

UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA
ESCUELA DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES



**“FACTORES QUE INCIDEN EN LA INCORRECTA APLICACIÓN DEL
PRINCIPIO DE LESIVIDAD EN SENTENCIAS DE PECULADO DOLOSO DE
LOS JUZGADOS PENALES DE MOQUEGUA – 2018”**

TESIS

Presentado por:

Br. Nike César Calle Mamani
ORCID: 0000-0002-7282-5445

Asesor:

Dr. Francisco Celis Mendoza Ayma
ORCID: 0000-0002-6577-9372

Para obtener el grado académico de:

MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES

TACNA – PERÚ

2021

UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA
ESCUELA DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES

Tesis

**“FACTORES QUE INCIDEN EN LA INCORRECTA APLICACIÓN DEL
PRINCIPIO DE LESIVIDAD EN SENTENCIAS DE PECULADO DOLOSO DE
LOS JUZGADOS PENALES DE MOQUEGUA – 2018”**

Presentada por:

Bach. Nike César Calle Mamani

**Tesis sustentada y aprobada el 21 de julio de 2021; ante el siguiente jurado
examinador:**

PRESIDENTE: Dr. MARIO GUILLERMO DENEGRI SOSA

SECRETARIO: Dra. HERMINIA SARMIENTO CHAMBI

**VOCAL: Mag. DEMBER SALOMÓN FERNÁNDEZ HERNANI
ARAGÓN**

ASESOR: Dr. FRANCISCO CELIS MENDOZA AYMA

DECLARACIÓN JURADA DE ORIGINALIDAD

Yo Nike César Calle Mamani, en calidad de: maestrante de la Maestría en Derecho con Mención en Ciencias Penales de la Escuela de Postgrado de la Universidad Privada de Tacna, identificado (a) con DNI 47168346. Soy autor (a) de la tesis titulada:

“FACTORES QUE INCIDEN EN LA INCORRECTA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LESIVIDAD EN SENTENCIAS DE PECULADO DOLOSO DE LOS JUZGADOS PENALES DE MOQUEGUA – 2018”

DECLARO BAJO JURAMENTO

Ser el único autor del texto entregado para obtener el grado académico de Maestro, y que tal texto no ha sido entregado ni total ni parcialmente para obtención de un grado académico en ninguna otra universidad o instituto, ni ha sido publicado anteriormente para cualquier otro fin.

Así mismo, declaro no haber trasgredido ninguna norma universitaria con respecto al plagio ni a las leyes establecidas que protegen la propiedad intelectual.

Declaro, que después de la revisión de la tesis con el software Turnitin se declara 10 % de similitud, además que el archivo entregado en formato PDF corresponde exactamente al texto digital que presento junto al mismo.

Por último, declaro que para la recopilación de datos se ha solicitado la autorización respectiva a la empresa u organización, evidenciándose que la información presentada es real y soy conocedor (a) de las sanciones penales en caso de infringir las leyes del plagio y de falsa declaración, y que firmo la presente con pleno uso de mis facultades y asumiendo todas las responsabilidades de ella derivada.

Por lo expuesto, mediante la presente asumo frente a LA UNIVERSIDAD cualquier responsabilidad que pudiera derivarse por la autoría, originalidad y veracidad del contenido de la tesis, así como por los derechos sobre la obra o invención presentada. En consecuencia, me hago responsable frente a LA UNIVERSIDAD y a terceros, de cualquier daño que pudiera ocasionar, por el incumplimiento de lo declarado o que pudiera encontrar como causa del trabajo presentado, asumiendo todas las cargas pecuniarias que pudieran derivarse de ello en favor de terceros con motivo de acciones, reclamaciones o conflictos derivados del incumplimiento de lo declarado o las que encontrasen causa en el contenido de la tesis, libro o invento.

De identificarse fraude, piratería, plagio, falsificación o que el trabajo de investigación haya sido publicado anteriormente; asumo las consecuencias y sanciones que de mi acción se deriven, sometiéndome a la normatividad vigente de la Universidad Privada de Tacna.

Lugar y fecha: Moquegua, 21 de julio de 2021



Nike César Calle Mamani
DNI 47168346

DEDICATORIA

Dedico el presente trabajo a mis queridos padres, quienes con su esfuerzo incansable son artífices tras bambalinas de esta satisfacción personal, comparable solamente con la alegría de compartirlo con mi familia y las personas que me apoyaron desde el principio.

DEDICATORIA	6
CAPÍTULO I:	15
1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	15
1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	16
1.2.1 Interrogante principal	16
1.2.2 Interrogantes secundarias	16
1.3 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	17
1.4 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	18
1.4.1 Objetivo general	18
1.4.2 Objetivos específicos	18
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	19
2.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN	20
2.2 FUNDAMENTO TEÓRICO CIENTÍFICO	25
SUB CAPÍTULO I: TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO	25
2.1.1 Reseña histórica de la teoría del bien jurídico	25
2.1.1.1 Paul Johann Anselm Feuerbach y la Teoría de las Lesiones de los Derechos Subjetivos	25
2.1.1.2 Johan Michael Franz Birnbaum y los inicios de la teoría del bien jurídico	26
2.1.1.3 Aportes posteriores del positivismo jurídico. De Karl Binding a Franz Von Liszt	27
2.1.2 Fundamentos de la teoría del bien jurídico en la doctrina contemporánea	28
2.1.2.1 Claus Roxin y Winfried Hassemer, posiciones a favor del bien jurídico	29
2.1.2.2 Gunther Jakobs y la preponderancia de la norma frente al bien jurídico	31
2.1.3 La teoría del bien jurídico y el principio del daño "Harm Principle"	32
2.1.4 Definición del bien jurídico	33
2.1.5 Toma de postura (conclusiones)	34
SUB CAPÍTULO II: BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE PECULADO DOLOSO (ARTÍCULO 387)	35
1. Administración Pública: Fundamentos de su necesaria protección penal	35
1.1. Finalidad de la Administración Pública	36
1.2. Administración Pública. Concepto y origen constitucional	36
1.3. Delitos contra la Administración Pública	38
1.3.1. La Administración Pública como bien jurídico	38
a. Específico	38
b. Genérico	39
2. El delito de peculado doloso (Artículo 387 del CP)	40
2.1. Antecedentes normativos del tipo en nuestro ordenamiento	41
2.2. Estructura típica	42
2.2.1. Tipicidad objetiva	42
a. Sujeto activo	42
b. Sujeto pasivo	43
c. Conducta típica	43
d. Objeto material del delito: caudales o efectos	44
2.2.2. Tipicidad subjetiva	45
a. Dolo	45

