

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

TESIS:

FUNDAMENTO JURÍDICO INVOCADO POR EL JUZGADO PENAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS DE CAJAMARCA, RESPECTO AL DAÑO PATRIMONIAL, EN EL DELITO DE PECULADO DOLOSO DURANTE LOS AÑOS 2019 - 2021

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

Presentada por:

Bachiller: ANDRÉ ANTONIO LOBATÓN CARBAJAL

Asesor:

Dr. JUAN CARLOS TELLO VILLANUEVA

Cajamarca – Perú

2022

COPYRIGHT © 2022 by
ANDRÉ ANTONIO LOBATÓN CARBAJAL
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

TESIS APROBADA:

**FUNDAMENTO JURÍDICO INVOCADO POR EL JUZGADO PENAL
ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS
DE CAJAMARCA, RESPECTO AL DAÑO PATRIMONIAL, EN EL
DELITO DE PECULADO DOLOSO DURANTE LOS AÑOS 2019 - 2021**

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

Presentada por:

Bachiller: ANDRÉ ANTONIO LOBATÓN CARBAJAL

JURADO EVALUADOR

Dr. Juan Carlos Tello Villanueva
Asesor

Dr. Omar Nathanael Álvarez Villanueva
Jurado Evaluador

Dr. Alcides Mendoza Coba
Jurado Evaluador

Dr. Saúl Alexander Villegas Salazar
Jurado Evaluador

Cajamarca – Perú

2022



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

Escuela de Posgrado
CAJAMARCA - PERU



PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

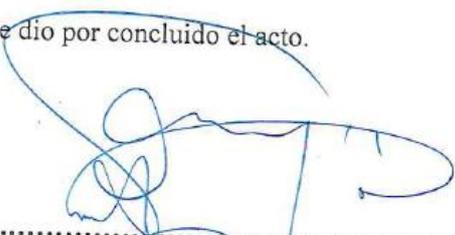
ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

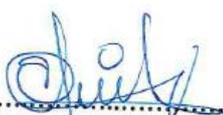
Siendo las 18:50 horas, del día 26 de agosto de dos mil veintidós, reunidos en el aula 1A del local del Centro de Idiomas de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **Dr. OMAR NATHANAEL ÁLVAREZ VILLANUEVA**, **Dr. ALCIDES MENDOZA COBA**, **Dr. SAÚL ALEXANDER VILLEGAS SALAZAR**, y en calidad de Asesor el **Dr. JUAN CARLOS TELLO VILLANUEVA**, Actuando de conformidad con el Reglamento Interno y el Reglamento de Tesis de Maestría de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada **“FUNDAMENTO JURÍDICO INVOCADO POR EL JUZGADO PENAL ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS DE CAJAMARCA, RESPECTO AL DAÑO PATRIMONIAL, EN EL DELITO DE PECULADO DOLOSO DURANTE LOS AÑOS 2019-2021”**, presentada por el **Bachiller en Derecho ANDRE ANTONIO LOBATON CARBAJAL**.

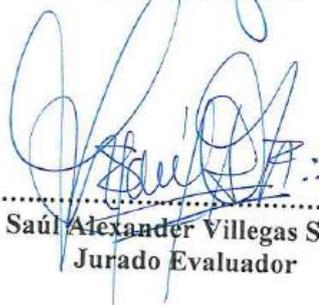
Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó... Aprobado... con la calificación de Diciembre (18)... la mencionada Tesis; en tal virtud, el **Bachiller en Derecho ANDRE ANTONIO LOBATON CARBAJAL**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de la Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**.

Siendo las 19:45 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.


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


.....
Dr. Omar Nathanael Alvarez Villanueva
Jurado Evaluador


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


.....
Dr. Saúl Alexander Villegas Salazar
Jurado Evaluador

DEDICATORIA

A: **DIOS**, que me da la oportunidad de vivir y
seguir aprendiendo

AGRADECIMIENTO

A la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, por haberme brindado las herramientas adecuadas para llevar a cabo, de manera satisfactoria, mis estudios superiores.

Y, en especial, al Dr. Juan Carlos Tello Villanueva, quien me brindó su apoyo indispensable en el desarrollo del presente trabajo de investigación, el mismo que, sin él, no hubiese podido culminar.

TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA.....	v
AGRADECIMIENTO.....	vi
TABLA DE CONTENIDO.....	vii
LISTA DE ABREVIACIONES.....	ix
GLOSARIO.....	x
RESUMEN.....	xi
<i>ABSTRACT</i>	xii
INTRODUCCIÓN.....	xiii
CAPÍTULO I.....	1
ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	1
1.1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	1
1.1.1. Contextualización del problema.....	1
1.1.2. Planteamiento del Problema.....	7
1.1.3. Formulación del Problema.....	9
1.2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	10
1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	12
1.3.1. Objetivo General.....	12
1.3.2. Objetivos Específicos.....	12
1.4. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	13
1.4.1. Delimitación espacial.....	13
1.4.2. Delimitación temporal.....	14
1.5. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN.....	14
1.6. TIPO DE LA INVESTIGACIÓN.....	14
1.6.1. De acuerdo al fin que persigue.....	14
1.6.2. De acuerdo al diseño de la investigación.....	15
1.6.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan.....	16
1.7. HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN.....	17
1.8. MÉTODOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	17
1.8.1. Genéricos.....	17
1.8.2. Propios del Derecho.....	18
1.9. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN.....	18
1.9.1. Técnicas de investigación.....	18
1.9.2. Instrumento de recolección de datos.....	19
1.10. POBLACIÓN Y MUESTRA.....	19
1.10.1. Población.....	19
1.10.2. Muestra.....	20

1.11. ESTADO DE LA CUESTIÓN.....	21
MARCO TEÓRICO	23
2.1. ASPECTOS IUS - FILOSÓFICOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	23
2.2.1. El Derecho como discurso	23
2.2.2. El positivismo metodológico	27
2.2. ASPECTOS DOCTRINARIOS DEL PROBLEMA	30
2.2.1 La Teoría del Delito	31
2.1.2. Elementos del tipo objetivo.....	56
2.1.3. Análisis dogmático del delito de peculado doloso.....	59
CAPÍTULO III	69
CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.....	69
3.1. EL DAÑO PATRIMONIAL COMO ELEMENTO OBJETIVO DEL TIPO	69
3.2. DESCRIPCIÓN DE SENTENCIAS CONDENATORIAS POR LA COMISIÓN DEL DELITO DE PECULADO	74
3.3. ANÁLISIS DE RESULTADOS	86
3.3.1. Sentencias que consideran al daño patrimonial como elemento objetivo del tipo en el delito de peculado doloso.....	87
3.3.2. Nivel de fundamentación de las sentencias analizadas.....	89
3.4. INTERPRETACIÓN DE LA INFORMACIÓN EXPUESTA.....	90
3.4.1. Universo de sentencias analizadas	91
3.4.2. Sentencias que consideran al daño patrimonial como elemento del tipo objetivo.....	92
3.4.3. Sentencias que no consideran al daño patrimonial como elemento del tipo objetivo	93
3.4.4. Sentencias que no realizan mención alguna en cuanto al daño patrimonial	94
3.4.5. Desarrollo argumentativo de las sentencias analizadas.....	95
3.4.6. Sentencias con nivel de argumentación medio.....	97
3.4.7. Sentencias con nivel de argumentación bajo.....	98
CAPÍTULO IV	100
PROTOCOLO PARA LA ARGUMENTACIÓN JUDICIAL EN EL DELITO DE PECULADO DOLOSO	100
CONCLUSIONES	104

LISTA DE ABREVIACIONES

C.P.P: Constitución Política del Perú.

C.P: Código Penal peruano de 1991.

C.P.P.2004: Código Procesal Penal de 2004.

D.P: Derecho Penal.

Exp: Expediente Judicial.

R.N: Recurso de Nulidad

GLOSARIO

Elementos objetivos del tipo penal: Son elementos incluidos por el legislador para que configuren una determinada conducta típica.

Daño patrimonial: Consiste en el perjuicio o desmedro efectivo sufrido en el patrimonio de la Administración Pública, a causa del accionar desplegado por el sujeto activo.

Fundamento jurídico: Argumento lógico y racional, mediante el cual, se procura sostener una posición doctrinal. Es así como, en las siguientes páginas que conforman el presente trabajo, se entenderá por fundamentos jurídicos a aquellos argumentos esbozados por la dogmática penal y la práctica judicial, en lo concerniente al daño patrimonial en el delito de peculado doloso.

RESUMEN

El fundamento jurídico seguido por el Juzgado Penal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, durante los años 2019-2021, para considerar al daño patrimonial como elemento objetivo del tipo se realiza sobre la base, de que, para poder configurar el delito de peculado doloso es necesaria la materialización de un efectivo perjuicio patrimonial en los bienes de la entidad agraviada. Frente al problema de investigación advertido, corresponderá determinar si -en el ejercicio de la función jurisdiccional- el precitado órgano judicial construye su postura con base a los fundamentos o argumentos desarrollados en sede doctrinal, en lo referido a si el daño patrimonial forma parte del tipo objetivo del delito de peculado doloso.

Con la finalidad de esclarecer esta problemática, el presente trabajo identificó los alcances del tipo objetivo para la configuración de este delito, a su vez que, se analizó el fundamento jurídico seguido -en la práctica judicial- por el Juzgado Penal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, respecto al daño patrimonial, en el delito de peculado doloso durante los años 2019-2021 al momento de dictar sentencia en la comisión del referido delito. Esto, con el objetivo de advertir de qué manera se concibe al daño patrimonial en el devenir de la práctica jurisdiccional y, de esta manera, proponer un protocolo interpretativo que adecue las posturas difusas identificadas.

Palabras clave: Fundamento jurídico, delito de peculado doloso, elementos objetivos del tipo penal, daño patrimonial.

ABSTRACT

The legal basis followed by the Specialized Criminal Court for Corruption Crimes of Cajamarca officials, during the years 2019 - 2021, to consider property damage as an objective element of the type, is carried out on the basis that, in order to configure the crime of Malicious embezzlement, it is necessary to materialize an effective patrimonial damage in the assets of the affected entity. Faced with the problem of investigation warned, it is necessary to determine if in the exercise of the jurisdictional function its position is built based on the foundations developed in doctrinal headquarters regarding whether the patrimonial damage conforms the objective type of the crime of fraudulent embezzlement.

To clarify this problem, the present work identified the scope of the objective type for the consummation of this crime, in turn, the legal basis followed in judicial practice by the Criminal Court Specialized in Crimes of Corruption of Public Officials was analyzed. Cajamarca, regarding Property Damage in the Crime of Malicious Embezzlement during the years 2019-2021, at the time of sentencing in the commission of the indicated crime, with the aim of clarifying how property damage is conceived in the future of the jurisdictional practice and thus propose an interpretive protocol that adapts the diffuse positions identified.

Keywords: Legal basis, crime of painful embezzlement, objective elements, patrimonial damage.

INTRODUCCIÓN

Una de las problemáticas que puede advertirse al momento de calificar una conducta es la de identificar los elementos objetivos del tipo penal; así, dada la fórmula legal adoptada en el delito de peculado doloso, no existe una postura pacífica -tanto en la doctrina como en la práctica jurisdiccional- respecto al daño patrimonial; sobre ello, existe un vivo debate acerca de si debemos o no considerarlo como parte de la tipicidad objetiva. No obstante, en aras de garantizar la vigencia del principio de legalidad, así como, de evitar una eventual interpretación contradictoria del delito aquí tratado frente a otras figuras delictivas, cabe determinar si es que el daño patrimonial constituye o no un elemento objetivo del tipo.

En tal sentido, en sede judicial, tal como se adelantó, no existe un consenso al respecto. Sobre ello, la Corte Suprema, mediante el recurso de nulidad N.º 158-2017/Ancash, ha considerado -en su quinto y sexto fundamento respectivamente- que para determinar configurado el delito *sub examine*, es necesaria la presencia de una pericia contable que permita demostrar una afectación del erario público, pues -en caso contrario- no se estaría produciendo una efectiva lesión al bien jurídico protegido.

No obstante, en el recurso de nulidad N.º 1941-2017 emitido -también- por la Corte Suprema se sostiene, en su considerando número seis, que, a pesar de, haber sido devueltos los bienes apropiados o utilizados por el funcionario público, el delito igual se encuentra configurado, pues se produjo una afectación al patrimonio de la entidad agraviada, lo cual, *per se*, ya determina la realización de la conducta prevista en el artículo 387 del Código Penal vigente.

Es así que, según el argumento anteriormente indicado, no importa que se haya devuelto el patrimonio perjudicado a la Administración Pública, pues de todos modos queda configurado el delito de peculado doloso, convirtiendo -en consecuencia- al daño patrimonial en un elemento objetivo del tipo penal bajo análisis.

Frente a lo planteado, cabe sostener que -también- en sede doctrinal existen dos tendencias de pensamiento distintas. Al respecto, autores como Abanto (2003), -quien parte de un análisis comparado con lo regulado en la legislación argentina- considera que en sede nacional ha quedado establecida una fuerte tendencia de protección patrimonial, ello en virtud de la presencia del delito de malversación. Sobre ello, el citado autor, atendiendo a la naturaleza particular del delito, considera al patrimonio como bien jurídico protegido; no obstante, por tratarse de caudales del Estado, éste tiene un tratamiento especial en donde el solo peligro implica su vulneración.

En esta última postura, de considerar al daño patrimonial como elemento del tipo objetivo del delito de Peculado, existen dos posiciones disímiles entre sí. La primera de ellas, parte desde la consumación del delito; de esta manera, al tratarse de un tipo penal de resultado inmediato, para su configuración es necesaria la causación de un efecto separable en el espacio-tiempo con la acción que lo produjo, lo cual, quedaría determinado cuando se evidencia el perjuicio patrimonial en detrimento de la entidad pública, no pudiendo configurarse con la sola puesta en peligro de dicho patrimonio, pues atenta contra la cualidad específica que dicho delito posee (Fontán, 2004).

Frente a lo expuesto, surgen otras posturas en virtud de las cuales no es necesario un efectivo desmedro en el patrimonio del Estado representado por

la entidad pública en cuestión; sino que, para su configuración, basta la presencia de una separación del patrimonio disminuido de la esfera pública en favor del funcionario u otra persona (Creus, 1981). Misma postura es defendida por Abanto (2003), quien como sostuvimos líneas atrás, plantea una definición del patrimonio público como bien jurídico protegido de este delito, el cual, para determinar la causación de un resultado, solo debe ser separado del dominio de la Administración Pública.

Relativo a lo aquí tratado, concierne al principio de lesividad, así, en virtud a éste, es necesario para poder considerar a una conducta como delito, la efectiva vulneración de un bien jurídico protegido entendido como aquella construcción dialéctica entre lo valorativo y la realidad que, por medio del consenso en una sociedad, resulta merecedor de tutela estatal a través del Derecho Penal (Hurtado, 1987). En consecuencia, el lograr determinar cuándo se efectiviza una lesión a dicho bien jurídico constituye un punto de partida en *pro* de determinar si se debe o no considerar al daño patrimonial como elemento objetivo del tipo, ello en el marco de una concepción funcionalista, la cual, tiene como objetivo la prosecución de fines político-criminales previamente establecidos (Mir, 2011).

Ahora bien, teniendo en cuenta lo hasta aquí desarrollado, conviene avocarse a que dada la redacción típica del delito de peculado, éste guarda una cercana relación con el delito de malversación de fondos tipificado en el artículo 389 del Código Penal; por tanto, si se le da un tratamiento diferente, en cuanto a considerar al daño patrimonial como elemento objetivo del tipo, se estaría afectando el principio de igualdad, en el sentido de que, a dos conductas

esencialmente similares, se les da un desarrollo distinto sin basarse en un criterio objetivo que legitimase tal diferencia (Abanto, 2003).

Lo expresado en el párrafo precedente, tiene cercana relación con el principio de seguridad jurídica, pues -tal y como quedó ejemplificado anteriormente- en sede judicial se tiende a darle distintos alcances e interpretaciones que nublan una correcta aplicación del tipo penal en cuestión, tornando, en consecuencia, como poco predecible el fallo jurisdiccional que al respecto se realice. En igual sentido, ha quedado interpretado el principio de seguridad jurídica por parte del Tribunal Constitucional mediante la sentencia N.º 0016-2002-AI/TC, la cual, en su tercer fundamento, sostiene la importancia de la predictibilidad de las sentencias judiciales en el marco de una situación jurídica que termine comprometiendo la vigencia de Derechos Fundamentales.

Es así que, se tiene como objetivo general identificar el fundamento jurídico invocado por el Juzgado Penal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, respecto al daño patrimonial, en el delito de peculado doloso durante los años 2019-2021.

En consecuencia, en *pro* de alcanzar tal objetivo, en el Capítulo I, se sintetizan los aspectos metodológicos de la presente investigación. En el Capítulo II, se estructura el marco teórico en dos partes: el primero, dedicado a los aspectos *ius-filosóficos* de la investigación; y, el segundo, a los aspectos doctrinarios del problema. En el Capítulo III, se desarrolla la contrastación de la hipótesis, misma que se ha dividido en cuatro partes: en la primera, se discuten las posturas doctrinales y jurisprudenciales respecto al daño patrimonial como elemento objetivo del tipo penal del delito de peculado; en la segunda, se describen las sentencias condenatorias que fueron materia de nuestra unidad

de análisis; en la tercera, se realiza el análisis de resultados; y, en la cuarta, se interpreta la información descrita o expuesta. Y en el Capítulo IV, se propone un protocolo para la argumentación judicial en el delito de peculado doloso.

Finalmente, en las conclusiones se condensan los hallazgos de la investigación, con base a las cuales, se propone un protocolo que sirva como directriz orientadora en la interpretación del delito de peculado doloso por parte de los órganos jurisdiccionales competentes en la ciudad de Cajamarca.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1.1. Contextualización del problema

La Teoría del Delito constituye la característica más elaborada del Derecho Penal, pues, en ésta se desarrollan todos los límites que circunscriben el parámetro dentro del cual puede actuar el legislador para tipificar determinadas conductas como criminales (Mir, 2015). En tal sentido, de la evolución que ésta ha tenido desde finales del siglo decimonónico hasta la década de los setenta, se puede decir que ha atravesado por distintas corrientes, pasando así desde los postulados causalistas, hasta el funcionalismo teleológico, el cual goza de mayor vigencia en la actualidad (Muñoz y García, 2010).

De esta manera, teniendo como escenario lo indicado en el párrafo precedente, se erige la tipicidad como categoría delictiva; no obstante, cabe indicar que ello no siempre fue así, pues hacia finales del último decenio de la vigésima centuria, se hallaban en auge las ciencias de la naturaleza y, en consecuencia, se estudiaba al delito tal y como éstas lo hacían con su objeto de estudio, razón por la que, el análisis de los distintos elementos que diferenciaban una conducta delictiva de otra quedaba -

completamente- comprendido por la antijuridicidad (Hurtado, 1987).

A pesar de lo expuesto, los postulados explicados anteriormente se basaban en una postura positivista, en consecuencia, observaban y estudiaban al delito como un hecho externo ajeno a valoraciones que sobre él pudiesen realizarse; no obstante, el advenimiento de las ideas neo-kantianas trajo consigo el fundamento de que el delito no queda únicamente constituido por ser un hecho externo libre de valoraciones, sino que, por el contrario, éste se debe explicar desde su significado valorativo (Mir, 2011).

Sin embargo, no fue sino hasta la década de 1930 que, mediante el arribo de los planteamientos finalistas en la comprensión de la Teoría del Delito, la tipicidad se erigió como una categoría delictiva independiente, ello en virtud a que, distinto a los planteamientos neo-kantianos, el finalismo propone la presencia de estructuras lógico-objetivas que se hallan en un plano ontológico que limitan el actuar legislativo, siendo así “la acción final (guiada por una finalidad) es para Welzel una de esas estructuras ontológicas” (Mir, 2011, p. 164).

En tal sentido, al no poder desprenderse del análisis valorativo que de la acción se realice la finalidad por la que ésta ha sido guiada, y al ser la antijuridicidad un juicio de valor sobre el hecho, su comprensión no puede únicamente limitarse a los elementos

objetivos que condicionan su realización; sino que, a su vez, resulta necesario analizar los elementos subjetivos que la componen, surgiendo así dentro la categoría delictiva de tipicidad, los elementos subjetivos del tipo (Hurtado, 1987).

En el ordenamiento jurídico nacional, un problema que se presenta en cuanto a la identificación de los elementos objetivos del tipo que se encuentran en la fórmula legal adoptada para plasmar el delito de peculado doloso, pues tal y como éste se halla comprendido, no se logra evidenciar de manera pacífica si es que el daño patrimonial implica -o no- un elemento objetivo del tipo. No obstante, en aras de garantizar la vigencia del principio de legalidad; así como, de evitar una eventual interpretación contradictoria del delito aquí tratado frente a otras figuras delictivas, cabe determinar si es que el daño patrimonial constituye o no un elemento objetivo del tipo.

