion-en-el-peru-18-gobernadores-y-52-funcionarios-son-investigados-por-delitos-de-peculado-lavado-de-activos-y-colusion/>

Lizárraga, M. (2018). Trascendencia de la cuantía en el delito de peculado y su incidencia en el principio de mínima intervención [Tesis para optar el grado de maestría, Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, Arequipa, Perú]. Repositorio de tesis de la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa.

<http://repositorio.unsa.edu.pe/bitstream/handle/UNSA/8038/DEMliammz2.PDF?sequence=4&isAllowed=y>

Maguiña, M. (s.f.). Autoría y participación en los delitos contra la administración pública. Corte Superior de justicia de Ancash.

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cef3b3004525350aa365fb01a4a5d4c4/AUTOR%C3%8DA+Y+PARTICIPACI%C3%93N++EN+LOS+DELITOS+CONTRA+LA++ADMINISTRACI%C3%93N++P%C3%9ABLICA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=cef3b3004525350aa365fb01a4a5d4c4#:~:text=%E2%80%9Cintraneus%E2%80%9D.,la%20cualidad%20de%20funcionario%20publico>

Maletta, H. (2011). *Epistemología aplicada: Metodología y técnica de la producción científica*. Universidad Pacífico-Centro de investigación.

Marinucci, E. (2002). Derecho penal mínimo y nuevas formas de criminalidad. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2(9), 147-167.

<http://espacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2002-9-5060&dsID=Documento.pdf>

Martos, J. (1987). El principio de intervención penal mínimo. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, 40(1), 99-134.

<https://idus.us.es/xmlui/bitstream/handle/11441/72110/El%20principio%20de%20intervenci%C3%B3n%20penal%20m%C3%ADnima.pdf?sequence=1>

Mayta, N. (2019). Instigador *extraneus* como partícipe en los delitos especiales propios en la legislación penal peruana [Tesis de pregrado, Universidad Peruana Los Andes, Huancayo, Perú]. Repositorio de tesis de la Universidad Peruana Los Andes.

<http://repositorio.upla.edu.pe/bitstream/handle/UPLA/1176/TESIS%20NICOLAY%20MAYTA%20PE%C3%91A.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Medina, A. (2007). Los principios limitativos del *ius puniendi* y las alternativas a las penas privativas de libertad. *IUS: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, 19(1), 87-116.

<http://www.redalyc.org/pdf/2932/293222926005.pdf>

Merino, C. (2014). La suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad y fin de prevención general positiva en las sentencias condenatorias por delitos contra el patrimonio en los juzgados unipersonales de la provincia de Trujillo en el año 2010 [Tesis para optar el grado de doctor, Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo, Perú]. Repositorio de tesis de la Universidad Privada Antenor Orrego.

[http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/upaorep/728/1/MERINO\\_CARLOS\\_PENA\\_PRIVATIVA\\_CONDENATORIAS.pdf](http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/upaorep/728/1/MERINO_CARLOS_PENA_PRIVATIVA_CONDENATORIAS.pdf)

Nel, L. (2010). *Metodología de la investigación. Estadística aplicada en la investigación*. MACRO

Peña, A. (2016). La política criminal en contextos plurales: Bosquejo de una política criminal intercultural desde el Perú. *Anuario de Derecho Penal*, 1(1) 203- 220.

[http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an\\_2015\\_09.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2015_09.pdf)

Ochoa, C.; Guamán, K.; Hernández, E.; Ortega, C. & Castillo, J. (2021). La aplicación del principio de interculturalidad en las sentencias por el delito de peculado. ¿Discriminación inversa? *Revista Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores*, 8(6), 1-15.

<http://www.scielo.org.mx/pdf/dilemas/v8nspe3/2007-7890-dilemas-8-spe3-00013.pdf>

Ossandón, M. M. (2006). Delitos especiales y de infracción de deber en el Anteproyecto de Código Penal. *Política Criminal*, 1(1), 1-22. Recuperado de

<https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=896065081123020019088010113107115026058072085007048023105100088072106120090112026102107053023122008037061118078009009078097006048008022044047067081018000081124031003058092038115017105065080108008097120116074070116084076002091124089105019105122068099119&EXT=pdf&INDEX=TRUE>

Rosillo, A. (2012). Derecho penal mínimo y dialogo intercultural. *Revista de Estudios Jurídicos*, 23(1), 269-284.