2.3. La tipificación del delito de peculado doloso en la legislación comparada _____	45
España _____	45
Chile _____	48
Argentina _____	50
3. Modificaciones normativas del delito de peculado doloso desde la entrada en vigencia del Código Penal de 1991 _____	52
4. El Bien Jurídico Protegido en el Delito de Peculado Doloso (Art. 387) _____	56
4.1. Teoría de la infracción de deberes propios de la función _____	56
4.2. Teoría patrimonialista clásico _____	56
4.3. Teoría patrimonialista utilitarista _____	56
4.4. Teoría pluriofensiva _____	57
4.5. Toma de postura _____	57
<i>SUB CAPÍTULO III: PECULADO DOLOSO Y PRINCIPIO DE LESIVIDAD: RELACIÓN NECESARIA EN UN ESTADO DE DERECHO. _____</i>	58
1. Principio de Lesividad en el Sistema Peruano _____	58
1.1. Origen Constitucional _____	58
1.2. Origen Legal _____	60
2. Principio de lesividad: el momento de su valoración _____	61
2.1.A nivel Legislativo _____	61
2.2.A nivel Judicial _____	61
3. El principio de lesividad y su relación con la teoría del delito _____	62
4. La Relación entre la teoría del bien jurídico con el principio de lesividad _____	64
5. ¿Cómo se lesiona el bien jurídico del delito de peculado? _____	65
5.1. ¿En qué nivel de la teoría del delito se verifica la lesión? _____	65
2.3. DEFINICIÓN DE CONCEPTOS _____	68
Estado: _____	68
Bien jurídico: _____	68
Dogmático: _____	68
Peculado doloso: _____	68
Jurisprudencia: _____	69
Operadores de justicia: _____	69
Sentencia: _____	69
Ambigüedad: _____	69
Desarrollo: _____	69
Principio de lesividad _____	69
Principio de proporcionalidad: _____	70
Principio de razonabilidad: _____	70
Principio de legalidad: _____	70
Principio de culpabilidad: _____	70
Administración pública: _____	70
<i>CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO _____</i>	71
3.1 HIPÓTESIS _____	71
3.1.1 Hipótesis General _____	71

3.1.2 Hipótesis Específicas _____	71
3.2. VARIABLES _____	71
3.2.1. Identificación de la variable independiente: _____	71
3.2.1.1. Indicador _____	71
3.2.1.2. Escala para la medición de variables: Nominal _____	71
3.2.2. Identificación de la variable independiente _____	72
3.2.2.1. Indicador _____	72
3.2.2.2. Escala para la medición de variables _____	72
3.2.3. Identificación de la variable dependiente _____	72
3.2.3.1. Indicador _____	72
3.2.3.2. Escala para la medición de variables _____	72
3.3. TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN _____	73
3.4 NIVEL DE INVESTIGACIÓN _____	73
3.5 AMBITO Y TIEMPO SOCIAL DE LA INVESTIGACIÓN _____	74
3.6 POBLACIÓN Y MUESTRA _____	74
3.6.1 Población _____	74
3.6.2 Muestra _____	74
3.7 PROCEDIMIENTO, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS _____	75
3.7.1. Procedimiento _____	75
3.7.2 Técnicas de recolección de los datos _____	75
3.7.3 Instrumentos para la recolección de los datos _____	76
3.8. PROCESAMIENTO, PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS DATOS _____	76
CAPITULO IV: RESULTADOS _____	78
4.1 DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO DE CAMPO _____	78
4.2 DISEÑO DE LA PRESENTACIÓN DE RESULTADOS _____	79
4.3 RESULTADOS _____	79
4.3.1 La uniformidad de la jurisprudencia del delito de peculado en la Corte Suprema de Justicia. _____	79
4.3.2 El principio de lesividad en las sentencias de delito de peculado doloso en la Corte Superior de Justicia de Moquegua. _____	86
4.3.3 El tratamiento del bien jurídico en los operadores de justicia de Moquegua. _____	104
4.4. COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS _____	113
4.4.1. Hipótesis General _____	113
4.4.2. Primera Hipótesis Específica _____	115
4.4.3. Segunda Hipótesis Específica _____	116
4.4.4. Tercera Hipótesis Específica _____	118
CAPITULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES _____	120
5.1. CONCLUSIONES _____	120
5.2. RECOMENDACIONES Y PROPUESTAS _____	122
REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA _____	124
ANEXOS _____	129