De esta manera, a nivel jurisprudencial -tampoco- existe consenso para optar por una u otra postura. En tal sentido, la Corte Suprema mediante el Recurso de Nulidad N.º 158-2017/Ancash, ha considerado -en su quinto y sexto fundamento respectivamente- que para considerar configurado el delito *sub examine* es necesaria la presencia de una pericia contable que permita demostrar una afectación del erario público; pues, en caso contrario, no se estaría produciendo una efectiva lesión al bien jurídico protegido.

No obstante, en el Recurso de Nulidad N.º 1941-2017 emitido, también por la Corte Suprema, se sostiene en su considerando número seis que, a pesar de, haber sido devueltos los bienes apropiados o utilizados por el funcionario público, el delito igual se encuentra configurado, pues se produjo una afectación al patrimonio de la entidad agraviada, lo cual, *per se* ya determina la realización de la conducta prevista en el artículo 387 del Código Penal vigente. Es así como, según el argumento anteriormente indicado, no importa que se haya devuelto el patrimonio perjudicado a la Administración Pública, pues de todos modos queda configurado el delito de peculado doloso, convirtiendo -en consecuencia- al daño patrimonial, en un elemento objetivo del tipo penal en cuestión.

Dado el escenario descrito, conviene aclarar que no solo es a nivel jurisprudencial en donde no hay certeza en cuanto al tratamiento jurídico que el daño patrimonial merece; sino que, éste también se traslada a sede doctrinal en donde existen dos tendencias de pensamiento claramente definidas. Al respecto, autores como Abanto (2003), -quien parte de un análisis comparado con lo regulado en la legislación argentina- considera que en sede nacional ha quedado establecida una fuerte tendencia de protección patrimonial, ello en virtud de la presencia del delito de malversación. Sobre ello, el citado autor, atendiendo a la naturaleza particular del delito, considera al patrimonio como bien jurídico protegido; no obstante, por tratarse de caudales del

Estado, éste tiene un tratamiento especial en donde el solo peligro implica su vulneración.

En esta última perspectiva, de considerar al daño patrimonial como elemento del tipo objetivo del delito de peculado, existen dos posiciones disímiles entre sí. La primera de ellas, parte desde la consumación del delito. De esta manera, al tratarse de un tipo penal de resultado inmediato, para su configuración es necesaria la causación de un efecto separable en el espacio-tiempo con la acción que lo produjo, lo cual, quedaría determinado cuando se evidencia el perjuicio patrimonial en detrimento de la entidad pública, no pudiendo configurarse con la sola puesta en peligro de dicho patrimonio, pues atenta contra la cualidad específica que el referido delito posee (Fontán, 2004).

Frente a lo expuesto, surgen otras posturas -en virtud de las cuales- no es necesario un efectivo desmedro en el patrimonio del Estado representado por la entidad pública en cuestión; sino que, para su configuración basta la presencia de una separación del patrimonio disminuido de la esfera pública en favor del funcionario u otra persona (Creus, 1981). Misma postura es defendida por Abanto (2003), quien como sostuvimos líneas atrás, plantea una definición del patrimonio público como bien jurídico protegido de este delito, el cual, para determinar la causación de un resultado, solo debe ser separado del dominio de la Administración Pública.

Relativo a lo aquí tratado, concierne al principio de lesividad, así, en virtud de éste, es necesario para poder considerar a una conducta como delito, la efectiva vulneración de un bien jurídico protegido, entendido como aquella construcción dialéctica entre lo valorativo y la realidad que, por medio del consenso en una sociedad, resulta merecedor de tutela estatal a través del Derecho Penal (Hurtado, 1987). En consecuencia, el lograr determinar cuándo se efectiviza una lesión a dicho bien jurídico constituye un punto de partida en pro de determinar si se debe o no considerar al daño patrimonial como elemento objetivo del tipo, ello en el marco de una concepción funcionalista, la cual, tiene como objetivo la prosecución de fines político-criminales previamente establecidos (Mir, 2011).

Ahora bien, teniendo en cuenta lo hasta aquí desarrollado, conviene avocarse a que dada la redacción típica del delito de peculado, éste guarda una cercana relación con el delito de malversación de fondos comprendido en el artículo 389 del Código Penal; por tanto, si se le da un tratamiento diferente, en cuanto a considerar al daño patrimonial como elemento objetivo del tipo, se estaría afectando el principio de igualdad, en el sentido de que, a dos conductas esencialmente similares, se les da un desarrollo distinto sin basarse en un criterio objetivo que legitimase tal diferencia (Abanto, 2003).

Lo expresado en el párrafo precedente, tiene cercana relación con el principio de seguridad jurídica, pues -tal y como quedó ejemplificado anteriormente- en sede judicial se tiende a darle distintos alcances e interpretaciones que nublan una correcta aplicación del tipo penal en cuestión, tornando en consecuencia, poco predecible el fallo jurisdiccional que al respecto se realice. En igual sentido, ha quedado interpretado el principio de seguridad jurídica por parte del Tribunal Constitucional mediante la sentencia N.º 0016-2002-AI/TC, la cual, en su tercer fundamento, sostiene la importancia de la predictibilidad de las sentencias judiciales en el marco de una situación jurídica que termine comprometiendo la vigencia de Derechos Fundamentales.

1.1.2. Planteamiento del Problema

Es así como, el principio de seguridad jurídica que implica una previsibilidad de las sentencias judiciales cuando casos concernientes al delito de peculado se presenten, se deberá determinar cómo es que en la práctica judicial éstos han sido fundamentados, para de allí, poder concluir si es que - efectivamente- se halla un sustento teórico que permita establecer parámetros mínimos que garanticen la vigencia de la seguridad jurídica

Ante ello, surge la problemática de identificar cuál es el fundamento jurídico seguido por el Juzgado Penal Especializado

en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, con la finalidad de determinar si se siguen los mismos criterios desarrollados por la dogmática jurídico-penal para considerar -o no- al daño patrimonial como un elemento del tipo objetivo en el delito de peculado; y si es que, además, se toman en cuenta las críticas a las distintas perspectivas doctrinales que diferencian una u otra postura al momento de sustentar las sentencias condenatorias en la comisión de los delitos de peculado durante los años 2019-2021.

En tal sentido, de un análisis preliminar respecto a las sentencias emitidas por el Juzgado Penal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, se tiene que existen contradicciones entre las mismas, no definiéndose de manera precisa, si el daño patrimonial constituye o no un elemento objetivo del tipo en el delito de peculado doloso. En tal sentido, tanto en los expedientes N.º 00219-2015-2-0603-JR-PE-01, 00690-2018-2-0601-JR-PE-07 y 00238-2017-44-0610-JR-PE-02, no se exige la verificación del daño patrimonial para considerar consumado el delito; no obstante, en los expedientes N.º 096-2017-24-0603-JR-PE-01 y 223-2016-63-0603-JR-PE-01, sí se requiere la verificación de dicho daño a fin de poder corroborar la configuración del delito.

Frente a ello, la investigación realizada buscó analizar el contenido de las sentencias judiciales emitidas por el Juzgado Penal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, en las cuales, se resuelve acreditar responsabilidad penal por la comisión del delito de peculado doloso, durante los años anteriormente señalados.

Lo sostenido tuvo por finalidad determinar si el fundamento jurídico, bajo el cual, el Juzgado Penal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca sustenta sus decisiones, encuentra su origen en lo interpretado por la doctrina del Derecho Penal; y, con base a ello, desarrollar una nueva perspectiva de interpretación por medio de la exposición de un protocolo que les sirva a los operadores jurisdiccionales resolver lo concerniente al delito de peculado doloso.

De esta manera, surgió la siguiente pregunta de investigación:

1.1.3. Formulación del Problema

¿Cuál es el fundamento jurídico invocado por el Juzgado Penal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, respecto al daño patrimonial, en el delito de peculado doloso durante los años 2019-2021?

1.2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La importancia de la presente investigación puede ser observada desde diversas perspectivas, es por ello que, en las líneas sucesivas se detalló cada una de ellas y cómo se han reflejado en el posterior trabajo investigativo. De esta manera, en primer lugar, destaca el análisis dogmático que del delito de peculado doloso se realizó; pues, dado que, el objetivo es determinar cuál es el fundamento jurídico invocado por el Juzgado Penal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, respecto al daño patrimonial, en el delito de peculado doloso durante los años 2019-2021, se debe desarrollar -previamente- los alcances teóricos y doctrinales que respecto al referido delito se han esgrimido, tanto a nivel jurisprudencial como doctrinal.

A su vez, el conocimiento del fundamento jurídico que sustenta las decisiones emanadas por el Juzgado Penal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca resulta fundamental, con la finalidad de entender cómo es que se entiende y aplica el conocimiento dogmático previamente construido. Así, el análisis de dicho fundamento jurídico supone -también- un estudio de la lógica presente detrás de las decisiones jurisdiccionales del órgano judicial competente, a fin de determinar si existe una consecuencia entre las premisas planteadas y la decisión arribada.

En tercer lugar, también, importa una perspectiva valorativa; pues se hallan comprometidos distintos principios jurídicos que irradian el sistema jurídico nacional. En efecto, el entender la fundamentación de

las decisiones jurisdiccionales, así como, su construcción lógica es de vital importancia si se busca mantener la vigencia y oponibilidad del principio de seguridad jurídica, con la finalidad de lograr obtener decisiones jurisdiccionales acordes a los actuales estándares de justicia material.

Asimismo, la investigación que se realizó sirve para conocer cómo es que, en el entorno real, se aplica el Derecho; y para poder determinar si es que éste encuentra su cimiento en los trabajos realizados a nivel doctrinario con respecto a la determinación del daño patrimonial como elemento objetivo del tipo del delito de peculado doloso por parte del Juzgado Penal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca durante los años 2019-2021. En este sentido, el descubrimiento de las inconsistencias y debilidades en el fundamento legal planteado en los escenarios teóricos y prácticos -anteriormente referidos- permite mejorar las sugerencias legales, incluyendo la realización de estándares que busquen homogeneizar en el contexto de lo descrito.

Por lo tanto, la presente investigación sirve como un aporte académico al desarrollo de la práctica judicial nacional y a la ciencia del Derecho Penal hasta el momento; pero -al mismo tiempo- brindó un parámetro explicativo que nos acercó a la realidad judicial de Cajamarca. De allí que, se afirme que constituye un mejor conocimiento en lo que respecta a la impartición de la justicia local.

1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.3.1. Objetivo General

Identificar el fundamento jurídico invocado por el Juzgado Penal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, respecto al daño patrimonial, en el delito de peculado doloso durante los años 2019-2021.

1.3.2. Objetivos Específicos

- A.** Analizar el desarrollo dogmático del delito de peculado doloso, con la finalidad de identificar si el daño patrimonial constituye un elemento objetivo del tipo.
- B.** Describir el fundamento jurídico expuesto por el Juzgado Penal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, para considerar al daño patrimonial como elemento objetivo del tipo en las sentencias condenatorias por la comisión del delito de peculado doloso.
- C.** Proponer un protocolo de argumentación para la construcción del razonamiento jurisdiccional en lo concerniente a la comisión del delito de peculado doloso en el Juzgado Penal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca.

1.4. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Considerando que, el problema de investigación se encuentra enmarcado dentro del área relativa al Derecho Penal, especialmente en cuanto a una categoría delictiva, como lo es la tipicidad, la investigación en cuestión tiene como finalidad exponer el fundamento jurídico utilizado por el Juzgado Penal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca para considerar al daño patrimonial como elemento del tipo objetivo en la comisión del delito de peculado doloso.

1.4.1. Delimitación espacial

En el caso de la delimitación espacial, el estudio de la legislación pertinente se limita a su desarrollo interno, es decir, se estudia la normativa peruana, consistente en principios y normas constitucionales, así como, las normas de Derecho Penal. En cuanto al análisis de la doctrina, el estudio -tanto- de la dogmática nacional como de la doctrina internacional, se realizó de acuerdo con la evolución de las distintas figuras jurídicas estudiadas. Finalmente, la investigación de la casuística se efectuó tomando en cuenta las decisiones judiciales que confieren responsabilidad penal por la comisión del delito de peculado doloso en el Juzgado Penal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca.

1.4.2. Delimitación temporal

El desarrollo investigativo se enmarca en lo referido a una investigación de tipo longitudinal, dado que, para determinar cuál es el fundamento jurídico invocado por el Juzgado Penal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca para considerar al daño patrimonial como elemento objetivo del tipo en el delito de peculado doloso, se analizaron las sentencias judiciales emitidas por el precitado órgano jurisdiccional entre los años 2019-2021.

1.5. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN

Uno de los problemas con los que nos encontramos en el desarrollo investigativo, ha sido el de obtener la muestra de sentencias con las cuales se ha trabajado. En ese sentido, la excesiva burocracia, así como, las propias limitaciones de la Administración Pública, ralentizaron el desarrollo de la presente tesis. Tampoco, se mencionan datos personales de las personas protagonistas de los procesos que sirvieron como evidencia empírica, bajo consideraciones éticas y morales.

1.6. TIPO DE LA INVESTIGACIÓN

1.6.1. De acuerdo al fin que persigue

La presente investigación es de carácter básica. Sobre ello, se puede indicar que este tipo de investigación tiene como finalidad analizar el fenómeno advertido sin realizar manipulación sobre variable o categoría alguna (Abello, 2011). Así, la investigación

pretende ampliar el conocimiento, en cuanto, a la determinación del daño patrimonial como elemento objetivo del tipo en el delito de peculado doloso, al igual que, la identificación del fundamento que en sede judicial ha sido esgrimido por el Juzgado Penal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca durante los años 2019-2021.

1.6.2. De acuerdo al diseño de la investigación

A. Investigación de tipo explicativa

Este diseño de investigación tiene como eje central explicar la causa entre un problema detectado y su origen (Palacios-Ñaupas, et al., 2016). Al respecto, la presente tesis es de carácter explicativo, pues pretende evidenciar los orígenes que sustentan las decisiones emitidas por el Juzgado Penal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, para considerar al daño patrimonial como elemento objetivo del tipo en el delito de peculado doloso.

B. Investigación de tipo jurídica - propositiva

La investigación jurídico-propositiva es aquella en donde se formula una propuesta de modificación, derogación, creación o interpretación normativa, que parte de una previa interpretación dogmática de una norma en cuestión (Tantaleán, 2016). Así, tras el desarrollo de la presente investigación y, sobre la base de lo recopilado, se estableció

una propuesta de protocolo tendiente a uniformizar el fundamento expuesto en cada resolución judicial condenatoria que se pronuncia en lo concerniente a la comisión del delito de peculado doloso en el Juzgado Penal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, frente a lo desarrollado en sede doctrinal.

C. Investigación de tipo longitudinal

Dado que, se utilizan datos cuantitativos en la contrastación de hipótesis, la medición de éstos no se realizará en un solo lapso temporal; sino que, comprende distintos años para así poder dar seguimiento al fenómeno observado (Hernández-Baptista, et al., 2010). En tal sentido, la investigación se realizó teniendo en cuenta las sentencias condenatorias emitidas en distintos momentos, las cuales comprenden desde el año 2019 a 2021.

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

Se está ante un enfoque mixto, puesto que, en un primer momento, se aplicó el método cualitativo cuando se trate de realizar el análisis dirigido a analizar al daño patrimonial como elemento o no del tipo objetivo en el delito de peculado doloso. Del mismo modo, en cuanto a la identificación del fundamento jurídico seguido por el Juzgado Penal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, respecto al daño patrimonial en el delito antes señalado.

Por su parte, a fin de determinar el grado de argumentación de las sentencias analizadas; así como, si el fundamento jurídico aplicado era concordante con los aportes teóricos, se utilizó un análisis cuantitativo orientado a obtener una medición numérica de las sentencias que han seguido tales aportes, al igual que, la calidad argumentativa expuesta en cada una de ellas.

1.7. HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN

El fundamento jurídico invocado por el Juzgado Penal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, al momento de emitir las sentencias que atribuyen responsabilidad penal por la comisión del delito de peculado doloso, durante los años 2019-2021, consiste en considerar al daño patrimonial como elemento objetivo del tipo penal.

1.8. MÉTODOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.8.1. Genéricos

A. Deductivo

En cuanto a este método general de investigación, cabe anotar que, busca la generación de mayor conocimiento a partir de las propiedades generales, comunes a distintos elementos, para luego aterrizar en las cuestiones más particulares respecto al elemento de estudio en cuestión (Zelayarán, 2002). De esta manera, en la presente investigación se tuvo como punto de partida el análisis típico del delito de peculado doloso.

1.8.2. Propios del Derecho

A. Método Dogmático

Se entiende por dogmática al estudio que se realiza, a partir, de una norma entendida como dogma, la cual, es dada por el Poder Legislativo estatal; y, sobre la que se realiza un trabajo de análisis, a partir, de métodos previamente establecidos (Bacigalupo, 2020). Así, se analizó el contenido de una norma jurídica (en este caso, el artículo 387 del Código Penal, referido al delito de peculado) para -posteriormente- examinar su contenido. Del mismo modo, se utiliza este método -dado que- en el desarrollo del presente proyecto se partió del trabajo científico realizado por doctrinarios con la finalidad de establecer el contenido y alcances de los elementos objetivos del tipo penal; así como, la conformación dogmática de este delito.

1.9. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

1.9.1. Técnicas de investigación

Según lo define Ander-Egg (1995), las técnicas consisten en los medios que tornan viables los métodos en la realización de la finalidad planteada por la investigación; de esta manera, la técnica “es el procedimiento de actuación concreta que debe seguirse para recorrer las diferentes fases del método científico” (p. 17).

A. Análisis documental

Dado que, se busca hallar el grado de compatibilidad entre el fundamento expuesto por el órgano jurisdiccional competente; y, el expuesto por la doctrina y la práctica judicial para otorgar responsabilidad penal en la comisión de delitos de peculado doloso, fue necesaria la revisión de documentos que contengan doctrina respecto al tema y de las sentencias emitidas por el Juzgado Penal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca. Cabe precisar que, la doctrina fue especializada en materia de Teoría del Delito y del tipo penal de peculado.

1.9.2. Instrumento de recolección de datos

A. Ficha de recolección de datos

La información recopilada mediante la técnica de análisis documental fue, posteriormente, ordenada de manera sistemática en fichas de datos, las cuales, permiten tener un mejor manejo de los datos recopilados.

1.10. POBLACIÓN Y MUESTRA

1.10.1. Población

En cuanto a la población de estudio, Arias-Gómez, Villasís-Keever y Miranda Novales (2016) explican que, por este término, se entiende a un conjunto de casos que calzan con una serie de criterios de exclusión e inclusión y que dan la pauta para la

determinación de la muestra; de allí que, una de sus importancias radica en que se identifica al tema de la investigación en el que “será posible generalizar o extrapolar los resultados obtenidos del estudio hacia el resto de la población o universo” (p. 202).

En la investigación desarrollada en concreto, la población fue conformada por las sentencias condenatorias que han sido emitidas por el Juzgado Penal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, que presentaron relación con la temática referida al daño patrimonial en el delito de peculado doloso; y, que fueron emitidas durante el lapso ocurrido entre los años 2019-2021.

Los pronunciamientos jurisdiccionales que no poseyeron estas características descritas, fueron excluidos de la población, ya que, se consideraron no congruentes con los fines perseguidos por el investigador.

1.10.2. Muestra

En el presente caso, la muestra fue equiparable al universo, siendo ello determinado luego de emplear una serie de fórmulas que sirvieron para individualizar y seleccionar los casos pertinentes para análisis.

- Con la finalidad de determinar la muestra, se ha utilizado la siguiente fórmula:

$$N_0 = [Z^2 \times P \times Q] / E^2$$

Donde:

Z: Nivel de confianza.

P: Probabilidad de éxito o proporción esperada.

Q: Probabilidad de fracaso.

E: Error máximo admisible en términos de proporción.

- De igual manera, para determinar la muestra con conocimiento de la población, se empleó la siguiente fórmula:

$$N' = N_0 / \{1 + [(N_0 - 1) / A_1]\}$$

Donde:

A₁: Universo conformado por el total de sentencias judiciales condenatorias.

1.11. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Habiendo revisado los trabajos de investigación publicados en el Registro Nacional de Trabajos de Investigación (RENATI) de la Superintendencia Nacional de Educación Universitaria (SUNEDU), relacionados a la identificación del fundamento jurídico invocado en sede judicial, no se encontró (al menos en el ámbito nacional) trabajos relacionados de manera directa.

No obstante, de manera indirecta, resalta el trabajo realizado por Díaz (2017), el cual, desarrolla la imputación en los delitos de peculado; para lo cual, parte de un análisis de la premisa como delito especial de infracción del deber, así como, del análisis de los elementos que componen el precitado delito, con la finalidad de determinar si la imputación se realiza con base a criterios normativos o descriptivos.