<https://www.flowsurf3.net/c.php?cu=https%253A%252F%252Fdialnet.unirioja.es%252Fdescarga%252Farticulo%252F4816053.pdf&sh=dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4816053.pdf&l=MX&po=1&u=mbeh-20200909-2579647-flchff21&a=3100&tr=xlrg9p712d&keyword=derecho%2Bpenal%2Bmimo%2Bdialogo%2Bintercultural%2Bpdf&aid=5fd7b771549fe&t=8&bc=0&rt=1607972720.9491&n=4&loc=n>

RPP (12/03/2018). Detienen a funcionario de Cayma por uso irregular de auto de serenazgo. RRP-Noticias.

<https://rpp.pe/peru/arequipa/detienen-a-funcionario-de-cayma-por-uso-irregular-de-auto-de-serenazgo-noticia-1109867?ref=rpp>

Sala Penal Permanente. (12/07/2009). R.N. N° 238-2009-Puno.

<https://lpderecho.pe/principios-minima-intervencion-subsidiaridad-trabajadores-municipales-pierden-objeto-baja-significacion-r-n-238-2009-puno/>

Saldarriaga, V. (1990). Constitución, derecho y principios penales. *Derecho PUCP*, 43(44), 265-281.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6115/6124>

Salinas, R. (2016). La teoría de infracción de deber en los delitos de corrupción de funcionarios. *Actualidad Penal*, 40(1), 93-123.

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e741c08041bf820599c2ff49cfca7f5d/LA+TEOR%C3%8DA+DE+LOS+DELITOS+DE+INFRACCI%C3%93N+DE+DEBER1-SALINAS.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e741c08041bf820599c2ff49cfca7f5d>

Salinas, R. (2010). *El delito de peculado en la legislación, jurisprudencia y doctrina peruana*. Editorial Jurídica Grijley E.I.R.L.

Sánchez, P. (2015). Límites del derecho penal. Universidad de Navarra Departamento de Derecho Penal.

<https://www.unav.es/penal/iuspoenale/lecciones/2013%202%20Iuspoenale%20Principios%20de%20seguridad%20y%20respeto%20de%20la%20dignidad.pdf>

Sánchez, Y. (2020). Aplicación del principio de mínima intervención penal en el delito de extracción ilegal de especies acuáticas [Tesis para optar el título profesional de abogado, Universidad Señor de Sipán, Pimentel, Perú]. Repositorio de tesis de la Universidad Señor de Sipán.

<http://repositorio.uss.edu.pe/bitstream/handle/uss/6968/S%C3%A1nchez%20Lozano%20Yuleisy%20Joana.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Solís, A. (2008). *Metodología de la Investigación Jurídico Social*. Tercera edición. B y V distribuidores.

Sotomayor, J. (2013). *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado*. Tomo I. Grupo Editorial Ibañez.

Tribunal Constitucional (28/05/2020). Sentencia N° 1104-2020-PHC/TC.  
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/01104-2020-HC.pdf>

Tribunal Constitucional (03/05/2012). Sentencia N° 00017-2011-PI/TC.  
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00017-2011-AI.html>

Vara, A. (2010). *¿Cómo hacer una tesis en ciencias empresariales? Manual breve para los tesis de Administración, Negocios Internacionales, Recursos Humanos y Marketing*. Facultad de Ciencias Administrativas y Recursos Humanos de la Universidad de San Martín de Porres.

Velázquez, A. & Rey, N. (2010). *Metodología de la investigación científica*. Editorial San Marcos.

Villavicencio, F. (2006). *Derecho penal parte general*. Editorial Jurídica Grijley E.I.R.L.

Villabella, C. (2015). Los métodos de la investigación jurídica. Algunas precisiones. En W. Godínez & J. García, *Metodologías: Enseñanzas e investigaciones jurídicas*. Revista *Lecciones y Ensayos*, pp. 921-953. Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de Investigaciones Jurídicas de Posgrado.

Witker, J. & Larios, R. (1997). *Metodología jurídica*. MacGraw-Hill.