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1 Tipo de Recurso	80
Tabla 2. Sala Suprema Penal	80
Tabla 3 Tema en común de la Resolución	81
Tabla 4 Vinculatoriedad de la Resolución	81
Tabla 5 Tratamiento del Bien Jurídico (A)	82
Tabla 6 Tratamiento del Bien Jurídico (B)	83
Tabla 7 ¿Coherencia con el tratamiento del Bien Jurídico?	84
Tabla 8 ¿Existe Relación Entre El Bien Jurídico Y La Pericia Contable? (A)	84
Tabla 9 ¿Existe Relación Entre El Bien Jurídico Y La Pericia Contable? (B)	85
Tabla 10 ¿Existe Relación Entre El Bien Jurídico Y La Pericia Contable? (C)	85
Tabla 11 ¿Decisión A Favor O En Contra Del Peticionante?	86
Tabla 12 ¿El Sentido Resuelto En La Resolución Suprema Está Debidamente Motivada?	86
Tabla 13 Usted se desempeña como	105
Tabla 14 Señale El Último Grado Académico Alcanzado	105
Tabla 15 ¿Alguna Vez Se Capacitó Sobre Temas De Delitos Contra La Administración Pública?	106
Tabla 16 Señale en qué Artículo del CP se encuentra el tipo base de Delito de Peculado Doloso	106
Tabla 17 Señale entre las siguientes opciones, a quiénes se consideran como SUJETOS ACTIVOS del Delito de Peculado Doloso por Apropiación	107
Tabla 18 Indique a quién se considera como SUJETO PASIVO del Delito de Peculado Doloso por Apropiación	107
Tabla 19 ¿Cuáles son las modalidades del Delito de Peculado previsto en el Art. 387º CP?	108
Tabla 20 ¿Cuáles son las conductas típicas del Delito de Peculado Doloso previsto en el Art. 387º CP?	108
Tabla 21 ¿Cuál es el instrumento emitido por la Corte Suprema que desarrolla la estructura típica del Delito de Peculado Doloso?	109
Tabla 22 Según el Acuerdo Plenario Nro.04-2005/CJ-116 el BIEN JURÍDICO PROTEGIDO en el Delito de Peculado Doloso es	110
Tabla 23 Según la respuesta anterior ¿usted comparte la posición del Acuerdo Plenario Nro. 04-2005/CJ-116?	111
Tabla 24 ¿Considera usted necesario el perjuicio patrimonial para que se configure el Delito de Peculado Doloso?	111
Tabla 25 ¿Considera que es necesaria la actuación de la Pericia Contable para determinar la comisión del Delito de Peculado Doloso?	112
Tabla 26 En base a las respuestas señaladas ¿a qué teoría sobre el Bien Jurídico del Delito de Peculado se adscribe?	113

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1. Juzgado	87
Figura 2. Juez a cargo.	88
Figura 3. Tipo de Sentencia: Según el Sentido de la Decisión.	89
Figura 4. Tratamiento de Bien Jurídico según Interpretación Teórica (A).	90
Figura 5. Tratamiento de Bien Jurídico según Interpretación Teórica (B).	91
Figura 6. Tratamiento de Bien Jurídico según Interpretación Teórica (C).	92
Figura 7. ¿En cuántas ocasiones se hace referencia al Bien Jurídico?.	94
Figura 8. ¿Existe coherencia teórica del bien jurídico a lo largo de la sentencia?.	95
Figura 9. ¿Existe coherencia entre el análisis probatorio y alguna de las concepciones del bien jurídico? (A).	96
Figura 10. ¿Existe coherencia entre el análisis probatorio y alguna de las concepciones del bien jurídico? (B).	97
Figura 11. ¿Existe coherencia entre el análisis probatorio y alguna de las concepciones del bien jurídico? (C).	97
Figura 12. ¿Existe coherencia entre el análisis probatorio y alguna de las concepciones del bien jurídico? (D).	98
Figura 13. ¿Existe coherencia entre el análisis probatorio y alguna de las concepciones del bien jurídico? (E).	98
Figura 14. ¿Existe coherencia entre el análisis probatorio y alguna de las concepciones del principio de lesividad del bien jurídico? (A).	99
Figura 15. ¿Existe coherencia entre el análisis probatorio y alguna de las concepciones del principio de lesividad del bien jurídico? (B).	100
Figura 16. ¿Existe coherencia entre el análisis probatorio y alguna de las concepciones del principio de lesividad del bien jurídico? (C).	100
Figura 17. ¿Existe coherencia entre el análisis probatorio y alguna de las concepciones del principio de lesividad del bien jurídico? (D).	101
Figura 18. ¿Existe coherencia entre el análisis probatorio y alguna de las concepciones del principio de lesividad del bien jurídico? (E).	101
Figura 19. ¿Existe coherencia entre la naturaleza del bien jurídico y la reparación civil?.	102
Figura 20. ¿El tratamiento de la lesión del bien jurídico es adecuado?.	104

RESUMEN

La presente investigación aborda el tema de los “Factores que inciden en la incorrecta aplicación del principio de lesividad en sentencias de peculado doloso de los Juzgados Penales de Moquegua – 2018”, con la firme intención de poder dar respuesta al problema de: ¿En qué medida los factores de la deficiente uniformidad de la jurisprudencia y la ambigüedad del bien jurídico protegido en operadores de justicia, conlleva a la incorrecta aplicación del principio de lesividad en las sentencias del delito de peculado doloso de Primera Instancia de la Corte Superior de Justicia de Moquegua en el año 2018?, esto es, comprobar si realmente la deficiente uniformidad de la jurisprudencia y la ambigüedad del bien jurídico protegido en operadores de justicia son los factores que influyen en la incorrecta aplicación del principio de lesividad en sentencias de primera instancia de los Juzgados Penales de la Corte Superior de Justicia de Moquegua en el año 2018.

Así también, se tiene que el objetivo general de la investigación es determinar en qué medida los factores de la deficiente uniformidad de la jurisprudencia y la ambigüedad del bien jurídico protegido en los operadores de justicia, conllevan a la incorrecta aplicación del principio de lesividad en las sentencias de delito de peculado doloso de Primera Instancia de la Corte Superior de Justicia de Moquegua en el año 2018; extrayendo de éste tres objetivos específicos como son: a) Analizar la aplicación del principio de lesividad en las sentencias de delito de peculado doloso de Primera Instancia de la Corte Superior de Justicia de Moquegua en el año 2018; b) Determinar la uniformidad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en torno al delito de peculado doloso; y, c) Determinar el nivel de ambigüedad en torno al bien jurídico protegido en los operadores de justicia, respecto del delito de peculado doloso en el Distrito Judicial de Moquegua.