Empero, el trabajo realizado por Molina (2018), para la Universidad Nacional Federico Villareal, en su tesis de posgrado, busca determinar si es que, en la utilización de bienes motorizados se presenta un daño patrimonial.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ASPECTOS IUS - FILOSÓFICOS DE LA INVESTIGACIÓN

2.2.1. El Derecho como discurso

El Derecho es, entre tantos aspectos que pretenden conceptualizarlo, también lenguaje. Sobre ello, cuando se hace referencia al aspecto objetivo del Derecho es común escuchar que éste es el conjunto de leyes, empero, ello no es exactamente así. En realidad, el Derecho en su sentido objetivo queda constituido por el aspecto prescriptivo o normativo que dichas leyes implican, esto es, su significado (Guastini, 2016).

De lo indicado cabe sostener que, en síntesis, el Derecho es también un discurso, pero no cualquier clase de discurso; al respecto, cabe comprender, en primer lugar, que el discurso está compuesto de enunciados y que -a su vez- estos enunciados son un conjunto de palabras que guardan una estructura sintáctica y semántica. Así, dichas estructuras llevadas al campo jurídico nos revelan que el Derecho como discurso será prescriptivo o normativo (Guastini, 2016).

Dado así el escenario, conviene diferenciar entre el nivel descriptivo y prescriptivo del lenguaje. De esta manera, cabe aclarar que el ser humano tiene actos lingüísticos y no lingüísticos; en el plano del Derecho, éste constituye un acto lingüístico, esto supone que se concretiza mediante el uso del

lenguaje. No obstante, dentro del uso del lenguaje existen diferentes niveles, lo cuales, pueden evidenciarse por su aspecto funcional; así, por ejemplo, cuando un juez sentencia o aplica una determinada norma, está en un nivel prescriptivo; a su vez, cuando un jurista comenta un acto legislativo o judicial está en un nivel descriptivo (Bobbio, 2016).

No obstante, de la forma léxica y sintáctica del lenguaje -tanto- descriptivo como normativo (o deóntico), puede decirse que encierran una estructura típica; sin embargo, ello no siempre es así, porque puede darse el caso de que un jurista se encuentre en un nivel descriptivo; pero a la vez, utilice un léxico típico de enunciados prescriptivos. Otro aspecto relacionado -con lo hasta aquí tratado- es lo concerniente al ámbito semántico de los enunciados jurídicos. Así, del significado que pueda tenerse, en cuanto a un enunciado descriptivo, éste sí admite juicios de verdad o falsedad; por el contrario, cuando se está frente a un enunciado prescriptivo no puede decirse lo mismo (Guastini, 2016).

A. La ambigüedad en la interpretación jurídica

Teniendo en cuenta lo indicado en el punto precedente, resulta necesario destacar que, si entendemos al Derecho como lenguaje, cabe entonces comprender que éste adolecerá de los mismos vicios que el lenguaje presenta, esto es, ambigüedad y vaguedad. Sobre el primero, cabe señalar que

el Derecho puede ser ambiguo desde cuatro puntos de vista (Guastini, 2016).

El primero es el del proceso-producto. Al respecto, cuando se hace referencia a la interpretación, ésta implica una actividad y -a la vez- el resultado de dicha actividad; en tal sentido, el primero denota un proceso mental, mientras que el segundo es el producto de dicho proceso (Bobbio, 2016).

En segundo lugar, está la ambigüedad de lo abstracto y concreto; al respecto, cabe sostener que, en la interpretación y posterior aplicación de una disposición normativa existen dos momentos claramente diferenciables. Así, el primero se realiza de manera abstracta y se centra en la disposición en específico¹; mientras que, el segundo, aplica la norma al caso en específico para lo cual deberá ser interpretado -de tal forma- que encaje en el supuesto normativo (Bobbio, 2016).

Haciendo hincapié, en lo aquí tratado, conviene traer a colación el hecho de que el Derecho -tanto en un plano abstracto como concreto- resulta indeterminado; al respecto, la interpretación abstracta de disposiciones normativas reduce la indeterminación del sistema en general, ello en virtud a que, las distintas disposiciones normativas que lo componen están desperdigadas o se desconoce cuáles entran en rigor (Guastini, 2016).

¹ Sobre ello la interpretación que se realiza no siempre es de enunciados completos, pues por lo general la construcción de la premisa normativa se efectúa sobre la base de distintas disposiciones dispersa por todo el Ordenamiento Jurídico.

Por su parte, la interpretación concreta sirve para reducir la indeterminación de las normas; así, cuando una disposición normativa en rigor va a ser aplicada a un caso concreto, no se sabe en específico si comprende o no a un determinado supuesto de hecho, a causa de los predicados utilizados en su fórmula legal (Guastini, 2016).

Otro vértice, por donde puede evidenciarse la ambigüedad de la interpretación jurídica, recae en el hecho de que por interpretación se entiende al acto de creación de normas, al acto de decisión y también al acto de conocimiento. Sobre ello, este último -interpretación cognitiva- implica el descubrimiento de varios significados sobre una misma disposición normativa, sin optar por ninguna en específico (Guastini, 2016).

En cuanto concierne a la interpretación decisoria, ésta sí opta por elegir un término en específico, el cual, será aplicable posteriormente; empero, dentro de esta clase de interpretación, cabe distinguir dos tipologías. La primera de ellas, consiste en elegir una determinada interpretación de todas las existentes; mientras que, por su parte, el segundo tipo importa en crear una nueva interpretación al margen de las existentes (Guastini, 2016).

Finalmente, la cuarta ambigüedad se refiere a la no distinción entre interpretación y construcción jurídica. Al respecto, cuando se hace referencia a construcción jurídica, en realidad, nos referimos al acto de crear, a partir de normas implícitas,

reglas que coadyuven en la labor interpretativa, como por ejemplo la creación de reglas para completar lagunas axiológicas (Bobbio, 2016).

Lo indicado hasta aquí, se relaciona íntimamente con el problema de investigación materia del presente trabajo. En tal sentido, la determinación de la naturaleza del vocablo *daño patrimonial* como elemento objetivo -o no- del tipo penal del delito de peculado se interconecta con la naturaleza del Derecho como discurso; y, además, permite advertir que su interpretación evidencia que los operadores jurídicos optan -a veces- por asumir un concepto -de entre los tantos contruidos- en la dogmática como en la jurisprudencia.

2.2.2. El positivismo metodológico

En virtud a que, la investigación que se realizará consiste en identificar el fundamento jurídico invocado por el Juzgado Penal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, respecto al daño patrimonial, en el delito de peculado doloso durante los años 2019-2021. En tal sentido, resulta necesario efectuar un análisis del tipo penal tipificado en el artículo 387 del Código Penal peruano vigente. No obstante, se debe circunscribir tal análisis en el marco filosófico que presenta el positivismo metodológico.

Ante los planteamientos propuestos, tanto por el realismo jurídico como por el iusnaturalismo, el positivismo cree que el único

Derecho con validez es el que se constituye como una expresión positiva de un conjunto de normas dictadas por el Estado; por tanto, éste se justifica y fundamenta por medio de un procedimiento formal (Marcone, 2005).

De esta manera, se puede esgrimir tres conceptos respecto a tal doctrina filosófica. Así, en primer lugar, destaca el positivismo metodológico, el cual supone la no presencia de una relación conceptual necesaria entre el Derecho y la moral. En segundo lugar, el positivismo teórico desarrolla una teoría bajo, la cual, destaca la carencia de contradicciones, lagunas o inexactitudes en el Derecho, razón por la cual, éste se hallaría en la capacidad de dar solución a todos los problemas que se presenten en plano fáctico. Finalmente, el positivismo ideológico implica la articulación de la obediencia al Derecho, solamente por ser como tal, esto es, un sistema oponible en virtud de una sociedad organiza (Gascón & García, 2015).

Dadas las conceptualizaciones referidas al positivismo antes expuestas, cabe encuadrar lo desarrollado en el marco del positivismo metodológico; pues implica un concepto que da apertura a un análisis moral, el cual no presenta óbices, pues comprende que, a pesar de que el Derecho sea “fruto de la mayor autonomía posible de los ciudadanos y contenga cotos vedados [sic] para evitar que esa autonomía acabe con la de todos, con la de la mayoría o con la de una minoría”, da lugar a una “crítica moral externa” (Rodríguez, 2000, p. 506).

Luego de haber comprendido que, el positivismo metodológico permite un análisis valorativo (a partir de la categoría del deber ser) del Derecho; cabe referirse a aquellos planteamientos conexos a tal corriente filosófica. Así, el primero de ellos consiste en la neutralidad, la cual conceptualiza al Derecho desde un punto de vista ajeno a su carga valorativa enmarcada en una perspectiva moral, determinándolo como un sistema normativo extraño a una realidad fáctica, que distingue entre la teoría y la política en la génesis del Derecho.

Por su parte, la teoría de las fuentes sociales explica que las dinámicas sociales componen la conformación de un sistema jurídico, convirtiendo así, como único Derecho al positivizado, el cual, ha sido instituido y perfeccionado por medio de “prácticas y convenciones”. En último lugar, se encuentra la tesis de la discreción, la cual, estudia al Derecho como un sistema inexacto tanto en el plano teórico como valorativo (Gascón & García, 2015, pp. 220-221).

En ese orden de ideas, cabe indicar que la investigación aquí planteada, se enmarca dentro de la última de las tesis previamente expuestas. En tal sentido, el análisis a realizar en cuanto al delito tipificado en el artículo 387 del Código Penal, parte de un cuestionamiento al Derecho positivizado desde el examen encuadrado a la proporcionalidad, la adecuada protección del objeto tutelado y la seguridad jurídica, configurando

ello una crítica que busca subsanar un aspecto falible dentro del Derecho y de la argumentación de las decisiones jurisdiccionales.

2.2. ASPECTOS DOCTRINARIOS DEL PROBLEMA

En primera instancia, resulta conveniente hacer alusión de un rápido repaso de las categorías que componen la Teoría del Delito, en virtud de que éste no se puede erigir tan solo como invención legislativa, ni tampoco remitirse a la sola comprensión jurisdiccional (García, 2009); no obstante, el concepto que en sede legislativa se construya debe responder, al mismo tiempo, a un contexto social, cultural y valorativo que en última instancia condiciona las cuestiones referidas a la Política Criminal que determina la inclusión del delito en concreto.

Los aspectos señalados no tienen base en preceptos legales, pero son elementos que pasan a tener lugar en el contenido normativo; en ese sentido, la construcción dogmática que de una conducta delictiva se realice no es necesaria y exclusivamente normativa, pues su origen responde necesariamente a cuestiones políticas, sociológicas y valorativas en un contexto, en el cual, el individuo se erige como objeto de tutela estatal, esto es, como piedra angular del manejo del país, constituyéndose aquellos como óbices del concepto y relaciones que la Teoría del Derecho y Teoría del Delito ocupan (Gómez, 2003).

Estando así el contexto descrito, cabe señalar que, en el delito tratado, desde su evolución histórica es una forma de valoración establecida por el poder político, con el objetivo de poner un freno a las vicisitudes del actual contexto social. Esto significa que, se erige como un instrumento

que procura imposibilitar la realización de ciertas conductas indeseables para la sociedad; y, a su vez, también, importa una dimensión avocada a la valoración que resulta dinámico, pues cambia constantemente en función a las necesidades que el sistema requiere (Gómez, 2003).

Ahora bien, cabe resaltar que el delito recibe un estudio especial y uno general; Mir (2008) señala que, a partir del primer enfoque es que se señala los elementos constitutivos de cada una de las referidas conductas criminales -tanto- como las sanciones penales que éstas merecen; en otras palabras, se establecen aquellos componentes que singulariza a cada uno de los ilícitos.

No obstante, desde la segunda perspectiva, se tratan de una serie de principios y elementos que se comparten en todo delito (o a amplios grupos de éstos). Así, la denominada Parte General del Derecho Penal versa, en esencia, sobre la Teoría del Delito conformada por todas estas cuestiones comunes a todos los ilícitos y que se sistematiza en las categorías que se detallarán más adelante.

2.2.1 La Teoría del Delito

En lo referido a un punto de vista más amplio del término, cabe comprender por delito, a la manera de actuar discordante que guarda especial gravedad en el seno de una sociedad en específico, además, es creado por medio de la función del Poder Legislativo. Al respecto, cabe resaltar la cualidad particular de esta clase de conductas, de esta manera, se asemejan a las perspectivas de la sociedad que son reflejadas por las instituciones estatales (Bacigalupo, 1996).

El ahondar en la definición descrita lleva a la necesidad de puntualizar que una sanción no es impuesta a un delito con base a la sola dación del resultado lesivo, esta forma de entender el control penal es una perpetuación de la praxis de siglos anteriores. No obstante, actualmente, la culpabilidad como categoría delictiva constituye un óbice para la imputación de responsabilidad penal de los entes colectivos, más allá de la configuración del injusto no solo objetiva, sino subjetiva².

Elementos como aquél, se implican en la Teoría del Delito, la cual, constituye un intento de ofrecer un sistema estructurado de estas características. Como lo señala Mir (2008), no es fundamentalmente una propuesta incondicionada sobre el deber ser criminal; por el contrario, constituye una construcción de cualidades comunes a todos los delitos de la parte especial en virtud de la fórmula legal adoptada.

Peña y Almanza (2010) en concordancia a Zaffaroni (1998), plantean que este sistema se conforma por postulados arribados que tiene como punto de partida una corriente doctrinaria, la que determina la concurrencia o no de elementos típicos objetivos que permiten una adecuada imputación objetiva de la conducta desplegada. Por consiguiente, en la comprensión de cada categoría que conforma el delito, es menester recurrir a la dogmática,

² Existen dos manifestaciones de este principio: la primera en el ámbito del injusto, que exige la presencia de una responsabilidad subjetiva, esto es, que el hecho haya sido cometido dolosa o culposamente. En segundo lugar, se exige que el injusto haya sido cometido por un sujeto que cuente con la capacidad de comprender y ser motivado por las normas; y, aun así, haya vulnerado un bien protegido jurídicamente (Villegas Paiva, 2014, p. 12).

entendiendo a ésta como la interpretación del dogma (en este caso, de la ley penal), esta exégesis debe ser coherente y sistemática.

En cuanto al ámbito formal, el Código Penal peruano vigente, según lo establecido en el art. VII de su Título Preliminar prohíbe el otorgar sólo responsabilidad objetiva. Por su parte, el art. 11 hace alusión a la existencia previa de una ley que determina el contenido y finalidad de los delitos y faltas.

Como puede desprenderse de lo descrito, esta teoría no es única; por el contrario, históricamente, sus categorías han sido planteadas de maneras disímiles. Villegas (2014) describe que desde fines del siglo XIX se han presentado determinados hitos en esta área de estudio.

Sobre ello, Von Liszt, Binding o Von Beling hacían alusión que la antijuridicidad comprendía los aspectos objetivos del delito, mientras que las consideraciones subjetivas quedaban reservadas para la culpabilidad. Así, tanto, lo que hoy se reserva para el análisis del tipo subjetivo, antaño quedaba conformado por la culpabilidad como categoría dogmática que constituye parte de la elaboración doctrinal del crimen.

La característica base, de este planteamiento, es el concebir a la acción en términos físicos, distinguiendo entre fases internas (ideación, deliberación, resolución) y externas (exteriorización, preparación, ejecución) del delito (Peña & Almanza, 2010, pp. 25 - 26).

En este punto, la teoría psicológica de la culpabilidad, a la que se referían los doctrinarios del Derecho de finales del s. XIX, no comprendía a la culpabilidad como el reproche que del injusto se realiza; sino que, atendiendo a cualidades psíquicas, dicho elemento volitivo del agente se conecta en el plano interno del accionar que ha desplegado.

Décadas más tarde, la forma de concebir a la culpabilidad mutó, pues se abrió paso a una forma de concebirla de manera separada de los elementos subjetivos que escoltan a la acción, pues para ello se habría creado una subcategoría dentro de la tipicidad, pues era necesario efectuar el reproche del injusto al autor. De esta manera, bajo la culpabilidad dependía de que, a causa de dicho comportamiento, sea plausible el reproche (Frank & Löw, 2002).

En lo que respecta a la tipicidad, Peña y Almanza (2010) mencionan que las censuras al concepto de Beling; y, sobre todo, a la referida categoría se mantuvieron. Así, Von Liszt consideraba innecesario tomar la categoría en cuenta, porque el requisito de ser sancionado por una pena suponía una previa descripción de los actos que se conmina con la sanción.

Desde otro punto, Von Hippel, arremetió contra la definición de delito que dio Beling señalando que, el elemento típico, resulta insuficiente en función a la exigencia de ser sancionado. Von Hippel, quien fue seguidor de Feuerbach, también añadió que la característica de tipicidad es inútil, puesto que se deduce de la máxima *nullum crime sine lege* (Cerezo, 2004),

Respecto de las críticas, los autores señalados inicialmente observan que todos los opositores de Beling yerran cuando pretenden suprimir a la tipicidad. Pues, de hecho, el mayor aporte de este estudioso es, sin lugar a dudas, su planteamiento sobre la *teoría del tipo*, siendo ésta la piedra angular de la categoría del delito que conocemos hoy en día.

Finalmente, se mantiene y se acepta la estructura tripartita (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad); existe, no obstante, un predominio de carácter objetivo sobre el subjetivo. Años más tarde, Engisch, plantearía -por primera vez- la idea del deber de cuidado en el ámbito del tipo. Se aleja del causalismo tomando en su lugar la consideración de la realidad y las valoraciones sociales. Posteriormente, Welzel aportó de manera relevante en la construcción dogmática del delito, pues explicó que jamás la sola realización de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico resultaría notable desde una perspectiva típica; y, en su punto más álgido, consideró necesario la disgregación tanto de la tipicidad, como de la antijuridicidad y culpabilidad (Welzel & Cerezo, 2004).

Villegas (2014) señala que, a partir de la década de 1960, las corrientes surgidas en Alemania después del finalismo aceptaron que la culpa tiene su lugar sistemático en el tipo; sin embargo, sus fundamentos no refirieron a la antigua corriente, sino a otros, que fueron también la piedra angular de la teoría de la imputación objetiva.

Peña & Almanza (2010) describen que -ya- en 1970, Roxin, publicó su monografía “Política Criminal y Sistema del Derecho Penal” y con ella, dio paso a una concepción doctrinaria que permita superar las disidencias entre la teoría causal y final de la acción; del mismo modo, y –paralelamente- se pretendió destacar las imposibilidades prácticas que la dogmática penal de aquel entonces acarreaba.

De cara a ello -señalan los citados autores-, Jakobs, elaboró un sistema que se contraponía al de Welzel, desarrollando una teoría dogmática de la imputación exclusivamente normativa cuyo fundamento teórico se ubica en la teoría del sistema social, esto es, surgiendo el principio preventivo general orientado al mantenimiento del sistema social. En tal sentido, pretendió dejar atrás el relativismo que reside en la construcción de Roxin y sus seguidores mediante la funcionalización de todos los conceptos jurídico-penales que componen la prevención general positiva.

Esta posición surge del entendimiento que tenía Jakobs, de que, la sociedad se constituye mediante normas, por lo cual, el ordenamiento jurídico-penal ostenta la función de velar por la subsistencia de tales normas que, al ser la base de la sociedad, conllevan la subsistencia de ésta misma y su orden social. De este razonamiento deriva que la identidad y carácter de los mismos individuos, como personas que conforman una sociedad, también se preserven debido al Derecho Penal (Muñoz, 2000).

En síntesis, Peña y Almanza (2010) señalan que contrario al positivismo formalista, la teoría final de la acción suponía que toda

conducta iba acompañada de la voluntad que guio su contenido, por lo cual, convenía entender los elementos subjetivos de dicha acción a la par de la culpabilidad; a su vez, también consigue diferenciar entre el desconocimiento de algún elemento que conforma el tipo objetivo, del desconocimiento de lo ilícito de su conducta.

Posteriormente, el funcionalismo teleológico o valorativo, partiendo de las categorías delictivas hasta ese entonces desarrolladas, añadió en su comprensión un elemento práctico, así la comprensión de cada elemento que compone la estructura dogmática delictiva debía tener en cuenta los fines político-criminales que determinaron su contenido y alcance.

Dado así, el contexto hasta aquí descrito, se debe comprender cada categoría delictiva que conforma la Teoría del Delito. Por ello, en las siguientes páginas nos avocaremos al conocimiento de cada una de ellas, con el objetivo de analizar sus alcances y objetivos.

A. Acción

En principio, debe establecerse que un hecho es denominado sobre la base de implicar una conducta humana, de esta manera, todo delito siempre será, en un primer momento, un comportamiento humano, sea por acción u omisión (Goldstein, 1993).