# **ANEXOS**

## MATRIZ DE CONSISTENCIA

**Tabla 4.**

*Matriz de consistencia*

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	CATEGORÍAS	METODOLOGÍA
<b>PROBLEMA GENERAL</b>	<b>OBJETIVO GENERAL</b>	<p><b>CATEGORÍA 1</b> <b>Delitos de infracción del deber</b></p> <p>Sub-categorías:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Fundamento de punibilidad</li> <li>• Deber extrapenal</li> <li>• Fundamento deontológico</li> </ul> <p><b>CATEGORÍA 2</b> <b>Derecho penal mínimo</b></p> <p>Sub-categorías:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Principio de subsidiariedad</li> <li>• Principio de fragmentariedad</li> <li>• Lesión insignificante (mínima)</li> </ul>	<p><b>Tipo y nivel de investigación</b> La investigación fue de tipo “Básico o Fundamental” con un nivel “Explicativo” y un enfoque cualitativo</p> <p><b>Diseño de investigación</b> Observacional</p> <p><b>Técnica de Investigación</b> Investigación documental, es decir, se usó solo los libros.</p> <p><b>Instrumento de Análisis</b> Se hizo uso del instrumento del fichaje.</p> <p><b>Procesamiento y Análisis</b> Los datos, que son las fichas, se procesaron por la hermenéutica que es a través de ellas se formó un marco teórico, a fin de responder a las preguntas de investigación</p> <p><b>Método General</b> Se utilizó el método y hermenéutico.</p> <p><b>Método Específico</b> Se puso en práctica la interpretación exegética e interpretación sistemático-lógica.</p>
¿De qué manera la postura ortodoxa de los delitos de infracción del deber contra la administración pública influye en la política criminal del derecho penal mínimo en el Estado peruano?	Analizar la manera en que influye la postura ortodoxa de los delitos de infracción del deber contra la administración pública en la política criminal del derecho penal mínimo en el Estado peruano.		
<b>PROBLEMAS ESPECÍFICOS</b>	<b>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</b>		
¿De qué manera la postura ortodoxa de los delitos de infracción del deber contra la administración pública influye en el principio de subsidiariedad del derecho penal mínimo en el Estado peruano?	Identificar la manera en que influye la postura ortodoxa de los delitos de infracción del deber contra la administración pública en el principio de subsidiariedad del derecho penal mínimo en el Estado peruano.		
¿De qué manera la postura ortodoxa de los delitos de infracción del deber contra la administración pública influye en el principio de fragmentariedad del derecho penal mínimo en el Estado peruano?	Determinar la manera en que influye la postura ortodoxa de los delitos de infracción del deber contra la administración pública en el principio de fragmentariedad del derecho penal mínimo en el Estado peruano.		
¿De qué manera la postura ortodoxa de los delitos de infracción del deber contra la administración pública influye en la lesión insignificante del derecho penal mínimo en el Estado peruano?	Examinar la manera en que influye la postura ortodoxa de los delitos de infracción del deber contra la administración pública en la lesión insignificante del derecho penal mínimo en el Estado peruano.		

*Nota.* La matriz explica de manera directa, didáctica y puntual el objetivo de la tesis y la forma en como realizo su ejecución y brindar el aporte esperado.

## **CONSENTIMIENTO INFORMADO**

La misma situación que las consideraciones éticas, el consentimiento informado corre con la misma naturaleza, en otras palabras, de que se obtenga los permisos de la persona a quién se va a aplicar los instrumentos de recolección de datos, sin embargo, al ser dogmática jurídica, no es imprescindible ningún consentimiento informado.

## **EVIDENCIAS FOTOGRÁFICAS**

*Al no ser un trabajo de campo, no fue necesario tomar fotografía alguna, pues fue un trabajo de análisis documental.*

## COMPROMISO DE AUTORÍA

En la fecha, yo Luis Ángel Enrique Meza, identificado con DNI N° 70077738, domiciliado en la Mz. Q. Lote N°14, urbanización Sala, del distrito de El Tambo, provincia de Huancayo y departamento de Junín, estudiante de la Maestría en Derecho y Ciencias Políticas, mención: Ciencias Penales en la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes, me **COMPROMETO** a asumir las consecuencias administrativas y/o penales que hubiera lugar si en la elaboración de mi investigación titulada “**LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DEL DEBER Y EL DERECHO PENAL MÍNIMO EN EL PERÚ – 2021**”, se haya considerado datos falsos, falsificación, plagio, auto plagio, etc. y declaro bajo juramento que mi trabajo de investigación es de mi autoría y los datos presentados son reales y he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas.

Huancayo, 28 de febrero del 2022



  
\_\_\_\_\_  
**Luis Ángel Enrique Meza**