Ahora, considero que la investigación (tesis) que se plantea es de suma utilidad pues aborda un tema escasamente discutido. Asimismo, de sus resultados se podrá determinar con claridad si las variables propuestas son los factores que dan lugar al problema planteado; y, a partir de ello sugerir un modo de solucionar dicho problema. Finalmente, no podemos olvidar que el tema que toca la tesis está relacionado con un delito que lesiona a la administración pública a través de actos de corrupción y siendo este último muy sensible en los tiempos actuales, la investigación desborda de justificación.

Por otro lado, la investigación que se desarrolla es de tipo mixto (cuantitativo y cualitativo), siendo el nivel de la investigación causal y explicativo. Las técnicas a emplear son la revisión documental y las encuestas; lo que a su vez significa la aplicación de los instrumentos de investigación de revisión documental y la encuesta propiamente dicha.

Palabras claves: Peculado, principio de lesividad, bien jurídico, administración pública, operadores de justicia, ambigüedad.

ABSTRACT

This research addresses the issue of "Factors that influence the incorrect development of the principle of injury in sentences of willful embezzlement of the Criminal Courts of Moquegua - 2018", with the firm intention of being able to respond to the problem of: In what measure the deficient uniformity of the jurisprudence and the ambiguity of the protected legal right in justice operators, leads to the incorrect application of the principle of injury in the sentences of the crime of willful embezzlement of the First Instance of the Superior Court of Justice of Moquegua in the year 2018 ?, that is, to verify whether the deficient uniformity of the jurisprudence and the ambiguity of the protected legal interest in justice operators are the factors that influence the incorrect application of the principle of injury in first instance sentences of the Criminal Courts of the Superior Court of Justice of Moquegua in 2018.

Likewise, the general objective of the investigation is to determine to what extent the deficient uniformity of the jurisprudence and the ambiguity of the protected legal interest in the justice operators, lead to the incorrect application of the principle of harmfulness in criminal sentences of malicious embezzlement of the First Instance of the Superior Court of Justice of Moquegua in 2018; extracting from it three specific objectives such as: a) Analyze the application of the principle of injury in the sentences of the crime of willful embezzlement of the First Instance of the Superior Court of Justice of Moquegua in 2018; b) Determine the uniformity of the jurisprudence of the Supreme Court of Justice regarding the crime of willful embezzlement; and, c) Determine the level of ambiguity around the legal asset protected in the justice operators, regarding the crime of fraudulent embezzlement in the Judicial District of Moquegua.

Now, I consider that the research (thesis) that is posed is very useful because it addresses a topic that is scarcely discussed. Likewise, from its results it can be clearly determined if the proposed variables are the factors that give rise to the problem posed; and, from this, suggest a way to solve this problem. Finally, we cannot forget that the subject that touches the thesis is related to a crime that injures the Public Administration through acts of corruption and the latter being very sensitive in current times, the investigation overflows with justification.

On the other hand, the research that is developed is of a mixed type (quantitative and qualitative), being the level of causal and explanatory research. The techniques to be used are documentary review and surveys; which in turn means the application of the documentary review research instruments and the survey itself.

Keywords: Peculate, principle of injury, legal good, public administration, justice operators, ambiguity.

INTRODUCCIÓN

La tesis “Factores que inciden en la incorrecta aplicación del principio de lesividad en sentencias de peculado doloso de los Juzgados Penales de Moquegua – 2018”, está estructurada por cinco capítulos, los cuales desarrollan diferentes aspectos de la investigación. El primer capítulo trata acerca del *problema*, más precisamente del planteamiento de la investigación, formulación del problema, justificación de la investigación y de los objetivos de la investigación (general y específicos). El segundo capítulo aborda lo relacionado al marco teórico, es decir, los antecedentes de la investigación, el desarrollo teórico de los temas pilares de la investigación (bien jurídico, bien jurídico protegido del delito de peculado doloso y principio de lesividad) y definición de conceptos.

El tercer capítulo desarrolla lo pertinente al marco metodológico, empezando por el planteamiento de las hipótesis (general y específicas); seguida de las variables de estudio con sus respectivos indicadores; tipo y diseño de investigación; nivel de investigación; ámbito y tiempo social de la investigación; población y muestra; procedimiento, técnicas e instrumentos aplicados en la investigación.

Por otra parte, tenemos que en el cuarto capítulo se proyectan los resultados, es decir, la información obtenida de aplicar los instrumentos de investigación a partir de los criterios desarrollados en el tercer capítulo. Para lo cual se describe el trabajo de campo, se diseña la presentación de resultados y la comprobación de hipótesis.

Finalmente, a partir de los resultados obtenidos, se pudo determinar que las variables planteadas si representan los factores que inciden en la incorrecta aplicación del principio de lesividad en sentencias de peculado doloso de los Juzgados Penales de Moquegua – 2018, y por tanto, se propone una pequeña modificación en el tenor del artículo 387 del Código Penal.

CAPÍTULO I: EL PROBLEMA

1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El Perú es un Estado Constitucional de Derecho, en tal situación el instrumento jurídico que por excelencia se encuentra en la cima del ordenamiento normativo es la Constitución Política y, siendo así, todo precepto legal motiva su contenido en ésta, obteniendo de esa manera su legitimidad. Los defensores de la vigencia e interpretación de sus preceptos en primer orden son el Tribunal Constitucional y en segundo orden los Jueces de todos los niveles.

Los Jueces de orden penal y en especial los llamados por Ley a imponer una sentencia, son actores importantes en un estado constitucional de derecho, puesto que son estos quienes materializan el *ius punendi* del Estado y siendo así, su labor está enmarcada dentro de estándares y parámetros que fija la propia Constitución y que la Ley desarrolla en algunos casos, todo con el objeto de evitar decisiones no ajustadas a Ley y sobre todo a la Constitución, y el abuso de decisiones con una exagerada cuota de discrecionalidad.