En torno a esta categoría delictiva y a su conceptualización, surge un número de debates, entre los cuales, resalta aquél

referido a su naturaleza ontológica o normativa; y, otro, alusivo a sus formas de aparición, concernientes a la omisión o acción en su génesis (Hurtado, 1987).

Antes de profundizar, en lo que estas discrepancias conciernen, debe dejarse por sentado que existen factores que hacen de un comportamiento humano una acción penalmente relevante; así, la constatación del hecho que la acción determina es el punto de referencia inicial de la noción de la infracción, esto es, el primer paso de su elaboración (Peña & Almanza, 2010).

Como los aludidos estudiosos refieren, el Derecho Penal de un Estado Social y Democrático de Derecho sólo puede prohibir comportamientos voluntarios, finales, pues las normas en esta rama se justifican porque son menester para evitar de sus destinatarios ciertos comportamientos indeseables, por lo cual, carece de sentido que su enfoque se oriente a evitar comportamientos que no puedan ser evitados mediante una motivación normativa.

Ahora bien, de manera general, se plantea la interrogante de cómo debe ser concebida la acción. Dos criterios se oponen: el primero pone de relieve el aspecto ontológico de la acción y, en consecuencia, afirma su autonomía en relación al Derecho; y, por otro lado, el segundo criterio mantiene que la noción de acción no es óptica, sino de carácter exclusivamente normativo.

Entre los múltiples aspectos que presenta esta controversia, resalta principalmente el rol que se atribuye a la voluntad en la caracterización de la acción; así como, lo referente a la factibilidad de elaborar una noción de acción comprensiva de todas sus formas de aparición (una acción dolosa, culposa, que sea un proceder o una omisión).

Pese a las contraposiciones, existe un amplio consenso en cuanto al entendimiento de la acción como “un suceso del mundo externo que materializa una manifestación del espíritu de una persona”, reiterando que se caracteriza por la posibilidad de dirigirlo y controlarlo (Peña & Almanza, 2010, p. 90).

Lo descrito se corresponde con el concepto natural de la acción, que se atribuye a Beling y Von Liszt; así, este último comprende a la acción como el despliegue físico capaz de efectivizar una modificación en el plano fáctico por medio del ejercicio físico que la conducta requiere. Del mismo modo, los postulados causalistas no diferenciaban entre la acción como despliegue psicomotriz de la voluntad que la guiaba.

Considerando ello, su planteamiento sería insuficiente para explicar la omisión, por lo cual, el estudioso formularía una segunda descripción de lo que es la acción, aseverando que esta acción guiada por la voluntad con efectos en el plano fáctico (Peña & Almanza, 2010).

Posteriormente, la doctrina de Welzel introdujo el concepto de acción final para caracterizar el contenido que de la conducta (ya sea por acción u omisión) se producía al mismo tiempo que comprendía a la construcción dogmática del delito en aquel entonces (López Barja de Quiroga, 2002, pp. 83-84).

Peña y Almanza (2010) señalan que, el finalismo partió entendiendo la acción como un concepto ontológico y final que, Welzel, asumió a partir de la tradición aristotélica-tomista del acto voluntario en conjunto con otras teorías.

A partir de esta teoría, la finalidad de la acción no viene a ser lo mismo que la voluntariedad que se implica en la tesis causalista, pues en esta última solo basta que el comportamiento puede corresponderse a una manifestación de voluntad; mientras que para los finalistas es menester que se determine el contenido de la voluntad.

En los casos de los delitos dolosos, los finalistas identifican finalidad y dolo, por lo cual, este último es considerado como elemento subjetivo de la acción y el injusto, extrayéndolo del campo de la culpabilidad. Al hablar de los delitos culposos, afirman que el objetivo de tales hechos constituye una propia finalidad del ser, que trae consigo un resultado extra-típico (Peña & Almanza, 2010).

Al mismo tiempo, se entiende que partir de esta teoría, en toda acción hay dos etapas, una objetiva y una subjetiva; y se

considera que el autor siempre se representa un resultado de su comportamiento, por lo tanto, la posibilidad de obrar en modo diferente está patente; reflejándose en ello que la libre voluntad de realizar algo incorrecto es lo que concluye en que la conducta sea reprochable (Welzel, 2003, citado en Peña & Almanza, 2010).

De acuerdo con Mir (2008), la discusión doctrinal (entre el concepto causal y el concepto final de acción) ha dado una exagerada importancia a este elemento en el contexto de la Teoría del Delito; así, el jurista considera que la solución idónea es una vía media, que restituya la acción a sus verdaderos límites.

En ese sentido, puede plantearse que el concepto de acción o comportamiento que es de interés al Derecho Penal no puede obtenerse de la observación de su estructura lógico-objetiva; sino que implica, como se observó en un inicio, en volver a las exigencias del Derecho Penal, pues son éstas las que permiten delimitar el concepto de comportamiento relevante para esta rama (Mir, 2008).

Siendo así la cuestión, cabe puntualizar que la motivación de la norma se dirige a la voluntad de su destinatario, para que, mediante esa voluntad propia evite el realizar determinadas conductas indeseables, por lo cual, se establece que la acción que implica hechos cuya realización no obedece al control final

de su voluntad, no serán de interés para el Derecho Penal (Mir, 2008).

Un planteamiento que comparte la iniciativa de elaborar un concepto de acción único que se ubique en el punto de acuerdo entre los criterios ontológicos y normativos puros, es el de la concepción social de la acción. La tesis planteada por sus partidarios consiste en entender el comportamiento como cada respuesta del hombre a las exigencias del mundo que lo rodea y que es cognoscible, a través, de la efectivización de la viabilidad que de la conducta en función al libre albedrío del agente se produce; así, la respuesta puede ser una actividad orientada a un fin o la omisión de actuar frente a un acto ordenado, incluso, puede hablarse de la producción de un resultado mediante un suceso en principio controlable (Zaffaroni, Alagia & Slokar, 2005).

Para Peña & Almanza (2010), el resultado de décadas de controversias respecto de la definición de acción concluye en la posibilidad de constatar que para la construcción de esta noción se requiere la intervención decisiva de un elemento normativo. Es así que, se aúna la noción de acción causal y la noción de la acción finalista para determinar lo que para el Derecho Penal “constituye una acción, teniendo en consideración que las normas penales tienen como referencia inicial un daño o un peligro que implican la violación de un bien jurídico” (p. 99).

B. Tipicidad

De acuerdo con Wessels, Beulke & Satzger (2018), en el marco de la estructura tripartita del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), el fundamento del injusto penal es la realización del tipo penal.

En ese sentido, el contenido del injusto se manifiesta mediante los elementos típicos que describen el desvalor de la acción y del resultado delictivo; en ese sentido, un comportamiento es típico cuando se subsume en la descripción del injusto prevista en el tipo legal. De esa forma, un suceso que se acomoda al tipo penal será típica, pero apenas un indicio de una conducta antijurídica (Wessels et al, 2018).

Respecto de este último punto, es menester establecer la vinculación entre la tipicidad y la antijuridicidad que se comprende en la actualidad. Esto refiere, en primer lugar, a la introducción del pensamiento neokantiano en el postulado inicial de la tipicidad, lo cual, originó la implicación de la idea del valor del análisis del delito.

Del mismo modo, los postulados de la teoría final de la acción formularon una nueva comprensión de la acción como categoría delictiva (Muñoz Conde & García Arán, 2010), por lo que, en un inicio se implicaba que los elementos indispensables que debe reunir una conducta valorativa típica para dañar o poner en peligro bienes jurídicos, que deben ser tutelados penalmente,

atribuyen una revisión de justificación a la ilegalidad (Hurtado, 1987).

Con la gestación de la teoría de los elementos negativos del tipo penal por parte de Weber se establece que, la conducta típica supone que el reconocimiento provisional de su ilegalidad debe ser definitiva y no provisional, debido a que, en el caso de evidenciarse la concurrencia de alguna causa de justificación en el examen antijurídico, supone, a su vez, la exclusión de la tipicidad (Zaffaroni et al, 2005).

Estos autores sostuvieron que, la presencia de aspectos positivos y negativos es evidente. Por lo que, para calificar a un supuesto de hecho como injusto, éste tiene que atravesar dos niveles valorativos: a) la valoración con base en el tipo legal que incluye al ilícito; y b) la comprobación de la no concurrencia de causas de justificación. No obstante, la doctrina dominante rechaza acertadamente esta teoría, pues desconoce la independencia de las normas autoritativas y sólo las considera como limitaciones de las normas de prohibición, de igual manera, no comprende la diferencia valorativa entre un comportamiento atípico y un comportamiento típico, pero cubierto por una causa de justificación (Wessels et al, 2018).

De acuerdo con Peña y Almanza (2010), como es comprendida actualmente, se entiende que la tipicidad es descriptiva mientras la antijuridicidad es valorativa. De ahí que, delitos iguales en su revestimiento son valorados de distinta manera, como se verá

más adelante. En ese sentido, la valoración en la antijuridicidad es sobre la conducta desarrollada del sujeto (valoración objetiva), por ende, se valora el impulso volitivo no el contenido de la voluntad, esta última es valorada subjetivamente dentro la culpabilidad.

Habiendo clarificado ello, se puede aseverar que se denomina tipicidad si el acto humano voluntario -realizado por el sujeto- es suficiente para calificar como un acto delictivo según lo descrito en la ley penal, así, si se da la adecuación jurídica, existirá un delito; de lo contrario, no será plausible hablar de la existencia de uno (Peña & Almanza, 2010).

Cabe resaltar que, así como no deben existir confusiones entre las categorías del delito y sus límites; tampoco puede haberlas entre la tipicidad, el tipo penal y la calificación, pues éstas importan elementos distintos; así, mientras que la tipicidad la aplica el juez, el tipo penal está en función al que realiza el comportamiento, ha sido producción del legislador; y ha sido el fiscal, quien ha calificado el comportamiento como delito en relación a dicho tipo penal.

a) Tipo penal

Recogiendo lo expuesto, es propio establecer que la tipicidad gira en torno a la subsunción de la conducta en el tipo penal: este tipo penal, también llamado especie, es definido por Peña & Almanza (2010) coincidiendo con Zaffaroni (2008)

como la acción legislativa de valoración de una conducta desplegada en la realidad, esto es, mediante una descripción abstracta de esa acción. En ese sentido, constituye un instrumento legal, descriptivo y lógicamente necesario cuya función es la individualización de las conductas humanas penalmente relevantes.

Asimismo, Hurtado (1987) señala que, toda disposición jurídico-penal completa está constituida por dos partes: el precepto y la sanción, resultando en el conjunto de todos aquellos presupuestos requeridos para aplicar la pena; en otras palabras, todas las circunstancias que caracterizan las acciones punibles y dan base a la consecuencia jurídica (Peña & Almanza, 2010).

Siguiendo ese planteamiento, se entiende que el tipo penal es un concepto legal, es la descripción de las acciones que son punibles y se las compila en un código (Bacigalupo, 1996). Ahora bien, dentro del tipo penal se describe el resultado de la acción, una consecuencia externa; de ello se deriva que, en el Derecho Penal exista una dicotomía en cuanto a los tipos penales.

Por un lado, hay tipos que sancionan la acción (delitos de mera actividad) y otros que sancionan el resultado que se deriva de ésta (delitos de resultado). Sin embargo, también pueden darse conductas omisivas, de no hacer o dejar de

hacer, que traen como consecuencia un resultado formal o material sancionable.

Finalmente cabe recalcar que, el tipo penal viene a ser la más valiosa consecuencia del principio de legalidad; y, como tal, cumple con una triple función: seleccionadora, de garantía y motivadora (Peña & Almanza, 2010).

b) Teoría de la imputación objetiva

En el caso de los delitos de resultado es menester hablar de un nexo causal entre una conducta delictiva y la consecuencia, para hablar de la tipicidad del hecho. En ese sentido, se expandió la teoría causal relativa a la teoría de la equivalencia de condiciones no en su versión tradicional; pero, sí, como teoría causal que explica que, bajo las leyes de la naturaleza, a una acción le sigue un resultado.

No obstante, como bien lo señalan Peña Gonzáles y Almanza Altamirano (2010), las críticas que recibió este planteamiento en España y Alemania llevaron a la gestación de una teoría alternativa.

Existen tipos penales de cuya causalidad se duda o que, siendo causales, se duda de su tipicidad. El ejemplo más claro de esta crítica son los delitos omisivos (...) Ante este obstáculo, la doctrina ha elaborado la teoría del “riesgo típicamente relevante” para poder atribuir tipicidad a una acción. En primer lugar, se analiza si, efectivamente, la conducta realizada despliega un riesgo de entre los tutelados por la norma penal. (p. 124)

c) Elementos del tipo penal

Günter (2005) asevera que, el concepto de tipo envuelve exclusivamente a las circunstancias de hecho que fundamentan el ilícito; no obstante, se entiende que las acciones tienen un lado externo y otro interno, razón por la cual, es idóneo el ordenar aquellos requisitos particulares del tipo, en aquellos que caracterizan tanto el tipo objetivo como el tipo subjetivo.

Mir (2003) divide en tres los elementos estructurales del tipo: la conducta típica, sus sujetos y sus objetos. En primer lugar, la conducta típica tiene una parte objetiva y otra subjetiva; mientras que el tipo objetivo comprende los elementos externos que acompañan el despliegue de la acción. Sobre ello, no son muchas las ocasiones en las que la comisión de un delito requiere la producción de una efectiva lesión del bien jurídico protegido. Por otro lado, la parte subjetiva del tipo incluye a la voluntad (sea absolutamente consciente como en el dolo o lo suficientemente consciente como en la culpa); y, en ocasiones, envuelve elementos particulares o especiales.

Asimismo, los sujetos de la conducta típica son: el sujeto activo (el agente que delinque), el sujeto pasivo y el Estado representado por el organismo competente. Por último, nos encontramos con los objetos del delito, que vienen a ser el objeto material, que es aquel elemento sobre el que recae

físicamente la acción; y, el objeto jurídico equivalente al bien jurídico protegido.

d) Error de tipo

El error de tipo no es más que la falta de representación requerida por el dolo, en ese sentido, será un error vencible cuando el sujeto, de haber aplicado el cuidado debido, pudo salir del error y no cometer la acción. En tal supuesto, si existe tipo culposo en el delito en específico (y se dan los demás requisitos de esa tipicidad) la conducta será típica por imprudencia; pero nunca por dolo.

Por otro lado, cuando el sujeto activo aplicando el cuidado debido, tampoco hubiese podido salir del error en que se hallaba, en esa circunstancia, se elimina toda posibilidad de tipicidad dolosa o culposa (Peña & Almanza, 2010).

C. Antijuridicidad

Peña y Almanza (2010) observan que fue Rudolph Von Ihering, quien en 1867 formuló el concepto de injusto (desde el ángulo del Derecho Civil y delimitándolo al Derecho Penal) como la contradicción objetiva con el ordenamiento jurídico (antijuridicidad objetiva).

El pensamiento clásico concibió a la antijuridicidad como la contrariedad del aspecto externo del hecho (tipo objetivo) con el ordenamiento jurídico del Estado. No obstante, la crítica a esta teoría señaló que llevaba a confusiones respecto de los planos

de análisis y de lenguaje, ya que, exigía que se repasara el mismo sendero analítico (Peña y Almanza, 2010).

Posteriormente, para el neoclasicismo (de orientación neokantiana) la antijuridicidad aparecerá como un juicio de desvalor sobre el hecho, es decir, como la infracción de la norma de valoración del hecho objetivo, lo cual, se diferencia de la culpabilidad (a la que se reservaba el dolo y la culpa) como era entendido por Mezger.

Con Hellmuth Von Weber y Alexander Graf zu Dohna, el paradigma estructural descrito entrará en crisis. Como se ha señalado con anterioridad, en este punto no sólo se pondrá en tela de juicio la pertenencia del dolo en la categoría de la culpabilidad; sino que, se darán los primeros esbozos de la teoría final de la acción (Bacigalupo, 2004 citado en Peña & Almanza, 2010).

En último lugar, el finalismo de Welzel será quien pondrá, a partir del concepto ontológico de acción, el último eslabón para la elaboración del tipo complejo. Es así como, habiendo trasladado el dolo y la culpa a la categoría inicial, lo que antes era solo disvalor de resultado se transforma en disvalor de acción; así, el análisis del tipo será la de un objeto meramente descriptivo.

Superada la filosofía de las estructuras lógico-objetivas, la sistemática del finalismo es acogida por la mayoría de los

doctrinarios; de igual forma, son aceptados los criterios valorativos elaborados por el pensamiento neoclásico dando lugar a un tipo (hipercomplejo), en el cual, se analizan simétricamente los elementos objetivos, subjetivos e intersubjetivos.

En cuyo caso es posible estimar que, los errores sobre los elementos objetivos son errores sobre presupuestos fácticos (errores de hecho o de tipo). Mientras que, los errores sobre los componentes intersubjetivos se refieren al sentido lingüístico, es decir, son errores de derecho o de prohibición (Kindhäuser, 2007, citado en Peña & Almanza, 2010).

Así, cabe retomar lo dicho sobre la tipicidad, esto es, que es considerada *ratio essendi* de la antijuridicidad y que, aun así, se admite que el acto puede ser justificado; por lo que, no es ilícito a pesar de su tipicidad (Hurtado, 2005).

En aras de establecer una definición puede afirmarse que, la antijuridicidad implica que la conducta realizada es contraria al ordenamiento jurídico, por cuanto, no concurren causas de justificación en la realización del delito y ostenta una característica diferenciadora de las otras categorías del delito y es que constituye un precepto general y válido para todo el ordenamiento jurídico, aunque tenga consecuencias distintas en cada rama de éste (Muñoz & García, 2002).

En cuanto al objeto de la antijuridicidad, Bacigalupo, plantea que éste refiere a establecer las circunstancias en las cuales la realización de un tipo penal no es contraria al Derecho; y, por lo tanto, no es susceptible de sanción, en síntesis, vendría a ser una teoría de las autorizaciones para la realización de un comportamiento típico. Siguiendo esa línea de ideas, el autor asevera que la antijuridicidad no es cuantificable, pues no hay puntos medios respecto de cuan antijurídico es un hecho típico, solo lo es o no. En ese caso, considera menester el recalcar que la antijuridicidad no se debe confundir con la ilicitud (un hecho ilícito es tanto típico como antijurídico) que, por el contrario, sí es cuantificable (Peña & Almanza, 2010).

a) Causas de justificación

También llamadas causas eximentes o causas de exclusión del injusto, son situaciones que el Derecho Penal admite como circunstancias que eliminan la antijuridicidad de un acto voluntario, subsumible en un tipo penal, convirtiéndolo en jurídicamente lícito.

Estas situaciones que afectan a la acción típica encuentran su origen en un estado de necesidad, entendido esto como una situación, en la cual, los bienes jurídicos protegidos se encuentran -particularmente- en peligro de ser lesionados, por lo que, se debe afectar los intereses de terceros (Peña & Almanza, 2010).

Como puntualiza Bacigalupo (2004), el referido estado de necesidad tiene doble ubicación sistemática: es causa de justificación; también, es causa de inculpabilidad de la conducta. En ese sentido, el Código Penal peruano regula estas causas de justificación en el artículo 20, correspondiente al Capítulo III: Causas que eximen o atenúan la responsabilidad penal.

D. Culpabilidad

Siguiendo el desarrollo histórico de la categoría de la culpabilidad realizado por Mir (2008), es posible reconocer distintas concepciones de la culpabilidad, cada una de ellas, correspondiente a una fase de la evolución de la Teoría del Delito.

En arreglo a lo expuesto en las categorías previas, se deduce que -en primer- lugar se encuentra el concepto causal o naturalista del delito perteneciente a Von Liszt y Beling. En el marco de este planteamiento clásico, se atribuyó a la culpabilidad un concepto psicológico, es decir, la relación subjetiva entre el acto y el autor.

Estando la Teoría del Delito dividida en dos partes: la externa (antijuridicidad) y la interna (culpabilidad) y teniendo como factor definidor a la idea de la causalidad.

En este entendido, el concepto de causalidad implica que se origine un estado lesivo y se concibe como una relación de causalidad psíquica que puede darse de dos maneras: por medio del dolo o la culpa. Por tanto, el delito aparece como el resultado de una doble vinculación causal: la causalidad material y la causalidad psíquica; no obstante, esta posición fracasó al no poder explicar la culpa inconsciente y ante la existencia de causas de exculpación que no excluyen el dolo (Mir, 2008).

Las críticas condujeron a la sustitución de la concepción psicológica de la culpabilidad por su concepción normativa, así, ésta pasará a entenderse como un juicio de valor y pese a que la culpa y el dolo seguirán implicados en esta categoría como elementos necesarios; ya no seguirán siendo considerados como especies de un género, es decir, no será suficiente solo con ellos.

En ese orden de ideas, puede concurrir el dolo y faltar la culpabilidad, lo que sucede cuando existe una causa de exculpación. Asimismo, la culpabilidad imprudente puede concurrir sin necesidad de una efectiva relación psicológica, como ocurre en la culpa inconsciente: lo decisivo es que la conducta sea reprochable

Por último, se encuentra la concepción del finalismo, consecuencia de trasladar la finalidad al centro del injusto. A este punto (como ya se conoce), Welzel, sustrajo el dolo, así

como, la infracción del deber objetivo del cuidado de su tradicional sede.

Asimismo, el hecho como unidad se constituye en contenido del injusto, así, la culpabilidad deja de dar lugar a la parte subjetiva del hecho. De este modo, se consigue abandonar por completo el contenido psicológico de la culpabilidad y convertir la concepción normativa del causalismo en una concepción puramente normativa; en cambio, para el finalismo, la culpabilidad se limita a reunir aquellas circunstancias que condicionan la reprochabilidad del hecho antijurídico, quedando en la culpabilidad sólo las condiciones que permiten atribuirlo a su autor, lo cual, reside en los siguientes elementos: la imputabilidad, la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad del hecho y la ausencia de causas de exculpación (Mir, 2008).

Ahora bien, la Teoría del Delito -adoptada hoy en día- implica que la culpabilidad es un concepto medular en la consecución de la pena, pues aporta el segundo y principal componente de su medida, la participación subjetiva del autor en el hecho atribuido. En ese sentido, la culpabilidad viene a formar parte del análisis de reprochabilidad deducida por el autor del injusto penal, ello debido a que la sola característica típica y antijurídica de una conducta no supone que ésta sea castigada con pena; sino que, además, se requiere que la misma sea “personalmente imputable” (Mezger, 1958, p. 189).

2.1.2. Elementos del tipo objetivo

Para Peña y Almanza (2010), son las categorías dogmáticas relacionadas entre sí, de las cuales su contenido configura lo que debe entenderse por delito en el Derecho Penal, los cuales, han sido vistos detallados en la teoría previamente desarrollada. Así, se observa que ésta se divide en: acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Respecto de ello, hay un gran acuerdo sobre su estructuración; pero existen discrepancias en cuanto al contenido que se le atribuye, siendo particularmente cuestionadas el contenido de cada una y su vinculación con las demás.

Los autores citados señalan que, al hablar de los elementos que configuran al tipo penal, se tiene una división tripartita, pudiendo hablar de: a) Elemento genérico o soporte del delito, que es una base sobre la cual se estructura el concepto del delito (desde su concepto natural, sociológico, legal y jurídico); b) Elementos específicos, de carácter inconstante, que permiten diferenciar un delito de otro; y, c) Elemento circunstancial o la penalidad, que es el resultado del acto jurídico e influye en la sanción, aunque no afecta la naturaleza del delito. (Peña & Almanza, 2010)

Teniendo ello en consideración, se debe proceder a la explicación de los elementos típicos del delito, como los estructuraba Mir (2008).

A. Sujetos del delito

Son las personas cuyos intereses (uno ilegítimo que arremete al otro) colisionan en la acción delictiva. Pueden ser

indeterminados cuando la ley no requiere una característica específica; o determinados, cuando ello sí se presenta (ser servidor público, por ejemplo).

a) Sujeto activo: Es la persona individual, con capacidad penal, que realiza la conducta típica. Solamente una persona individual puede cometer delitos (incluso, refiriéndose a asociación criminal, solo en la persona individual se da la unidad de voluntad y el principio de individualidad de la pena).

b) Sujeto pasivo: Es el titular del interés jurídico lesionado o puesto en peligro; no obstante, no debe confundirse con el denominado sujeto perjudicado.

B. Objeto formal del delito

De acuerdo con Zaffaroni, Alagia y Slokar (2005) es el fin que persigue el establecimiento de un comportamiento como delito, que es la protección de los bienes e intereses a través del *ius puniendi* estatal. Se divide en objeto jurídico genérico o sustancial y objeto jurídico específico.

El objeto jurídico genérico es el interés del Estado para asegurar y garantizar las condiciones de existencia de la vida en sociedad, es decir, el interés que el legislador tiene en la tutela de bienes jurídicos trascendentes, ya sea, en las personas, sociedad o Estado.

Por su parte, el objeto jurídico específico es el interés propio del sujeto pasivo del delito, es decir, la persona natural o jurídica directamente ofendida por el delito, así, el objeto jurídico específico es la concreción del objeto jurídico genérico en el sujeto pasivo.

C. Objeto de la acción

Es la persona o cosa sobre la que recae la acción del sujeto activo, puede referirse a personas (individuales o colectivas), animales y cosas inanimadas.

El objeto material no se presenta en todos los delitos, algunas de estas excepciones son los delitos de simple actividad y los de omisión simple.

D. Bien jurídico protegido

El objeto jurídico del delito o bien jurídicamente protegido es el bien tutelado por el Derecho mediante la amenaza penal.

De forma general, por bien se entiende toda cosa apta para satisfacer una necesidad humana, en consecuencia, puede ser objeto jurídico del delito un objeto del mundo externo o una cualidad del sujeto, tenga naturaleza corpórea o incorpórea; asimismo, se puede separar de la noción de interés, pues éste refiere a la valoración por parte del sujeto de la aptitud de un bien para satisfacer una necesidad.

E. Condición necesaria del delito

Refiere a la *conditio sine qua non*, en otras palabras, a una condición exigida por la ley penal para alcanzar la subsunción del hecho; en ese contexto, se tiene que, para la aplicación de la condición, el acto debe causar perjuicio.

Por otro lado, debe aclararse que la *conditio* no refiere a las agravantes o atenuantes, pues estas últimas son circunstancias que se dan al momento de desenvolverse la conducta y tienen un efecto en la naturaleza de la sanción, pero que no afectan la naturaleza misma del delito.

2.1.3. Análisis dogmático del delito de peculado doloso

Salinas (2014) señala que, el término "peculado" proviene de dos términos en latín: *pecus* que significa ganado y *latus* que significa hurto, siendo su significado etimológico: "hurto de ganado" (p. 362). No obstante, Rojas (2002) puntualiza que, en el escenario de la Roma de la época, siendo el ganado un bien en extremopreciado (por servir como medio de cambio comercial y jugar un papel preponderante al momento de determinar el estatus socioeconómico de los ciudadanos); en la República se utilizó el término peculado para indicar el hurto de cosas de valor; y será, ya, en la etapa del Imperio Romano donde se llegó a emplear la frase *criminis peculatus* que hace referencia al hurto de dinero o bienes públicos.

Siendo esta última, la definición que se ha perpetuado en la actualidad, el Código Penal peruano, asume el término y regula al

peculado (tanto doloso como culposo) en el artículo 387³ de su cuerpo legal punitivo. Así, en orden con el tema de investigación previamente establecido, corresponde especificar la tipificación del delito en su modalidad dolosa:

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

Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez U.I.T., será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Considerando ello, es posible aseverar que el delito de peculado doloso es el hecho punible que se configura cuando un funcionario o servidor público, en su beneficio personal o en aras de beneficiar a otro, se apropia o utiliza, de cualquier manera “caudales o efectos públicos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiadas debido al cargo que ostenta al interior de la Administración Pública” (Salinas, 2014, p. 364).

³ Salinas (2014) señala que este elemento de la normativa penal peruana ha tenido como antecedente más reciente el artículo 346 del derogado Código Penal de 1924; asimismo, el texto original del citado tipo penal perteneciente al código de 1991 fue modificado por la Ley N° 29703 del 2011, la misma que fue derogada en parte por la Ley N° 29758 del mismo año, por lo cual, el contenido actual de la fórmula legislativa, es la obtenida luego de la modificación introducida por la Ley N° 30111, del 26 de noviembre de 2013.

En función a esta figura delictiva bajo análisis, el Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116 señala que, las modalidades que envuelve el peculado doloso requieren de ciertos elementos materiales para su configuración. Estos componentes serán puntualizados - someramente- a continuación y desarrollados más adelante:

- i) La presencia de una vinculación funcional entre el agente autor del delito y el objeto materia del mismo.
- ii) La captación (acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa, pero lícita), la dirección (funciones activas de manejo y conducción) y el resguardo (protección, mantenimiento y cuidado del erario de la Administración Pública).
- iii) La incautación o uso.
- iv) Actuar en favor propio o en favor de otro.
- v) Los caudales y efectos

A. Modalidades

De acuerdo con los verbos rectores presentes en el tipo penal, los modos de comisión del delito tratado pueden ser: por utilización o uso, y por apropiación.

a) Apropiación

De acuerdo con el R.N. N.º 5230-2008, la apropiación refiere a la acción del agente de adueñarse de los efectos correspondientes al Estado, quitándolos del ámbito de la entidad pública, a fin de utilizarlos como propios.

Con relación a esta conducta, Frisancho (2011) señala que, la sustracción pone al Estado fuera de la órbita de disponibilidad de sus caudales, lo cual, quiere decir que quien lo sustrae no necesariamente lo disfruta o goza, pero comete el ilícito con el solo hecho de colocar los caudales del Estado fuera de su alcance dispositivo. Mientras tanto, en la apropiación, el autor del delito despliega actos dispositivos en cuanto a los bienes públicos, simulando que son suyos.

Salinas (2014) señala que, el agente obra con *animus rem sibi habendi*; así, en este supuesto, quien se ve favorecido con la acción de apoderarse o utilización puede ser el mismo sujeto activo o una persona ajena a la esfera de la Administración Pública.

Para este autor, la conducta del agente público se constituye en una apropiación *sui generis*, pues el servidor o funcionario público no sustrae los bienes, ellos, ya están en su poder debido al cargo que desempeña. Simplemente, en estos casos, el agente no cumple con darle el fin para el que están destinados, pues los utiliza como si de su propiedad se tratase.

b) Utilización

El R.N. N.º 5230-2008, también, describe esta modalidad señalando que, en estos casos el ánimo del agente está orientado a sacarle provecho al objeto materia del

peculado, sin que ello importe la apropiación para el delincuente ni para un tercero.

Rojas (citado por Salinas, 2014) dice que, el supuesto de peculado por utilización, se disfruta o saca beneficio del bien o caudal dejado a su cargo, sin que ello, importe un despliegue de la esfera de posesión o propiedad a favor del imputado.

B. Sujetos del delito

a) Sujeto activo

El Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116 resalta la presencia de una correlación funcional entre el agente y el objeto materia del delito como uno de los elementos materiales del tipo penal.

En ese contexto, también, el vínculo funcional supone que exista una relación de poder entre los caudales asignados y la función que el agente ocupa dentro de la entidad pública.

A este Plenario, se une el R.N. N.º 4894-2208 que señala que, el delito de peculado se configura cuando el sujeto activo, debe tener la cualidad de funcionario o servidor de una entidad pública para que se le otorgue la custodia de efectos relevantes en el desarrollo de las actividades públicas de dicha entidad.

De esta manera, el tipo penal de peculado resulta un delito de incumplimiento del deber, pues se evidencia la presencia de una obligación por parte del sujeto activo como sujeto que tutela los efectos (y demás) para que sean aprovechados por la entidad pública en cuestión.

Ahora bien, lo cierto es que, no basta con ser funcionario o servidor público para que el delito -aquí tratado- resulte imputable, pues lo que realmente se requiere para que dicha norma resulte imputable al agente es que los bienes materiales le sean asignados por razón de su cargo, es decir, que no cualquier funcionario o servidor público puede incurrir en la comisión de este delito.

b) Sujeto pasivo

Se puede aseverar que, el sujeto pasivo de este delito es el Estado, pues es éste el que se ve afectado en su patrimonio. (Exp. N.º 011-2001, sentencia del 8 de agosto de 2006).

c) Objeto de la acción

El Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116 y, en concordancia, el Exp. 010-2001, en su sentencia del 29 de mayo de 2003, señalan cuál es el objeto material sobre el que recae la acción. Desde la doctrina, Frisancho (2011) mantiene que el objeto material del delito de peculado lo constituyen los caudales o efectos

cuya percepción, administración o custodia están confiados a los funcionarios o servidores públicos en razón del cargo que ostentan. Asimismo, señala que:

La Academia entiende por Caudales la "Hacienda o bien de cualquier especie y, más comúnmente dinero". Por Efecto se entiende, en cambio, el "documento o valor mercantil, sea nominativo o endosable al portador" (p. 335).

Este autor recalca que, el problema más grave que se presenta al momento de determinar el objeto material del delito de peculado reside en precisar cuándo una cantidad u objeto adquiere el carácter de caudal o efecto público; pues existe una confusión, en cuanto, al momento concreto en que se integra al patrimonio del Estado, pues podría ser necesario que ingrese de un modo formal en el inventario de los bienes públicos; pero -también- podría bastar con la destinación a ingresar en los fondos que tienen tal carácter (p. 336).

Por otro lado, Salinas (2014) asume como objeto material de este ilícito, todos los bienes muebles o inmuebles que sean susceptibles de valoración económica (incluido el dinero).

No obstante, puntualiza que en la doctrina hay discusión al momento de aceptar si los bienes inmuebles dentro del acervo del tipo objetivo del delito de peculado doloso. Así, doctrinarios de distintas partes del mundo se inclinan por

no considerar a los inmuebles como parte del objeto del delito bajo análisis.

Aún, pese a ello, es común para la legislación nacional que al ser los verbos rectores del tipo penal el utilizar o apropiarse, es perfectamente posible que tal acción recaiga sobre bienes inmuebles.

C. Bien jurídico protegido

De acuerdo a Frisancho (2011), este tipo penal protege el normal desarrollo de la Administración Pública, de manera lógica se entiende que, la pretensión del legislador es la de castigar el daño recaído en el Estado representado por la entidad pública, al haber sido afectada en su patrimonio.

Respecto de ello, cabe relacionarlo con la naturaleza del agente activo en este delito y es que se presenta la diferencia respecto de otros delitos contra la Administración Pública, por cuanto, el tipo penal no se considera lesivo por ser el sujeto un servidor o funcionario público; sino, por el valor que tienen los caudales y efectos del Estado y la crisis que puede generar el perder la disposición de dichos bienes.

Vinculado a ello, se encuentra el hecho de que el fin que cada bien ha de seguir está otorgado mediante mandato legislativo, por eso, cuando el funcionario o servidor se

apropia de ellos o los utiliza, estos bienes no cumplen su finalidad propia y legal generando desestabilidad. Es en ello mismo que, encuentra una razón de ser, que una agravante de este delito concurre cuando dichos bienes estaban destinados a asistencia o programas de apoyo social (p. 328), lo cual, también se desarrolla en el R.N. N.º 4423-2007.

Siguiendo la línea de ideas previas, puede decirse que el objeto de tutela es la regularidad y eficiencia de la función pública, concebida en su sentido más extenso (Exp. N.º 010-2001, sentencia del 29 de mayo de 2003); asimismo, se encuentra en el Acuerdo Plenario N.º 4-2005/ CJ-116 del 2005, en donde señala que estamos frente a un delito pluriofensivo, pues el bien jurídico abarca dos elementos consistentes, en: a) mantener la vigencia de la no lesividad y primacía de las expectativas monetarias y de gestión de la Administración Pública; y b) evitar un ejercicio abusivo de las facultades otorgadas al agente público, las mismas que se le han encomendado por razón de su cargo.

D. Supuestos de atipicidad

Respecto a este extremo, el R.N. N.º 3641-2011, en su Ejecutoria Suprema emitida el 25 de mayo de 2012, presenta ciertos elementos, tales como: la ausencia de imputación objetiva por aplicación del principio de

confianza; sumada a la ausencia de imputación objetiva por aplicación del principio de prohibición de regreso, cuya consecuencia es la determinación de que la conducta desplegada por el imputado se encontraba dentro del ámbito de lo permitido.

CAPÍTULO III

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

3.1. EL DAÑO PATRIMONIAL COMO ELEMENTO OBJETIVO DEL TIPO

La determinación del daño patrimonial como elemento objetivo del tipo no resulta pacífica -tanto- en la doctrina como en la jurisprudencia. Al respecto, Creus (1981) -quien hace referencia a la figura típica regulada en Argentina- sostiene que lo importante al momento de calificar esta conducta consiste en evidenciar un efectivo detrimento en el patrimonio de la Administración Pública, pues según indica, el bien jurídico protegido en el delito de peculado queda circunscrito por los caudales patrimoniales afectados con el despliegue delictivo. Así, la jurisprudencia nacional se ha decantado por el mismo parámetro interpretativo, ya que, es común ver en la práctica judicial que la actividad probatoria queda encaminada a evidenciar la afectación al patrimonio estatal.

En tal sentido, la Corte Suprema (2018) sostiene que resulta imprescindible la presencia de una pericia contable que demuestre la comisión del delito de peculado doloso. Ante lo expuesto, en las siguientes líneas nos avocaremos a establecer por qué el daño patrimonial no constituye un elemento objetivo del tipo, para ello se analizará -en primer lugar- el bien jurídico protegido con este delito; luego, se determinará la naturaleza jurídica del patrimonio en el delito de peculado, para -finalmente- examinar ambos elementos típicos bajo el trasluz del funcionalismo teleológico.

En consecuencia, debemos analizar las características del bien jurídico protegido en este delito. Así, tanto, en sede jurisprudencial como doctrinal

se presentan distintas posturas que, dependiendo del enfoque que asuman, optan por considerar distintos factores como elementos conformantes del bien jurídico en el delito de peculado; en cuanto a ello, la Corte Suprema (2005) sostiene que:

El bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico-penal: a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública; y b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad o probidad (párr. 6)

De esta manera, cabe sostener que, dada la interpretación de la Corte Suprema, ésta, considera al bien jurídico protegido como uno de carácter pluriofensivo en donde convergen tanto los intereses patrimoniales de la Administración Pública como los deberes funcionales que recaen sobre el agente público. No obstante, contrario a lo indicado, autores como Abanto (2005) consideran que, en virtud a la ubicación; así como, a las agravantes contenidas por la figura típica se protege -en realidad- el patrimonio estatal.

Por su parte, lo anteriormente indicado -también- ha sido sostenido sobre la base de que los verbos rectores en el delito de peculado doloso en Perú son -tanto- el *apropiarse* y *utilizar*; en consecuencia, se indica que, dada la inclusión de tales términos en sede nacional, ésta defiende una perspectiva patrimonialista por sobre el deber del cargo que recae en el agente público. Al respecto, creemos que resulta prematuro sostener ello, en virtud solo a las agravantes contenidas en la redacción típica, pues de la evolución que este delito ha tenido, así como de su ubicación sistemática, se entiende

que el patrimonio no es en exclusiva lo que se pretende proteger con la incorporación de esta figura delictiva.

Sobre este tópico, si bien -tanto- en la legislación argentina y española se utiliza el verbo *sustraer*, ello, no basta para sostener que en el Perú su interpretación debe ser distinta; sino que, por el contrario, dada la ubicación sistemática de este delito, así como los intereses que se resguardan con su incorporación, además de una interpretación acorde a los demás delitos regulados en dicha sección, defendemos la idea de que el bien jurídico protegido es de carácter pluriofensivo en donde se resguarda la correcta administración de los bienes estatales, así como, el deber funcional del agente público.

Asimismo, siguiendo la línea de lo antes indicado, el considerar solo al patrimonio como el bien jurídico protegido desnaturaliza la figura típica en cuestión, pues llegaría incluso a considerarse como un delito común⁴ agravado por la condición de los bienes objeto del ilícito penal. Ahora, teniendo en cuenta lo indicado en líneas precedentes y partiendo de la idea de que el bien jurídico protegido con este delito, en específico, es uno de carácter pluriofensivo, cabe avocarse -ahora- al estudio de la naturaleza jurídica del daño patrimonial en el delito de peculado doloso.

Sobre ello, cabe diferenciar lo realmente protegido con la tipificación del delito; así, tal y como recientemente lo determinamos, el bien jurídico es de carácter pluriofensivo, el cual comprende, entre otras cosas, la correcta administración de los bienes estatales.

⁴ En ese sentido ha sido incorporado en el Código Penal alemán, en el cual, queda comprendido entre los delitos contra el patrimonio, específicamente el hurto y robo (Rojas Vargas, 2016, pp. 235-239).

De esta manera, si bien dicha arista del bien jurídico protegido comprende -en cierto modo- al patrimonio estatal, ello no quiere decir que en específico el bien jurídico quede circunscrito a dicho patrimonio; pues cabe resaltar que el peculado doloso es un delito funcional. Por tanto, será considerado como autor, aquél que dolosamente haya faltado al deber objetivo en mérito a su cargo para favorecerse a sí mismo o a un tercero.

Lo indicado sirve para evidenciar que, más allá de la sola protección del patrimonio, constituye un eje fundamental la infracción del deber en mérito al cargo del agente público, pues allí se halla el fundamento teleológico que sustenta la incorporación del delito de peculado al catálogo delictivo nacional.