Dentro de estos estándares y parámetros tenemos al principio de lesividad que si bien no es desarrollado explícitamente en la Constitución Política (1993) sí lo es en el Código Penal (1991), en donde en su Título Preliminar describe “La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley” (Artículo IV), es decir, el Juez debe identificar claramente cuál es el bien jurídico que en el caso en particular se tutela y luego observar si éste se lesionó o puso en peligro.

Si bien el texto normativo menciona que la lesión –entiéndase también puesta en peligro- de un bien jurídico fundamenta la imposición de una pena, es preciso acotar que para el caso del delito de Peculado Doloso, que es un delito especial por su estructura típica y que en tiempos actuales tiene una actuación de reparto en el escenario judicial por el impacto de la corrupción en todos los niveles del sector público, viene trayendo dificultades, puesto que las sentencias no vienen aplicando correctamente este principio y por tanto se crean marcos de inseguridad jurídica y de abusos.

Ahora, si bien, aplicar incorrectamente el principio de lesividad en el caso del delito de Peculado Doloso podría significar la imposición de una pena a pesar de

no corresponder, lo cual podría implicar la privación de la libertad de una persona (efecto más nocivo). Es preciso sumar a ello que, en sentido contrario, también sería un despropósito, puesto que la pena impuesta o la pena no impuesta sobre la base de una incorrecta aplicación del principio en comento implica la manifestación de supuestos de inseguridad jurídica y de una falta de predictibilidad. Ello, justamente en tiempos en donde se requiere una labor ajustada a derecho, que proyecte decisiones respetables por su contenido no importando si estas son del agrado o no de la ciudadanía.

Es debido a estas razones que la tesis se propone investigar los factores que se involucran en la incorrecta aplicación del principio de lesividad para el caso del delito de peculado doloso en el ámbito de las decisiones judiciales de primera instancia, considerando para lo cual, de manera especial, la deficiente uniformidad de la jurisprudencia y la ambigüedad del bien jurídico protegido para el delito en comento.

1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1 Interrogante principal

¿En qué medida los factores de la deficiente uniformidad de la jurisprudencia y la ambigüedad del bien jurídico protegido en los operadores de justicia, conllevan a la incorrecta aplicación del principio de lesividad en las sentencias del delito de peculado doloso de Primera Instancia de la Corte Superior de Justicia de Moquegua en el año 2018?

1.2.2 Interrogantes secundarias

- a) ¿Cómo se aplica el principio de lesividad en las sentencias de delito de peculado doloso de Primera Instancia de la Corte Superior de Justicia de Moquegua en el año 2018?
- b) ¿En qué medida es uniforme la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en torno al delito de peculado doloso?

- c) ¿En qué medida es ambiguo el bien jurídico protegido en los operadores de justicia, respecto del delito de peculado doloso en el Distrito Judicial de Moquegua?

1.3 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Tomando en cuenta a Hernández-Sampieri (2018) en el campo de la metodología y epistemología y a Jorge Olvera (2014) en el campo de la investigación jurídica, consideramos importante estructurar la justificación de nuestra investigación en cuatro campos específicos: justificación teórica, justificación social, justificación metodológica y justificación práctica-jurídica.

En lo que respecta a la **justificación teórica**, por medio de la búsqueda en repositorios de investigación a nivel nacional (Repositorio Nacional de Investigaciones de la Superintendencia Nacional de Educación Superior, RENATI-SUNEDU), a nivel latinoamericano (Red de Repositorios Latinoamericanos de la Universidad de Chile), y a nivel iberoamericano (Repositorio Digital del Consejo Superior de Investigaciones Científicas de España, CSIC), consideramos que la investigación sobre el hecho típico de apropiación de caudales del Estado¹ ha sido escasamente abordada respecto a su relación con el principio de lesividad y el bien jurídico protegido. Por lo que consideramos que nuestra investigación contribuirá en gran medida a las ciencias jurídicas.

En cuanto a la **justificación social**, es un hecho que los delitos de corrupción se han convertido en una de las principales preocupaciones ciudadanas (Proética, 2017; Canal N, 2018). Es así que, la forma en cómo se aborda el tratamiento jurídico de estos delitos conllevará a la legitimidad o no del Estado de derecho frente a la ciudadanía. Pues, hoy por hoy, el escenario judicial viene siendo observado constantemente por la ciudadanía en referencia al tratamiento de estos delitos -contra la administración pública-. Así, es importante profundizar el estudio de las sentencias que sobre el fenómeno de la corrupción emiten pronunciamiento -específicamente aquellas que versan sobre el delito de peculado-, pues éstas podrían presentar un grado de impunidad o abuso en sus

¹ Donde en Perú se le conoce como delito de peculado, España “De la Malversación”, y Chile y Argentina “Malversación de Fondos Públicos”.

resultados. De esta manera, consideramos importante inferir adecuados estándares jurídicos en el tratamiento de estas sentencias, debido a que éstas mismas legitimarán la labor judicial que finalmente certifican un sólido Estado de Derecho frente a los ciudadanos. De esta manera, nuestra investigación se justifica socialmente en la medida que evidenciaremos adecuados estándares de justicia que legitimen el Estado de Derecho frente a la ciudadanía.

En referencia a la **justificación metodológica**, consideramos que nuestra investigación es importante por la innovación en la revisión de las sentencias, la cual nos permitirán un abordaje mixto del fenómeno. Por un lado, el análisis cuantitativo en la revisión del bien jurídico y el principio de lesividad en el delito de peculado doloso, así como la revisión cualitativa de las mismas.

Finalmente, en cuanto a la **justificación práctica-jurídica**, consideramos que la tesis contribuirá a una mejor resolución de casos, puesto que los operadores de justicia tendrán mayores elementos que permitan identificar de manera clara la lesividad del bien jurídico en el delito de peculado.

1.4 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1 Objetivo general

Determinar en qué medida los factores de la deficiente uniformidad de la jurisprudencia y la ambigüedad del bien jurídico protegido en los operadores de justicia, conllevan a la incorrecta aplicación del principio de lesividad en las sentencias de delito de peculado doloso de Primera Instancia de la Corte Superior de Justicia de Moquegua en el año 2018.