En consecuencia, cabe determinar que la naturaleza jurídica del daño patrimonial en el peculado doloso es la de ser el objeto, sobre el cual, recae la acción típica; pues el bien jurídico protegido comprende otros elementos, como ya se mencionó anteriormente. Del mismo modo, esta interpretación es acorde con el fundamento teleológico del tipo penal bajo análisis, pues su carácter axiológico comprende deberes funcionariales que van más allá del patrimonio de la Administración Pública.

Empero, y contrario hasta lo aquí resuelto, la Corte Suprema (2018) opta por considerar como *conditio sine qua non* la presencia de una pericia contable que evidencie el daño patrimonial acaecido; sin embargo, dicha interpretación resulta contradictoria con lo hasta aquí desarrollado; pues - en la práctica- si no se evidencia tal perjuicio patrimonial, el delito de peculado no podrá considerarse consumado por tener la condición de elemento objetivo del tipo. En ese orden de ideas, tal postura debe ser

descartada en virtud a la pluralidad de elementos protegidos en el delito de peculado.

Finalmente, cabe entender la figura del daño patrimonial bajo la perspectiva que nos brinda el funcionalismo teleológico. Así, dicha perspectiva *ius-filosófica* opta por analizar cada categoría delictiva en virtud a los fines político-criminales que inspiraron su vigencia; en ese sentido, el bien jurídico juega un rol fundamental en la interpretación jurídico penal, pues éste es quien dirige las aspiraciones político-criminales dadas en un determinado espacio-tiempo.

Sobre ello, tal y como quedó establecido, el fundamento teleológico que yace tras la regulación del delito de peculado es el de garantizar la correcta administración de los bienes estatales, así como, garantizar el cumplimiento de los deberes funcionariales que recaen sobre el agente público.

En ese sentido, la comprensión del daño patrimonial debe realizarse sobre dicha clave, es decir, se sostuvo líneas atrás de que, dada la redacción típica, lo que se requiere evidenciar en este delito es si hubo o no una infracción al deber que el agente público, por razón de su cargo, le fue encomendado. Así, puede darse el caso, en el cual, a pesar de evidenciarse una efectiva lesión al patrimonio público; si no se tiene la certeza de una infracción al deber funcionarial, el delito de peculado no se habrá configurado.

Siendo así, entender al daño patrimonial como elemento del tipo objetivo va en contra de una perspectiva funcionalista que optimiza la interpretación

en virtud a los fines político-criminales, pues la regulación del peculado no tiene como fin único la exclusiva protección del patrimonio estatal.

3.2. DESCRIPCIÓN DE SENTENCIAS CONDENATORIAS POR LA COMISIÓN DEL DELITO DE PECULADO

3.2.1. Sentencia 01720-2013-5-0601-JR-PE-01

La sentencia bajo comentario considera al daño patrimonial como elemento objetivo del tipo, así, considera como bien jurídico protegido el deber funcional del sujeto activo respecto a los bienes que se le han dado en custodia; así como, la adecuada administración de los bienes públicos. No obstante, si bien no se pronuncia directamente sobre el daño patrimonial, la concepción del bien jurídico que defiende es una de perspectiva patrimonialista. En ese orden de ideas, en su fundamento 56, sostiene que:

Lesión del bien jurídico, puesto que el delito de peculado tiene como objeto de protección la intangibilidad de los intereses patrimoniales del Estado y controlar los excesos de poder que los funcionarios pueden cometer en el ejercicio de sus funciones.

3.2.2. Sentencia 00024-2015-15-0611-JR-PE-01

En el presente caso, la sentencia de apelación emitida por la Sala Penal Superior de Cajamarca, en breves líneas, sustenta la idea de que el delito de peculado doloso requiere la afectación al patrimonio de la entidad pública. En tal sentido, en el segundo párrafo del vigésimo tercer fundamento, sostiene que:

Asimismo, conviene señalar que el bien jurídico protegido en el tipo penal atribuido a los procesados, en términos generales, es la correcta “administración” o “custodia” de los bienes públicos que implica las funciones activas de manejo y conducción de los recursos. **Al paso que, en específico, el bien jurídico protegido es el patrimonio del Estado.**

3.3.3. Sentencia 00007-2015-1-0601-JR-PE-02

La sentencia, aquí, presentada no se pronuncia de manera específica y autónoma respecto al daño patrimonial en el delito de peculado doloso; empero, cuando realiza el análisis dogmático en la parte considerativa de derecho, específicamente, en su fundamento sexto sostiene que se requiere la presencia de daño patrimonial. En tal sentido, el texto en mención, sostiene que:

El tipo objetivo, está constituido por la acción que, en el presente caso es comisiva; y, el delito es pluriofensivo que se configura cuando el funcionario o servidor público en su beneficio personal o para beneficio de otro, se apropia o utiliza, en cualquier forma, caudales o efectos públicos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón del cargo que desempeña al interior de la Administración Pública; sujeto activo la acusada, sujeto pasivo, el Estado. Y, el bien jurídico protegido, tal como lo ha reconocido el acuerdo plenario N° 04-2005/CJ-116, es: el correcto desenvolvimiento de la administración pública y **el patrimonio del Estado.**

3.3.4. Sentencia 01287-2011-2-0601-JR-PE-04

Al igual que en la sentencia anterior y en una redacción judicial particularmente similar a la analizada previamente, el juzgado en cuestión, ha optado por considerar al daño patrimonial como elemento objetivo del tipo, a pesar que, si bien reconoce la pluralidad de los intereses que convergen en este delito, considera como

condición sin la cual no podría configurarse el delito a la materialización de un perjuicio patrimonial en contra de la Administración Pública. Así, en su sexto fundamento considerativo, se sostiene que:

El bien jurídico protegido, tal como lo ha reconocido el acuerdo plenario N°04-2005/CJ-116, es: el correcto desenvolvimiento de la administración pública y el patrimonio del Estado.

En el mismo fundamento, líneas posteriores y citando jurisprudencia nacional (Exp. 3858-2001/La Libertad), hace referencia a la lesión sufrida en el patrimonio de la Administración Pública indicando que debe configurarse -efectivamente- tal lesión para poder imputar objetivamente el delito de peculado doloso.

3.3.5. Sentencia 00625-2014-1-0601-JR-PE-01

La sentencia en mención no guarda una redacción que así lo evidencie. De esta manera, en su fundamento cuarto, relativo a los supuestos jurídicos aplicables al caso, únicamente destaca la utilización del bien propiedad de la Administración Pública sin hacer mención alguna al daño patrimonial.

La naturaleza del comportamiento es activo en el usar y omisivo en el dejar o permitir que otro use. El delito es de simple actividad, es decir, el uso del bien consume al delito. No existe en el peculado de uso específico por parte del sujeto activo voluntad de apropiación, ni es necesario acreditar que este actuó con ánimo de lucro, al no ser ello componente del tipo penal, ni demostrar que efectiva y contablemente obtuvo beneficio económico o de otra naturaleza, bastando la utilización para fines no oficiales.

3.3.6. Sentencia 01910-2016-4-0601-JR-PE-03

La sentencia en cuestión no realiza mención alguna al daño patrimonial al momento de considerar consumada la conducta. En tal sentido, cuando el órgano jurisdiccional realiza el juicio de subsunción, específicamente, en lo referido a la tipicidad objetiva no se evidencia consideración alguna al daño patrimonial.

Se ha demostrado que la conducta del acusado (...), **quien en su condición de funcionario público** -director de la Oficina General de Gestión de Recursos Humanos-, **se apropió de cualquier forma** -rendición de gastos con fecha posterior a la establecida y no haber realizado la capacitación aprobada mediante Resolución N° 518-2015-OGA-MPC, presentando en su rendición de gastos recibos por honorarios de quien no había ejecutado la capacitación-, **para sí** (puesto que el recibió el dinero para la capacitación) de los caudales -dinero- de la Municipalidad Provincial de Cajamarca, **recibido en administración** - en condición de Director de la Oficina General de Gestión de Recursos Humanos para la ejecución de la capacitación de cursos vinculados a sistemas administrativos- y **como tal tenía la vinculación específica** sobre el -dinero entregado-.

3.3.7. Sentencia 01691-2016-2-0601-JR-PE-05

En la presente sentencia no se evidencia una mención explícita al daño patrimonial al momento de fundamentar la decisión, puesto que, cuando se realiza el juicio de subsunción no existe mención alguna. Así, en el considerando décimo, únicamente, se mencionan los siguientes elementos objetivos del tipo:

Se ha demostrado que el acusado (...) es un **funcionario público** por cuanto se ha desempeñado como alcalde de la Municipalidad del Centro Poblado de Tual, ha quedado acreditado la **relación funcional** entre el acusado y los caudales entregados por la Minera Yanacocha para la ejecución de las obras -dinero-, que se ha apropiado para

sí -ha sido para su **beneficio personal** de los caudales recibidos en administración.

3.3.8. Sentencia 00690-2018-2-0601-JR-PE-07

De lo analizado en la sentencia es de notar que, al momento de calificar los hechos, específicamente, en el considerando sexto cuando resuelve lo concerniente a la tipicidad objetiva, ésta parte de la noción que para configurar el delito de peculado doloso es necesario evidenciar un daño patrimonial; así, sostiene lo siguiente:

En palabras de Salinas Siccha: “De modo que el bien jurídico específico sólo se verá afectado cuando el agente lesione el patrimonio del Estado infringiendo sus deberes de lealtad y probidad que tiene para con los bienes que le han sido encomendados o confiados en razón de su cargo”. Además, en línea con lo señalado, la Ejecutoria Suprema recaída en el Exp. N° 3858-2001-La Libertad (13-03-2003), ha señalado que “En el delito de peculado (...) se sanciona la lesión sufrida por la Administración Pública al ser despojada de la disponibilidad de sus bienes, despojo que es producido por quienes ostentan el poder administrativo de los mismos, como son los funcionarios o servidores públicos, quienes al incumplir el mandato legal que establece el destino que debe darse a tales bienes, permiten que el Estado pierda su disponibilidad sobre el bien y éste no cumpla su finalidad propia y legal”.

3.3.9. Sentencia 00219-2015-2-0603-JR-PE-01

De la sentencia observada es de notar que, en ninguno de los considerandos hace referencia al daño patrimonial; en efecto, de la redacción utilizada por el órgano jurisdiccional, específicamente, en lo referido a la tipicidad objetiva (juicio de subsunción) no se evidencia ninguna consideración a la naturaleza del perjuicio patrimonial.

El tipo objetivo está constituido por la acción que [sic] en el presente caso es comisiva; y, el delito es de peligro pluri - ofensivo que se configura el delito cuando el funcionario o servidor público en su beneficio personal o para beneficio de otro, se apropia o utiliza, en cualquier forma, caudales o efectos públicos, cuya percepción, administración o custodia le están confiados por razón del cargo que desempeña al interior de la Administración Pública; sujeto activo: el acusado (...). Sujeto pasivo es la Municipalidad Distrital de José Gálvez, y, el bien jurídico, tal como lo ha recogido el Acuerdo Plenario N° 04-2005/CJ-1161, es un delito pluriofensivo, se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico-penal: a) garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública y b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad (sexto fundamento).

3.3.10. Sentencia 00041-2014-59-0605-JR-PE-01

De la sentencia *sub examine* se tiene que ésta sí considera al daño patrimonial como elemento objetivo del tipo, ello debido a que, de la redacción utilizada para determinar la presencia de tipicidad objetiva y, sirviéndose de doctrina, defiende la idea de que para poder configurar el tipo penal de peculado doloso, el agente, debió causar un perjuicio patrimonial. En tal sentido, de lo comprendido en su quinto fundamento respecto a la calificación jurídica, el órgano jurisdiccional, sostiene que:

El bien jurídico específico sólo se verá afectado cuando el agente lesione el patrimonio del Estado infringiendo sus deberes de lealtad y probidad que tiene para con los bienes que le han sido encomendados o confiados en razón de su cargo. Además, en línea con lo señalado en la Ejecutoria Suprema recaída en el Exp. N° 3858-2001-La Libertad (13-03-2003), ha señalado que “En el delito de Peculado (...) se sanciona la lesión sufrida por la Administración Pública al ser despojada de la disponibilidad de sus bienes, despojo que es producido por quienes ostentan el poder administrativo de los

mismos, como son los funcionarios o servidores públicos, quienes al incumplir el mandato legal que establece el destino que debe darse a tales bienes, permiten que el Estado pierda su disponibilidad sobre el bien y éste no cumpla su finalidad propia y legal”.

3.3.11. Sentencia 00129-2016-98-0607-JR-PE-01

Al igual que en la sentencia anterior y guardando una redacción idéntica, la presente resolución judicial opta por concebir la cualidad de que, si no logra materializarse un efectivo daño en el patrimonio de la Administración Pública, el delito de peculado no podrá considerarse consumado. Así, y citando a Salinas (2012, p. 232), sostiene que:

El bien jurídico, tal como lo ha recogido el Acuerdo Plenario N° 04-2005/CJ-1161, es: el correcto desenvolvimiento de la administración pública y el patrimonio del Estado; en palabras de Salinas Siccha: “De modo que el bien jurídico específico sólo se verá afectado cuando el agente lesione el patrimonio del estado infringiendo sus deberes de lealtad y probidad que tiene para con los bienes que le han sido encomendados o confiados en razón de su cargo”.

3.3.12. 00019-2011-76-0601-JR-PE-01

Con respecto a la resolución judicial aquí comentada, la consideración al daño patrimonial no es evidenciable, ello en virtud a que, al momento de realizar el juicio de subsunción no se desarrolla ningún aspecto valorativo en ese sentido. De esta manera, el fundamento 10.3, únicamente, menciona los siguientes elementos típicos objetivos:

10.3.- Tipicidad objetiva. Se ha demostrado que la conducta del acusado (...), quien en su condición de **funcionario público** – alcalde de la Municipalidad Distrital de Lajas, se **apropió para un tercero**, de los caudales (dinero) del Estado, **recibido en administración**, con lo cual se ha acreditado la **relación funcional**; mas no así de los demás acusados.

3.3.13. Sentencia 01571-2012-4-0601-JR-PE-04

La sentencia bajo comentario, si bien, no menciona directamente al daño patrimonial como elemento típico; no obstante, sí hace referencia a que el monto devuelto no convierte en atípica la conducta, sino que por el contrario, ésta sigue siendo lesiva y -por tanto- se halla en grado de consumación. De esta manera, en el fundamento 54, referido a la lesión del bien jurídico, sostiene que:

54. La lesión al bien jurídico protegido

PROBADO, la acción desplegada por el acusado ha lesionado el bien jurídico protegido en el delito de peculado como es: a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública y b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionariales de lealtad y probidad, pues se evidencia que el acusado se ha apropiado de los caudales pertenecientes al INPE Cajamarca con la pericia contable corrobora la lesión al bien jurídico tutelado por el delito de peculado. El hecho que haya devuelto una parte de él indebidamente apropiado no hace atípica la conducta imputada, puesto que nos encontramos frente a un delito de comisión instantánea, tal como lo tiene señalado la corte suprema en el Exp. 1594-2004 (fundamento 7) y además el acusado tenía dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico.

3.3.14. Sentencia 00251-2013-2-0601-JR-PE-03

La sentencia tratada opta por considerar al daño patrimonial como elemento objetivo del tipo, pues de la redacción que presenta se evidencia que exige la presencia del daño patrimonial para poder imputar de manera objetiva el tipo penal en cuestión. Así, en su fundamento 54, desarrolla que:

El bien jurídico, tal como lo ha recogido el acuerdo plenario N° 04-2005/CJ-116, es: el correcto desenvolvimiento de la administración pública y el patrimonio del Estado; en palabra de Salinas Siccha: “De modo que el bien jurídico específico solo se verá afectado cuando el agente lesione el patrimonio del estado infringiendo sus deberes de lealtad y probidad que tiene para con los bienes que le han sido encomendados o confiados en razón de su cargo”.

3.3.15. Sentencia 00238-2017-44-0610-JR-PE-02

La sentencia, aquí, tratada no realiza mención alguna al daño patrimonial como elemento objetivo del tipo, en su lugar, cuando realiza el juicio de subsunción no lo comprende como elemento típico constitutivo; en tal sentido, el fundamento 13.1 de la resolución indica que:

Se ha demostrado que la conducta de la acusada (...), quien en su **condición de funcionario público** -Director de la Institución Educativa N° 821580- Montecarlo (Miracosta), **se apropió de cualquier forma**, retirando el dinero de la administración pública e incorpora a su patrimonio cuenta privada (amigo), **para sí** (recibió el dinero, no ejecutó obras de mejoramiento, no sustentó los gastos y no devolvió el dinero en el plazo fijado por ley) de los caudales -dinero- de la Institución Educativa N° 821580 Montecarlo-Miracosta, **recibido en administración y custodia**, en condición de encargada para el mantenimiento de dicha Institución Educativa y

como tal con vinculación funcional específica sobre los caudales -dinero- al tener posición de garante.

3.3.16. Sentencia 00402-2015-87-0610-JR-PE-01

Al igual que en otras sentencias analizadas previamente, la actual resolución -tampoco- se pronuncia en cuanto a la naturaleza jurídica del daño patrimonial en el delito de peculado. De esta manera, tanto, en la fundamentación jurídica como en el juicio de subsunción, el órgano jurisdiccional no desarrolla el tema en cuestión.

Se ha demostrado que la conducta de la acusada (...), **quién en su condición de servidora pública** -asistente de caja en la Municipalidad Provincial de Chota-, se **apropió** de cualquier forma – retirando el dinero depositado para el pago de planillas, **apartándolo de la esfera pública, para sí** (cobró el dinero y no pagó las planillas) de los caudales de la Municipalidad Provincial de Chota, recibido en administración y custodia en condición de asistente de cajera en los meses de junio hasta agosto del año 2014, como tal con vinculación funcional específica sobre los caudales de dinero (fundamento 10.1).

3.3.17. Sentencia 00244-2016-63-0610-JR-PE-01

La presente sentencia no realiza comentario alguno respecto a la función del daño patrimonial como elemento objetivo del tipo, en tal sentido, si bien se declara la prescripción de la acción penal, al momento de realizar el juicio de subsunción no se evidencia la naturaleza jurídica de tal elemento⁵. Así, en el fundamento 21.1 se declara que:

⁵ En ese sentido, si bien sí ha quedado probado la participación, así como la afectación al bien jurídico protegido, la acción penal ha prescrito.

21.1.- Tipicidad objetiva.

Se ha demostrado que la acción del acusado (...), en su condición de **funcionario público** -jefe de Abastecimiento de la Municipalidad Distrital de Cochabamba-, **se apropió** de cualquier forma -retirando el dinero depositado para el pago de planillas de trabajadores, **apartándolo de la esfera pública, para sí** (cobró el dinero y no pagó las planillas) de los caudales -dinero- de Municipalidad Distrital de Cochabamba, recibido en administración y custodia, como tal con **vinculación funcional** específica sobre los caudales de la Municipalidad, lesionando el bien jurídico.

3.3.18. Sentencia 00006-2017-68-0601-JR-PE-01

En el mismo sentido antes indicado, la sentencia -aquí- examinada no desarrolla lo referido al daño patrimonial. Así, en su fundamento 9.1, señala que:

Se ha demostrado que la acción de la acusada (...), en su condición de funcionaria pública-directora de la I. E. N° 82387- Caserío Pidan Sitacocha-Cajabamba, se apropió de cualquier forma -retirando el dinero depositado para el mantenimiento del local escolar de la Institución Educativa, apartándolo de la esfera pública, para sí (cobró el dinero y no realizó debidamente el mantenimiento escolar de la Institución) de los caudales -dinero- de la I. E. N° 82387- Caserío Pidan-Sitacocha-Cajabamba, recibido en administración y custodia en condición de directora en los meses de 01 de marzo hasta diciembre del año 2016, como tal con vinculación funcional específica sobre los caudales -dinero- y afectando el bien jurídico protegido.

3.3.19. Sentencia 00046-2016-89-0605-JR-PE-01

La sentencia en cuestión, en un razonamiento parecido a otros vistos previamente y a partir de un comentario hecho por Salinas (2012, p. 232) sostiene que, el daño patrimonial es *conditio sine*

qua non para poder configurar el delito de peculado doloso. De esta manera, en su fundamento octavo, sostiene que:

El bien jurídico, tal como lo ha recogido el Acuerdo Plenario N° 04- 2005/CJ-1161, de manera general es el correcto desenvolvimiento de la administración pública y el patrimonio del Estado; en palabras de Salinas Siccha: “De modo que el bien jurídico específico sólo se verá afectado cuando el agente lesione el patrimonio del estado infringiendo sus deberes de lealtad y probidad que tiene para con los bienes que le han sido encomendados o confiados en razón de su cargo”.

3.3.20. Sentencia 00262-2016-74-0601-JR-PE-01

La presente sentencia, tanto, en el fundamento jurídico para construir la premisa mayor, así como -posteriormente- cuando realiza el juicio de subsunción no realiza consideración alguna en cuanto al daño patrimonial, a pesar de, las pruebas actuadas. Así, en el fundamento 20.1 referido al examen de la tipicidad objetiva, se indica que:

20.1.1. Tipicidad Objetiva. El acusado (...) (en condición de ex jefe de la Oficina de Abastecimiento de la Municipalidad Provincial de Chota), en el año 2014, **valiéndose de su cargo, se apropió de los materiales de construcción** que ascienden a la suma de S/. 22,849.50, que estaban destinados a la ejecución de la obra denominada: “Construcción de Alcantarillado en Prolongación Jr. Coronel Becerra y Pje. José Cruzado-Chota”, la misma que no existe. Por su parte, el acusado (...) (en calidad de ex Sub Gerente de Infraestructura de la precitada Municipalidad), también, valiéndose de su cargo, prestó colaboración para la apropiación de los referidos caudales municipales.

3.3.21. Sentencia 00096-2017-24-0601-JR-PE-01

La sentencia en cuestión opta por asumir la postura de que, el daño patrimonial -en realidad- constituye un elemento objetivo del tipo. En ese sentido, al observar los hechos objeto de prueba se tiene que, un extremo estuvo referido a determinar si se ha producido un perjuicio económico. Así, en el fundamento 13, se indica que:

Planteados así, los hechos objeto de acusación y delimitadas las normas que el Juzgado considera aplicables al caso, consideramos que para desvirtuar la Presunción de Inocencia que asiste a los acusados; y, en consecuencia, imponer condena, el Ministerio Público, debe probar los siguientes extremos:

Respecto del presunto delito de peculado 387°, primer párrafo del Código Penal.

-Los acusados (...), han sido -al momento de ocurrido los hechos objeto de acusación- funcionarios públicos de la Municipalidad Distrital de Utco/Celendín/Cajamarca.

-Los acusados han tenido vinculación directa y legal (relación funcional) con los caudales públicos, en razón del cargo desempeñado.

-Existencia de perjuicio económico.

-El acusado (...) (en calidad de ex alcalde) se ha apropiado de cualquier forma para sí, la suma de S/. 23,022.00, en la ejecución de la obra "Acabados y culminación de la I.E. N° 364-Utco-Distrito de Utco".

-El acusado (...) (en calidad de ex tesorero) se ha apropiado de cualquier forma para sí, de la suma de S/. 6552.00 del erario nacional, provenientes del canon y sobre canon, destinado a la Municipalidad Distrital de Utco.

3.3. ANÁLISIS DE RESULTADOS

El análisis de resultados quedará compuesto de dos partes. Así, en un primer momento, se presentarán dos tablas cuya finalidad es la de evidenciar cuáles son las sentencias que consideran o no al daño patrimonial como elemento objetivo del tipo. Luego, en un segundo momento, se determinará el nivel de argumentación de cada una de ellas,

en cuanto, a la naturaleza jurídica del daño patrimonial en el delito de peculado doloso.

En ese orden de ideas, el contenido de las tablas es representado mediante gráficos que facilitan su comprensión, a la vez, que nos permite tener una mejor comprensión acerca de su argumentación.

3.3.1. Sentencias que consideran al daño patrimonial como elemento objetivo del tipo en el delito de peculado doloso

El objetivo de la presente tabla es el de cuantificar el número de sentencias que han considerado al daño patrimonial como elemento objetivo del tipo penal. En tal sentido, se han establecido tres categorías en virtud a la forma -en la que cada una de dichas sentencias- ha abordado al daño patrimonial, con la finalidad de emitir sentencia por la comisión del delito de peculado doloso.

En consecuencia, la última categoría constituye un hallazgo, pues en tales resoluciones no se hace comentario alguno, ni siquiera para desvirtuarlo o incluirlo.

Tabla 1:

Fundamento de las sentencias analizadas, en cuanto, a la consideración del daño patrimonial como elemento objetivo del tipo.

Expediente	Considera al daño patrimonial	No considera al daño patrimonial	No realiza mención alguna
01720-2013-5-0601-JR-PE-01	X		
00024-2015-15-0611-JR-PE-01	X		
00007-2015-1-0601-JR-PE-02	X		
01287-2011-2-0601-JR-PE-04	X		

00625-2014-1-0601-JR-PE-01			X
01910-2016-4-0601-JR-PE-03			X
01691-2016-2-0601-JR-PE-05			X
00690-2018-2-0601-JR-PE-07	X		
00219-2015-2-0603-JR-PE-01			X
00041-2014-59-0605-JR-PE-01	X		
00129-2016-98-0607-JR-PE-01	X		
00019-2011-76-0601-JR-PE-01			X
01571-2012-4-0601-JR-PE-04		X	
00251-2013-2-0601-JR-PE-03	X		
00238-2017-44-0610-JR-PE-02			X
00402-2015-87-0610-JR-PE-01			X
00244-2016-63-0610-JR-PE-01			X
00006-2017-68-0601-JR-PE-01			X
00046-2016-89-0605-JR-PE-01	X		
00262-2016-74-0601-JR-PE-01			X
00096-2017-24-0601-JR-PE-01	X		

Descripción de la tabla

- a) **Considera al daño patrimonial:** Sentencias que, ya sea, en la fundamentación jurídica o -también- en el juicio de subsunción, consideran al daño patrimonial como elemento objetivo del tipo.
- b) **No considera al daño patrimonial:** Sentencias que, dentro de su fundamentación jurídica o análisis fáctico de los hechos, no consideran al daño patrimonial como elemento objetivo del tipo.
- c) **No realiza mención alguna:** Sentencias que, tanto, en la construcción de la premisa normativa, así como, en el análisis fáctico de los hechos, no mencionan -en modo alguno- al daño patrimonial.

3.3.2. Nivel de fundamentación de las sentencias analizadas

A continuación, se presenta una tabla con tres niveles de argumentación, la cual, nos servirá para cuantificar el nivel de desarrollo dogmático y doctrinario de las sentencias antes descritas, para -posteriormente- plasmar dicha información por medio de gráficos.

Tabla 2

Nivel de argumentación de las sentencias emitidas por Juzgado Penal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca

Expediente	Nivel Alto	Nivel Medio	Nivel Bajo
01720-2013-5-0601-JR-PE-01		X	
00024-2015-15-0611-JR-PE-01		X	
00007-2015-1-0601-JR-PE-02		X	
01287-2011-2-0601-JR-PE-04		X	
00625-2014-1-0601-JR-PE-01			X
01910-2016-4-0601-JR-PE-03			X
01691-2016-2-0601-JR-PE-05			X
00690-2018-2-0601-JR-PE-07		X	
00219-2015-2-0603-JR-PE-01			X
00041-2014-59-0605-JR-PE-01		X	
00129-2016-98-0607-JR-PE-01		X	
00019-2011-76-0601-JR-PE-01			X

01571-2012-4-0601-JR-PE-04		X	
00251-2013-2-0601-JR-PE-03		X	
00238-2017-44-0610-JR-PE-02			X
00402-2015-87-0610-JR-PE-01			X
00244-2016-63-0610-JR-PE-01			X
00006-2017-68-0601-JR-PE-01			X
00046-2016-89-0605-JR-PE-01		X	
00262-2016-74-0601-JR-PE-01			X
00096-2017-24-0601-JR-PE-01		X	

Descripción de la tabla:

a) Nivel bajo: No hay evidencia que fundamente la construcción de la premisa mayor, la cual, considera al daño patrimonial como elemento objetivo del tipo o como categoría que no conforma la tipicidad objetiva.

b) Nivel medio: Se expone de manera insuficiente y sucinta el fundamento teórico en la construcción del daño patrimonial como elemento objetivo del tipo o como elemento que no conforma la tipicidad objetiva en el delito aquí tratado.

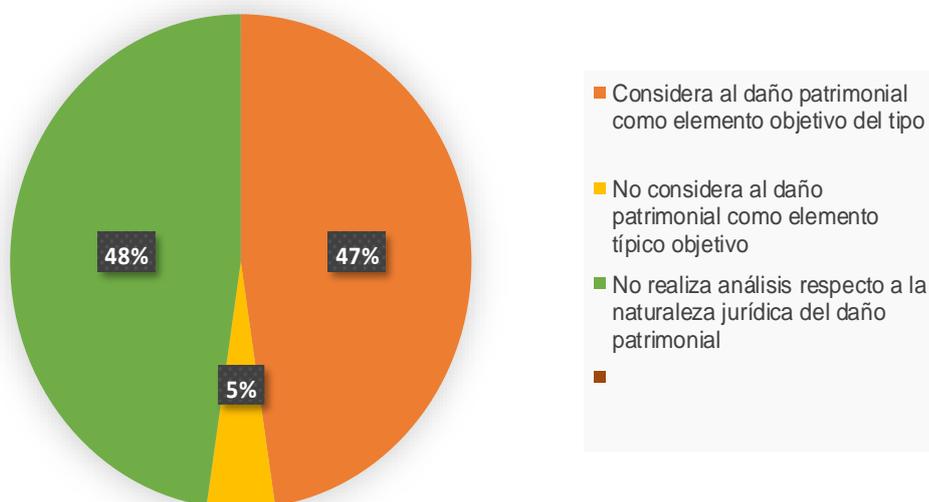
c) Nivel alto: Se evidencian de manera clara y coherente el fundamento teórico que permite entender al daño patrimonial como elemento objetivo del tipo o como un elemento que no conforma la tipicidad objetiva en el delito de peculado doloso.

3.4. INTERPRETACIÓN DE LA INFORMACIÓN EXPUESTA

Dado lo hasta aquí expuesto y desarrollado, en las líneas sucesivas, el análisis se centrará a verter lo evidenciado en las tablas anteriores por medio de gráficos que simplifiquen su explicación y, de este modo, entender de mejor manera el problema advertido.

Así, tenemos:

3.4.1. Universo de sentencias analizadas



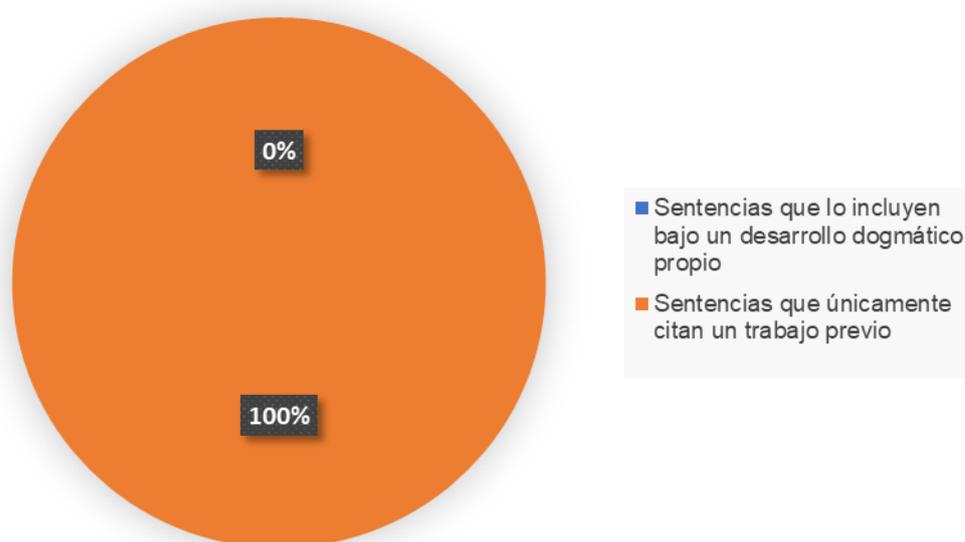
Del presente gráfico puede evidenciarse, entre otros aspectos, que el 47% de las sentencias analizadas consideran al daño patrimonial como elemento objetivo del tipo. En tal sentido, dicha consideración viene de entender que, para configurar el delito aquí tratado se debe evidenciar un perjuicio patrimonial en los bienes de la Administración Pública (la entidad pública, en concreto, para este caso); empero, cabe señalar que -del total analizado- la sentencia 244-2016-63-0610-JR-PE-01 declara la prescripción de la acción penal, no obstante, dado que sí se evidencia allí la participación del agente, así como, la afectación del bien jurídico protegido, ésta, fue incluida en el análisis debido al desarrollo dogmático del concepto materia de investigación.

En cuanto a las sentencias que no consideran al daño patrimonial como elemento del tipo objetivo, tan solo, un cinco por ciento lo

consigna. Sobre este punto, dicha consideración se basa en citas doctrinales que no evidencian un análisis más profundo al respecto.

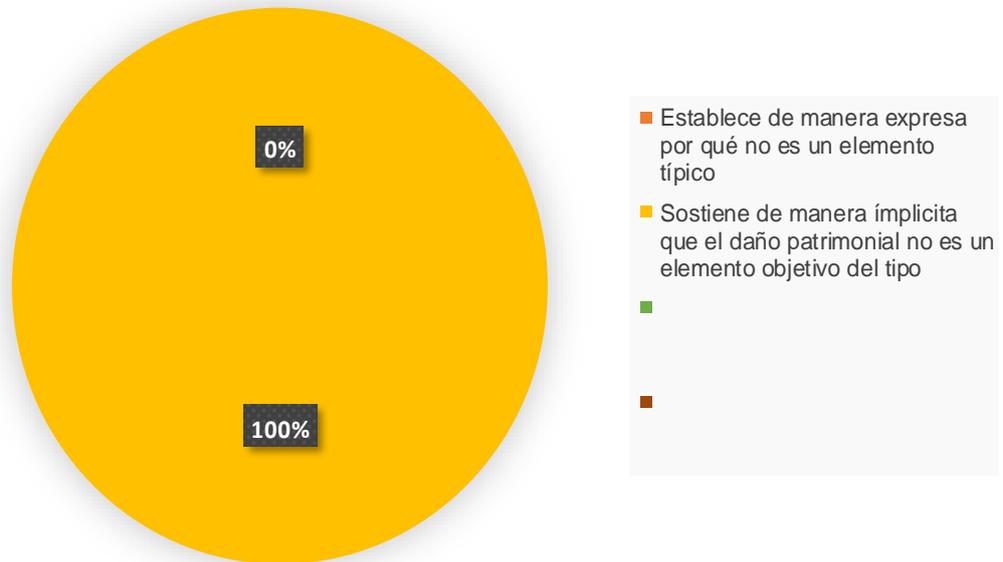
Finalmente, un 48% de las sentencias examinadas no desarrollan considerando alguno para determinar la naturaleza del daño patrimonial en el delito de peculado doloso.

3.4.2. Sentencias que consideran al daño patrimonial como elemento del tipo objetivo



Lo evidenciado mediante el presente gráfico hace notar una problemática al momento de hacer un desarrollo teórico que permita comprender un tema tan controversial. Así, los fundamentos aquí analizados, únicamente, se realizan sobre la base de trabajos previamente citados, sin observar un análisis más profundo que involucre un despliegue argumentativo en pro de identificar al daño patrimonial como elemento del tipo objetivo. De esta manera, los argumentos en cuestión, únicamente, citan doctrina y jurisprudencia previa sin añadir un punto de vista propio.

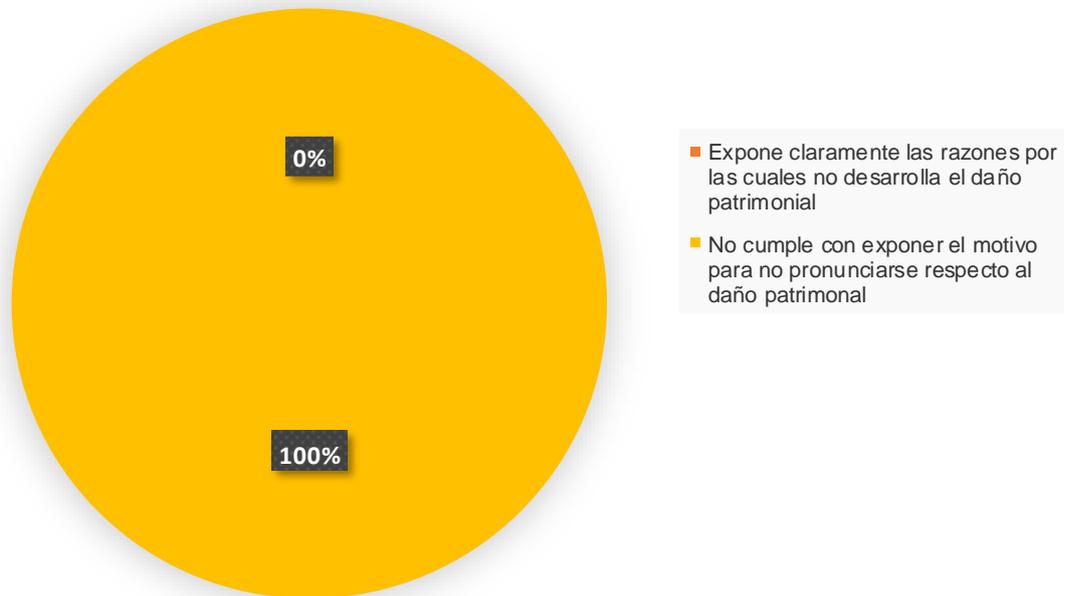
3.4.3. Sentencias que no consideran al daño patrimonial como elemento del tipo objetivo



Tal y como se halla sustentada la sentencia 01571-2012-4-0601-JR-PE-04, la cual, es la única que opta por no considerar al daño patrimonial como elemento objetivo del tipo, cabe destacar que, lo realiza no de manera expresa; sino que, pudimos arribar a tal conclusión cuando en dicha resolución, a pesar de, haberse comprobado que los caudales apropiados fueron devueltos, el órgano jurisdiccional -igual- considera que el bien jurídico protegido ha sido afectado, pues protege -entre otros- el deber funcional que recae sobre el agente público.

Cabe precisar que, del mismo modo, en cuanto a las resoluciones que optan por considerar al daño patrimonial como elemento del tipo objetivo, no se evidencia un desarrollo teórico que dilucide el fundamento jurídico-penal que subyace a tal consideración.

3.4.4. Sentencias que no realizan mención alguna en cuanto al daño patrimonial



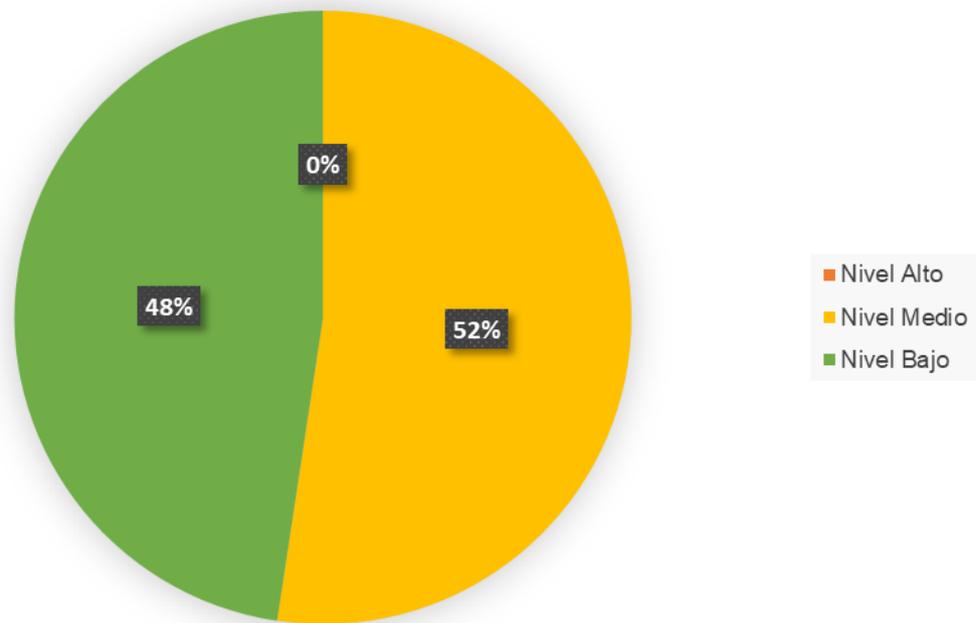
De las sentencias aquí tratadas cabe sostener que, tanto, al momento de desarrollar el fundamento jurídico; así como, al momento de realizar el juicio de subsunción que permita imputar objetivamente la conducta al autor, el órgano jurisdiccional, no ha cumplido con exponer las razones que expliquen el porqué no ha desarrollado lo concerniente al daño patrimonial como elemento típico (ya sea, para incluirlo o desvirtuarlo).

Así, una primera aproximación podría hacernos inferir que -en efecto- no se lo considera como elemento objetivo del tipo; empero, de lo actuado en la etapa probatoria -en cada una de dichas sentencias- resulta patente que la intención es la de acreditar un efectivo daño al patrimonio de la entidad pública. Así, por ejemplo, en las sentencias 00625-2014-1-0601-JR-PE-01,

01910-2016-4-0601-JR-PE-03, 01691-2016-2-0601-JR-PE-05, 00219-2015-2-0603-JR-PE-01, 00019-2011-76-0601-JR-PE-01, 00238-2017-44-0610-JR-PE-02 y 00402-2015-87-0610-JR-PE-01 se han presentado comprobantes de pago (y demás medios probatorios) tendientes a acreditar un perjuicio patrimonial, más allá de haber quedado en evidencia la vulneración al deber funcional del autor.