1.4.2 Objetivos específicos

- a) Analizar la aplicación del principio de lesividad en las sentencias de delito de peculado doloso de Primera Instancia de la Corte Superior de Justicia de Moquegua en el año 2018.

- b) Determinar la uniformidad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en torno al delito de peculado doloso.
- c) Determinar el nivel de ambigüedad en torno al bien jurídico protegido en los operadores de justicia, respecto del delito de peculado doloso en el Distrito Judicial de Moquegua.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

Martínez, I. y Muñoz, T. (2013), Empirismos normativos en los límites del principio de lesividad en el delito de peculado de uso. (Tesis para optar el título de abogado), recuperado de <http://repositorio.uss.edu.pe/handle/uss/1220> (Martínez Huamán, Iris Jannet y Muñoz Chudán, Ticianá de Lourdes, 2013)

La investigación aborda la problemática que está relacionada a los límites del principio de lesividad en el delito de peculado de uso, siendo el objetivo de la investigación identificar cuando se está ante un delito y cuando se está ante una falta administrativa, partiendo para ello de cuantificar el perjuicio económico –en aplicación del principio de lesividad– que se ocasiona a la administración pública. La investigación plantea que esto no se está cumpliendo, ya que a nivel normativo y jurisprudencial no se ha establecido los límites del principio ya mencionado. Asimismo, se manifiesta que esto se agrava cuando se presentan situaciones relacionadas al uso indebido de vehículos motorizados destinados al servicio personal del funcionario público o servidor público, por tanto, al final de la investigación se pretende proponer una modificatoria al artículo 388 último párrafo respecto al delito de peculado de uso.

Efectuada la comparación de la tesis comentada, puedo señalar que, si bien la investigación aborda el principio de lesividad y en específico los límites de éste, es también claro que lo hace respecto a una sola modalidad del delito de peculado en este caso el peculado de uso previsto en el artículo 388° del Código Penal, mientras tanto la presente investigación está relacionada a la aplicación del principio de lesividad en el delito de peculado doloso por apropiación, entendiéndose esto artículo 387° del Código Penal. Asimismo, en la investigación comentada se parte de la premisa que la cuantificación del perjuicio económico a la administración pública es el derrotero para establecer la lesión en el delito de peculado de uso, en este caso, la presente investigación no parte de dicha premisa y por lo tanto lo que se pretende es determinar cuándo se lesiona realmente el bien jurídico del delito de peculado doloso.

En definitiva, la presente tesis busca determinar porque no se aplica correctamente el principio de lesividad en el delito de peculado doloso, lo cual obviamente va a obligar

a identificar primeramente cuando se lesiona el bien jurídico del delito de peculado doloso, un estudio más profundo pero necesario si se pretende dar respuesta al problema

Caballero, C. (2017), Criterios para la configuración del delito de peculado doloso por apropiación de viáticos otorgados a funcionarios y servidores públicos en el Perú. (Tesis para optar el título de abogado), recuperado de <http://repositorio.ucv.edu.pe/handle/UCV/23350> (Caballero, 2017)

La investigación en comento aborda la problemática de la falta de determinación de ciertas conductas como delito de peculado doloso, en específico la tesis centra su atención en aquellas conductas comisivas u omisivas que se presentan en la rendición de viáticos de funcionarios o servidores públicos, buscando así determinar cuáles son los criterios para que se configure el delito de peculado doloso por apropiación cuando se presente situaciones en donde se hagan notar la apropiación de viáticos otorgados a funcionarios o servidores públicos.

Efectuada la comparación de la tesis comentada, puedo señalar que, la presente investigación apunta en general a abordar la problemática del principio de lesividad y cómo éste puede aplicarse en el delito de peculado doloso, es decir, cuando se lesiona el bien jurídico protegido de dicho delito de manera general para todas las situaciones –y no solo para la apropiación de viáticos-.

En ese sentido, el objeto de estudio será primeramente identificar cual es el bien jurídico protegido del delito de peculado doloso para, acto seguido, saber cuándo se puede lesionar éste, dejando de lado otros aspectos estructurales del tipo penal de peculado doloso que, si bien, serán tocados, esto se hará solo de manera somera sin profundizar en ellos.

Cotrina, J. y Otiniano, R. y Tolentino, L. (2017), Aportes para una adecuada regulación del delito de peculado doloso por apropiación. (Tesis para optar el título de abogado), recuperado de

<http://repositorio.unheval.edu.pe/handle/UNHEVAL/1171> (Cotrina, J, Otiniano, R. Tolentino, L., 2016)

La tesis en comentario tuvo como objeto de investigación el delito de peculado doloso por apropiación propiamente dicho, puesto que se identificó en un determinado espacio que la aplicación de este delito por los operadores jurídicos generaba diversas formas de pronunciamientos respecto a la reparación civil, multas e inhabilitaciones a pesar de que los hechos sentenciados eran similares, por lo que la investigación pretendió, a partir de identificar la naturaleza, bien jurídico tutelado y grado de reprochabilidad del delito de peculado doloso por apropiación, demostrar que la regulación actual de dicho delito no se condice con las dimensiones establecidas.

Efectuada la comparación de la tesis comentada, puedo señalar que, la presente investigación pretende identificar cuando se lesiona el bien jurídico protegido del delito de peculado doloso y de esa manera ver si los jueces de primera instancia de la Corte Superior de Justicia de Moquegua aplican correctamente dicho precepto, por el contrario, la tesis comentada pretende demostrar que la regulación actual no es la mejor.