En consecuencia, puede decirse que -de manera indirecta y sin ser la intención del órgano jurisdiccional- se ha considerado al daño patrimonial como elemento objetivo del tipo penal.

3.4.5. Desarrollo argumentativo de las sentencias analizadas



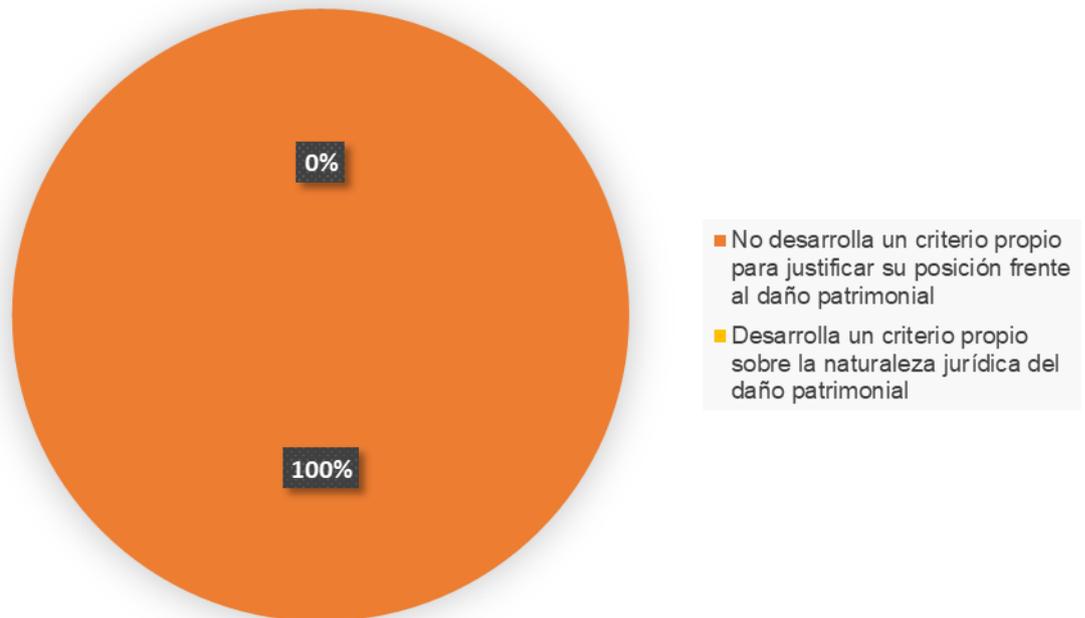
De lo desarrollado se evidencia que, respecto a cada una de las sentencias estudiadas, un total de 11 se pronuncian sobre el fundamento teórico, en el cual, sustentan la construcción de la

premisa normativa respecto a la función del daño patrimonial en el delito de peculado (01720-2013-5-0601-JR-PE-01, 024-2015-15-0611-JR-PE-01, 07-2015-1-0601-JR-PE-02, 1287-2011-2-0601-JR-PE-04, 690-2018-2-0601-JR-PE-07, 041-2014-59-0605-JR-PE-01, 00129-2016-98-0607-JR-PE-01, 1571-2012-4-0601-JR-PE-04, 251-2013-2-0601-JR-PE-03, 46-2016-89-0605-JR-PE-01 y 096-2017-24-0601-JR-PE-01).

A su vez, es preocupante que -de las 10 sentencias restantes- el fundamento teórico, en cuanto, al daño patrimonial es inexistente; dado que, en dichas resoluciones judiciales no se menciona en sentido alguno tal elemento.

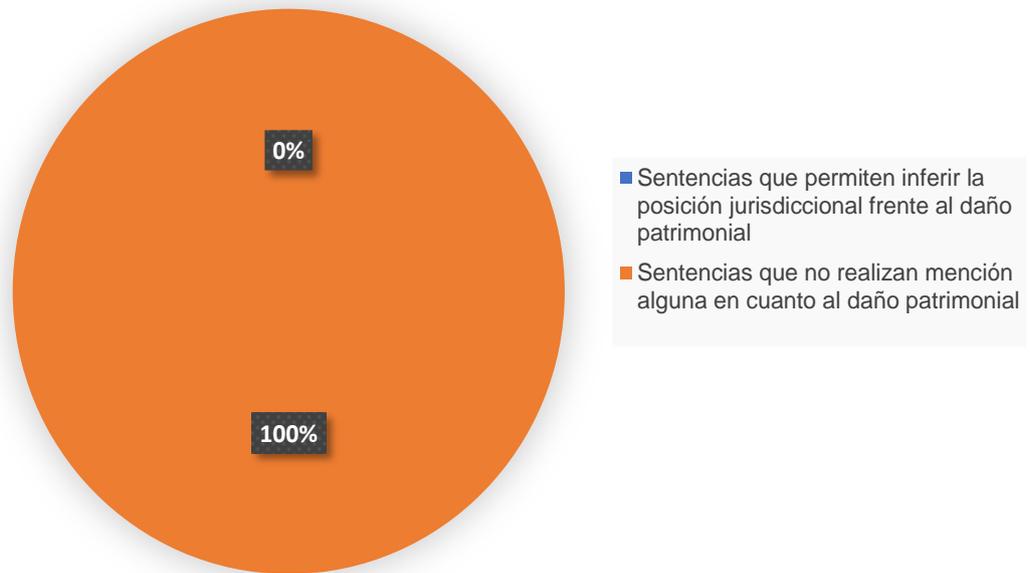
También cabe resaltar que, en lo que respecta a un elevado nivel de argumentación, ni siquiera alguna de las resoluciones analizadas determina o expresa el fundamento sobre el cual edificó su razonamiento para resolver el caso en concreto; del mismo modo, tampoco, emite razones del porqué las respectivas sentencias se hallan redactadas de tal modo.

3.4.6. Sentencias con nivel de argumentación medio



Se entiende por nivel de argumentación medio a aquél que, si bien no expresa de manera diáfana el fundamento jurídico que justifica el incluir o no al daño patrimonial como elemento objetivo del tipo penal, al menos, desarrolla un aspecto teórico-doctrinario que justifica su posición. En tal sentido, las sentencias recaídas en los expedientes: 01720-2013-5-0601-JR-PE-01, 00024-2015-15-0611-JR-PE-01, 00007-2015-1-0601-JR-PE-02, 01287-2011-2-0601-JR-PE-04, 00690-2018-2-0601-JR-PE-07, 00041-2014-59-0605-JR-PE-01, 00129-2016-98-0607-JR-PE-01, 01571-2012-4-0601-JR-PE-04, 00251-2013-2-0601-JR-PE-03, 00046-2016-89-0605-JR-PE-01 y 00096-2017-24-0601-JR-PE-01 citan directamente trabajos doctrinales y jurisprudenciales previamente realizados; empero, no se realiza un desarrollo propio para justificar su postura.

3.4.7. Sentencias con nivel de argumentación bajo



Tal y como se evidencia en el gráfico, del total de sentencias que han sido calificadas con un nivel de argumentación bajo -en su totalidad- no han cumplido con patentizar su posición, al menos, de manera sucinta y resumida respecto al daño patrimonial en el delito de peculado doloso. En consecuencia, llama la atención la falta de interés judicial -en estos casos- para emitir una posición al respecto; no obstante, tal como ya se indicó previamente, de la actuación probatoria se puede inferir que sí consideran al daño patrimonial como elemento objetivo del tipo.

Una característica que cabe destacar en este gráfico es que, para esta finalidad han sido consideradas -exclusivamente- sentencias que no realizan mención alguna al daño patrimonial, ello, debido a que en los demás casos, a pesar de no tener un desarrollo muy elaborado -al menos- se ha cumplido con exponer una postura respecto al problema de investigación observado.

De todo lo expuesto podemos afirmar que, la hipótesis planteada ha sido demostrada, pues -de la redacción de sentencias analizadas- se exige la probanza de un efectivo detrimento al erario público (daño patrimonial), ya sea, de manera implícita o explícita.

CAPÍTULO IV

PROTOCOLO PARA LA ARGUMENTACIÓN JUDICIAL EN EL DELITO DE PECULADO DOLOSO

I. PRESENTACIÓN

En virtud al problema referido a la escasez argumentativa patente en la mayoría de las resoluciones materia de análisis, resulta necesario el establecimiento de un protocolo que brinde criterios unánimes en la elaboración de la argumentación judicial, con respecto de las sentencias que deciden atribuir responsabilidad penal en los casos relativos a la comisión del delito de peculado doloso.

II. OBJETO Y ALCANCE

El presente protocolo está dirigido a los distintos órganos jurisdiccionales a nivel nacional, que tengan bajo su competencia la resolución de casos por la comisión del delito de peculado doloso. En cuanto a su alcance, éste se circunscribe a la ciudad de Cajamarca.

III. ESQUEMA INTERPRETATIVO

A fin de garantizar y propiciar un escenario que se adapte a la viabilidad de la garantía/principio de la debida motivación de las resoluciones judiciales, se propone que el Juzgado Penal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca se adhiera a un marco interpretativo en virtud al funcionalismo teleológico. En dicho contexto, cada uno de los elementos objetivos del tipo deben ser analizados bajo el prisma de los fines político-criminales para los cuales fueron creados,

los mismos que, quedan constituidos por la exclusiva protección de los bienes jurídicos-penales.

3.1. ELEMENTOS QUE DEBEN COMPONER EL ARGUMENTO JUDICIAL

A. Tipicidad Objetiva.

Elementos típicos más relevantes para considerar en la construcción de la premisa normativa para atribuir responsabilidad penal por la comisión del delito de peculado doloso:

- a. Sujetos intervinientes:** El sujeto activo, siempre, será un funcionario o servidor público (agente público).
- b. Bien jurídico protegido:** El cual, en un contexto delimitado por el funcionalismo teleológico, vendría a ser -conjuntamente- el adecuado desempeño de las funciones a cargo del agente público y la correcta administración de los bienes estatales. Es decir, el análisis no se limitará con verificar, únicamente, el efectivo y real daño patrimonial al Estado.
- c. Comportamiento típico:** Las dos modalidades comprendidas por el tipo penal bajo análisis (apropiación/utilización), incluyendo la agravante contenida en el segundo párrafo.
- d. Daño patrimonial:** Se debe tener en consideración los límites determinados por la garantía del principio de legalidad. En tal sentido, dado el bien jurídico protegido,

así como, de los distintos intereses que copulan en el delito en cuestión, **el término aquí tratado (daño patrimonial) no debe ser considerado como elemento objetivo del tipo penal.** Siendo así, entender al daño patrimonial como elemento del tipo objetivo va en contra de una perspectiva funcionalista que optimiza la interpretación en virtud a fines político-criminales, pues la regulación del delito de peculado doloso no tiene como finalidad única la exclusiva protección del patrimonio estatal.

- e. Destinatario:** Sobre quien recae el beneficio de los caudales, bienes o efectos cuyo fin ha sido distinto al legalmente determinado.

Sobre este aspecto es necesario que, las sentencias contengan - como mínimo- el análisis de cada uno de los elementos que componen el tipo objetivo del delito de peculado doloso; no obstante, también debe incluirse pronunciamiento expreso con respecto al daño patrimonial.

B. Tipicidad subjetiva

Dado la delimitación del problema investigado, éste, solo admite el dolo para su configuración. Cabe precisar que, el Código Penal vigente -también- recoge en otra redacción típica la figura de peculado culposo.

IV. MARCO ANALÍTICO REFERENCIAL PARA LA ARGUMENTACIÓN DE DECISIONES JUDICALES

Respecto a este último tópico la interpretación que, del daño patrimonial se efectúe, debe optar por no considerarlo como un elemento objetivo del tipo penal de peculado doloso; pues, dado la integral dimensión del bien jurídico-penal tutelado, resulta innecesario la determinación de un efectivo detrimento patrimonial a la Administración Pública.

Ello, en virtud a los fines político-criminales que se persiguen con la figura delictiva bajo análisis, en ese sentido, el daño patrimonial no posee la entidad suficiente para ser considerado como elemento objetivo típico; sino que, por el contrario, debe ser tratado como un indicio de la comisión del delito de peculado doloso.

CONCLUSIONES

- A.** Se ha demostrado la hipótesis planteada en la presente investigación, pues -del estudio de las sentencias analizadas- se advierte que, el Juzgado Penal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca exige la probanza de un efectivo detrimento al erario público (daño patrimonial), ya sea, de manera implícita o explícita para que se configure el delito de peculado doloso. Esta práctica judicial (“derecho vivo”) desnaturaliza el contenido íntegro del bien jurídico protegido, pues se opta por considerar -únicamente- la presencia de un perjuicio patrimonial. Con esta postura, correlativamente, se infringe la seguridad jurídica y la debida motivación de las resoluciones judiciales.
- B.** Al respecto se ha de precisar que, la postura defendida en la presente investigación guarda congruencia con la perspectiva funcionalista, en donde se sostiene que es incorrecto determinar la configuración del tipo penal de peculado por la sola lesión del patrimonio estatal, porque aquella concepción restringe la protección a un bien jurídico pluriofensivo.
- C.** Se ha demostrado que, el fundamento jurídico invocado por el Juzgado Penal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, del total de sentencias analizadas (21), en las cuales, se ha construido el razonamiento judicial respecto al daño patrimonial en el delito de peculado doloso, durante los años 2019-2021: **(i)** diez (10) sentencias consideran al daño patrimonial como elemento objetivo del tipo penal; **(ii)** tan solo una (01) sentencia no lo considera como tal; **(iii)**

mientras que, en las diez (10) restantes no se realiza mención alguna al respecto.

- D.** En ese orden de ideas, de la revisión de las resoluciones emitidas por el Juzgado Penal Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, durante los años 2019-2021, se advirtió que el fundamento jurídico invocado por las diez (10) sentencias que consideran al daño patrimonial como elemento objetivo del tipo, éstas, no se basan en un razonamiento estructurado que fundamente tal posición; sino que, por el contrario, simplemente citan doctrina y jurisprudencia previa sin realizar consideración al respecto.
- E.** Por su parte, el fundamento jurídico expuesto en las diez (10) sentencias que no desarrollan fundamento alguno con respecto al daño patrimonial, se puede inferir de manera objetiva -de acuerdo- a lo actuado, respectivamente, durante la etapa probatoria que, éstas, estuvieron orientadas a determinar la afectación de los caudales estatales. Por tanto, cabe sostener que en el plano fáctico, el órgano jurisdiccional, optó por considerar al daño patrimonial como elemento objetivo del tipo.
- F.** En cuanto al fundamento jurídico invocado en la sentencia que no considera al daño patrimonial como elemento objetivo del tipo penal, ésta, no lo menciona de manera expresa. No obstante, se arribó a la presente conclusión debido a lo fundamentado en ella, la cual sostuvo que, a pesar de no evidenciarse un desmedro al patrimonio estatal, la conducta igual se encuentra consumada, optando así por condenar al agente por tal comisión delictiva.

RECOMENDACIÓN

Dado el problema de investigación analizado en relación a la poca o escasa labor argumentativa advertida en gran parte de las sentencias estudiadas, resulta necesario plantear un esquema argumentativo (protocolo) que deberán observar los órganos jurisdiccionales al momento de resolver delitos de peculado doloso. En tal sentido, en pro de garantizar una adecuada motivación judicial es necesario que las sentencias contengan el análisis -como mínimo- de cada uno de los elementos que componen el tipo objetivo del referido delito; no obstante, debe incluirse -también- la fundamentación en lo referido al daño patrimonial, ya sea, para desvirtuarlo o incluirlo.

REFERENCIAS

- Acuerdo Plenario 04-2005. (2005, 30 de setiembre). Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia. (San Martín Castro, C. E.). <https://www.gacetajuridica.com.pe/docs/AcuerdoPlenarioN4-2005.pdf>.
- Arias-Gómez, Jesús; Villasís-Keever, Miguel Ángel , & Miranda Novales, María Guadalupe (2016). El protocolo de investigación III: la población de estudio. *Revista Alergia México*, 63(2), 201-206. ISSN: 0002-5151. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=486755023011>
- Bacigalupo, E. (1996). *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Temis.
- Bacigalupo, E., García Caveró, P. (2004). *Derecho penal. Parte general*, Ara.
- Bobbio, N. (2016). *Teoría General del Derecho*. Temis.
- Frank, R., Aboso, G. & Löw, T. (trad.) (2002). *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Editorial B de f.
- Frisancho, M. (2011). *Delitos Contra la Administración Pública*. (4° Ed). Editora Fecat.
- García, J. (2009). *La despenalización al art. 461 de nuestro código penal, que trata sobre el homicidio en Riña*. [Tes. Para obtener el título

de abogado]. Universidad San Francisco de Quito, Ecuador.
<https://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/2711/1/91225.pdf>

Goldstein, R. (1993). *Diccionario de Derecho Penal y Criminología*, (3ª Ed.), Astrea.

Gómez, J. (2003). *Teoría del delito*. Ediciones Doctrina y Ley.

Guastini, R. (2016). *La sintaxis del Derecho*. Marcial Pons.

Hurtado, J. (1987). *Manual de Derecho Penal*. EDDILI.

Hurtado, J. (2005). *Manual de derecho penal. Parte general*. (3ª Ed.).
Grijley.

Kindhäuser, U. (2007), *Crítica a la teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo. Tres estudios*. Grijley.

López, J. (2002), *Derecho penal. Parte general: Introducción a la teoría jurídica del delito* (2º Ed.). Marcial Pons.

Mazuelos, J. (2003). El delito imprudente en el Código Penal peruano. La infracción del deber de cuidado como creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la previsibilidad individual. *En Anuario de Derecho Penal. Aspectos fundamentales de la Parte General del Código Penal Peruano*.
http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_09.pdf

Mezger, E. (1958). *Derecho Penal, libro de estudio parte general*. Editorial bibliográfica argentina.

Mi Puig, S. (2016). *Derecho Penal parte general*. Reppertor.

Mir Puig, S. (2003), *Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y método*. (2ª Ed.). B de F, 2003.

Mir Puig, S. (2008). *Derecho Penal. Parte General*. (8ª Ed.). REPERTOR

Muñoz, F. (2000) *Derecho penal. Nuevas tendencias en el tercer milenio*. Fondo Editorial de la Universidad de Lima.

Muñoz, F. & García Arán, M. (2010). *Derecho Penal, parte general*. Valencia, España: Tirant te Blanch.

Muñoz Conde, F., García Arán, M. (2002), *Derecho penal. Parte general*, Tirant le Blanch.

Peña, O., & Almanza, F. (2010) *Teoría del delito: manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*. Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación – APECC.

Recurso de Nulidad 158-2017/Ancash. (2018, 17 de enero). Primera Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. (Castañeda Espinoza, J.C.).

<https://jurisprudencia.pj.gob.pe/jurisprudenciaweb/faces/page/resultado.xhtml#no-back-button>.

- Rodríguez, J., Torres, D., Navas, A., Novoa, &, Guimaray, E. (Ed.) (2014). *Compendio jurisprudencial sistematizado: Prevención de la corrupción y justicia penal*. IDEHPUCP.
- Salinas, R. (2014). *Delitos contra la Administración Pública*. (3° Ed.). Editorial Iustitia.
- Stratenwerth, G., Cancio, M. (trad.) (2005). *Derecho penal. Parte general*. I. El hecho punible. (4ª Ed.).
- Villavicencio, F. (2006). *Derecho Penal. Parte General*. Grijley.
- Villegas, E. (2014). *Los Delitos Culposos y el Dolo Eventual en la Jurisprudencia*. Gaceta Jurídica.
- Welzel, H. (1987). *Derecho penal alemán. Parte general*. (3ª ed.) Editorial Jurídica Chile.
- Welzel, H. (1987). *Derecho penal alemán. Parte general*. (3ª Ed.). Editorial Jurídica Chile.
- Welzel, H., (2003). *Estudios de derecho penal. Estudios sobre el sistema de derecho penal. Causalidad y acción*, Editorial. B de F.
- Welzel, H., Cerezo Mir, J. (trad.) (2004). *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Buenos Aires, Argentina: Editorial B de f.

Wessels, J-, Beulke, W., Satzger, H., Parlona Arana, R. (trad.) (2018).

Derecho Penal Parte General. El delito y su estructura. (46° Ed.).

Instituto Pacífico.

Zaffaroni, E. (1998) *Manual de derecho penal. Parte General*, (2ª Ed.).

Cárdenas.

Zaffaroni, E., Alagia, A. & Slokar, A. (2005). *Manual De Derecho Penal.*

Parte General. Ediar.