Chanjan Document, Rafael Hernando (2014), La administración desleal de patrimonio público como modalidad delictiva especial del delito de peculado doloso. (Tesis para optar el título de abogado), recuperado de <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/5647>

El autor identifica que existe supuestos que no están cubiertos por la clásica concepción del delito de peculado doloso por apropiación o utilización lo cual genera lagunas de impunidad, y en vista de ello busca aportar criterios jurídicos para delimitar el ámbito de aplicación del delito de peculado, para lo cual propone la modalidad delictiva “administración desleal de patrimonio público”, la misma que –sugiere el autor- se encuentra implícitamente contenida en el delito de peculado doloso previsto en el artículo 387° del Código Penal.

La tesis analizada fija su horizonte en evitar supuestos de impunidad en relación a hechos que no son valorados correctamente por el delito peculado doloso por apropiación y utilización, proponiendo como solución la modalidad delictiva de

administración desleal de patrimonio público. En cambio, nuestro horizonte está enmarcado por comprobar si los factores que se han identificado como responsables de la incorrecta aplicación del principio de lesividad en el delito de peculado doloso son causales de ello.

Por lo que, nuestra investigación sigue una línea distinta, con objetivos distintos, pero la figura delictiva es la misma.

Espinosa Sapag, Ramón Ignacio (2013), Aproximación al requisito normativo del tipo “Teniendo a su cargo” en el delito de malversación de caudales públicos del artículo 233 del código penal chileno. (Tesis para optar el título de magíster en derecho penal), recuperado de <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/116231>

El presente trabajo de investigación, como bien lo refiere su título, apunta a analizar el elemento normativo “teniendo a su cargo” a propósito del Delito de Malversación de Caudales Públicos, regulado en el artículo 5, Título V del Libro II, del Código Penal Chileno, para lo cual desarrolla los principales elementos de la figura delictiva, conceptos básicos y la problemática que se puede suscitar desde la autoría, participación y el *iter criminis*, todo desde la variada doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera.

Sobre ello, al igual que nuestra investigación el delito analizado es el peculado a pesar que en Chile se lo conozca como Malversación de Caudales Públicos, pero el objeto de investigación con relación a este delito es diferente, pues nuestra investigación analiza la implicancia del principio de lesividad con el delito de peculado, en cambio la investigación en comento analiza solo uno de sus elementos “teniendo a su cargo”.

En consecuencia, se comprueba que el Delito de Peculado o Malversación de Caudales Públicos es uno con amplio margen de investigación, que no solo encuentra problemática en nuestro país sino en otras realidades.

Brunoni, Nivaldo (2009), Malversación y peculado: análisis comparativo entre las legislaciones españolas y brasileñas. (Tesis para optar el título de doctor), recuperado de <https://repositorio.uam.es/xmlui/handle/10486/3953>

La tesis analizada, valga la redundancia, analiza el delito de malversación, su evolución jurisprudencia y doctrinal; para luego con base en ello identificar las diferencias y similitudes que puedan existir entre la propuesta que desarrolla la legislación española con la legislación brasileña. Ahora, el autor parte de la premisa que el delito de malversación y peculado son dos figuras que resuelve un mismo problema.

En cambio, la investigación que acá se pretende desarrollar no busca comparar legislaciones en torno al delito de peculado, aunque no se puede negar que será parte del desarrollo del marco teórico, pero no es la esencia de nuestra investigación, puesto que como bien se plantea, nuestra investigación aborda la lesión –principio de lesividad- en el delito de peculado y los factores que suman en la incorrecta aplicación de este principio.

Por tanto, nuestra investigación está encaminada a dar respuesta a otros problemas que plantea el delito de peculado como ya se refirió antes, siendo lo común en ambas investigaciones sólo el tipo penal, lo cual sólo confirma la importancia de esta figura delictiva en otras realidades jurídicas.

Fernández de Cevallos y Torres, José (2013), Blanqueo de capitales y principio de lesividad. (Tesis para optar el título de doctor), recuperado de https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/122959/1/DDPG_FernandezdeCevallosyTorres_Blanqueo_CapitalesPrincipio_Lesividad.pdf

La tesis doctoral analizada, vislumbra la problemática que plantea el delito de blanqueo de capitales en el contexto social, económico y jurídico, sobre todo en este último aspecto, en donde la escena jurídica internacional ha buscado dar respuesta a la interrogante de qué bien o bienes jurídicos protege este delito. Por tanto, la tesis al buscar determinar el principio de lesividad en el blanqueo de capitales, dedica su primera parte a identificar su bien jurídico protegido.

Comparativamente con nuestra investigación, es evidente que la línea de investigación es diferente, partiendo desde la figura delictiva. Pero en ambas tesis es similar el interés que se le pone a la relación del principio de lesividad con figuras delictivas de compleja estructura y de trascendencia social, económica y jurídica, lo cual solo alimenta

nuestro interés por vislumbrar la relación entre el principio de lesividad con el delito de peculado doloso.

2.2 FUNDAMENTO TEÓRICO CIENTÍFICO

SUB CAPÍTULO I: TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO

2.1.1 Reseña Histórica de la teoría del bien jurídico

En el presente sub capítulo nos avocaremos en estudiar –o mejor dicho tratar- lo relacionado a la teoría del bien jurídico –aunque suene pretensioso-, pues sobre ello se dice mucho y se discute más, puesto que, los entendidos en el tema, de un lado cuestionan la vigencia de esta teoría y de otro la defienden. Cierto es que la teoría del bien jurídico ha retomado su lugar en la palestra como tema a discutir y no siendo ajenos a ello trataremos de pasar a limpio los argumentos y contrargumentos que sustentan la discusión, para al final y a modo de conclusión adoptar una postura que permita ser la base sobre la cual nos facilite el trabajo en nuestra línea de investigación.

La teoría del bien jurídico data de la primera mitad del siglo XIX, en tiempos en donde la sociedad ya había sido partícipe de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. En dicho tiempo surge el paradigma del contrato social, que no es otra cosa que la cesión parcial de ciertas libertades que el ciudadano sacrifica a favor del Estado con la intención de que éste asuma tal encargo y garantice de esa manera la convivencia pacífica en sociedad. Siendo así, el Estado se vuelve un todopoderoso, que buscando cumplir con las expectativas que los ciudadanos depositaron en éste empieza a emitir leyes, siendo las más severas las leyes penales. En dicho escenario surge la necesidad de saber qué es lo que protege una ley penal y buscando dar respuesta a ello se tiene primero a Paul Johann Anselm Feuerbach y después a Johan Michael Franz Birnbaum –aunque no son los únicos-.

2.1.1.1 Paul Johann Anselm Feuerbach y la Teoría de las Lesiones de los Derechos Subjetivos

En 1832 Paul Johann Anselm Feuerbach proyecta su teoría sosteniendo que el delito se da cuando se lesiona un derecho subjetivo ajeno. Esta teoría se da en un contexto -que como ya se dijo antes- en donde el ciudadano confía sus libertades al Estado con el fin de

obtener de éste seguridad y otras libertades –contrato social-, por tanto, Feuerbach busca adecuar su propuesta a tal paradigma afirmando que el delito es la lesión de un derecho. Hernán Hormazábal Malarée explicando la teoría en comentario afirma que “su teoría [hablando de Paul Johann Anselm Feuerbach] consiste en la adecuación del contrato social al Derecho penal, ya que, según esta teoría, los hombres ante la inseguridad de vivir aislados, se organizan en sociedades y confían al Estado la conservación del nuevo orden creado, erigiéndose el Estado, el garante de las condiciones de vida en común.” (Citado por Fernández de Ceballos, 2013, p. 33)

Winfried Hassemer y Francisco Muñoz Conde hablando sobre la teoría desarrollada por Feuerbach, sostienen que “Esta lesión constituía para él [en referencia a Paul Johann Anselm Feuerbach] el núcleo del concepto material del delito, con la suficiente fuerza como para, en caso necesario, representar un bastión frente a la arbitrariedad del legislador.” (1989, p. 106). Entonces de lo dicho hasta ahora se puede sostener que, en cierto periodo de tiempo, la corriente dominante era afirmar que la protección de los derechos subjetivos ajenos era la razón de ser de la norma penal, pero adicionalmente también fungía como criterio o fundamento limitante de la labor legislativa.

Ahora, sostener que el derecho penal salvaguarda derechos subjetivos es aceptable desde una posición vanguardista, pero que es exactamente un derecho subjetivo. La discusión sobre ello hasta ahora es sana, fructífera pero no definitiva, como tantos otros en el derecho penal, sin embargo, debemos plantearnos una definición, por lo cual lo dicho por Mariano Kierszenbaum nos parece destacable y por tanto referenciable. Él afirma que el derecho subjetivo es, “(...) a grandes rasgos, la facultad jurídicamente reconocida que tiene una persona de comportarse de tal o cual forma o de exigir de una, de varias o de todas las personas un comportamiento (sea activo u omisivo). Es decir, cuando hablamos del derecho subjetivo a la vida nos referimos, por caso, a la facultad que una persona tiene de exigir a los otros que no lo maten o que hagan algo que favorezca su desarrollo vital, y su respectiva facultad de administrar su vida como le plazca, pudiendo, si así lo desea, extinguirla.” (2009, p. 190)

2.1.1.2 Johan Michael Franz Birnbaum y los inicios de la Teoría del bien jurídico

Johan Michael Franz Birnbaum en 1834 desarrolló la teoría del bien jurídico, la misma que como bien dice Luis Varela “(...) debe ser ubicada dentro del catálogo de aquellas obras que han expandido la frontera de lo conocido, obra, por medio de la cual, se ha

cosechado un nuevo enfoque para la ciencia penal. Nuevo enfoque, que luego ha servido de base para nuevos descubrimientos científicos, aportes que en definitiva cambiaron la forma de entender una parte importante de nuestra ciencia.” (2010, p. 2009)

Como muchas cosas en la vida, el contexto en el cual, una gran idea ve la luz, es muy importante, pues esta gran idea responderá a la necesidad de respuestas o soluciones que el contexto haga ver, y la teoría del bien jurídico no es la excepción, por cuanto el ámbito sociopolítico de dicha época estaba definido por el comienzo de la Revolución Industrial lo que originó que el derecho penal sea más exigido. Ante tal escenario la teoría de la lesión de derechos subjetivos se vio rebalsada, puesto que no daba respuestas satisfactorias a ciertas situaciones, y buscando soluciones Birnbaum se contrapone a la teoría que en 1832 supuso dar una respuesta y propone que el delito lesiona bienes. Ahora este nuevo huésped significó un cambio de paradigma y el inicio de una teoría que, con adiciones, restas, etc, perdura hasta la fecha.

Pero que es un bien jurídico o que entendía Birnbaum por ello, es un vacío que se critica a esta teoría. Pues si bien, busca dar soluciones, como ya se dijo antes, en el proceso crea un término que hasta la fecha no es unánime en su contenido en la comunidad jurídica. Pero siguiendo a José Fernández de Cevallos y Torres respecto a ello, podemos tener algunas pistas cuando éste señala que “Su teoría [refiriéndose a la teoría del bien jurídico] da una concepción trascendente del bien jurídico, ya que los bienes se sitúan en la naturaleza de las cosas, es decir no son creadas por el Derecho, sino que son anteriores y preexisten a él, le han sido dadas al hombre por la naturaleza o la sociedad y en tal sentido se puede distinguir entre delitos naturales o sociales.” (2013, p. 36)

2.1.1.3 Aportes posteriores del positivismo jurídico. De Karl Binding a Franz Von Liszt

En tiempos en donde las áreas sociales la pasaban mal, esto es en la primera parte del siglo XIX, puesto que sus respuestas no eran universalmente validas, lo que ocasionaba incertidumbre en el campo jurídico. Tuvo que intervenir el positivismo desde la comodidad de las ciencias naturales para adecuarse y dar respuesta a las ciencias sociales, originando con ello un giro copernicano en la manera de ver el derecho, es decir la norma ya no deriva de la realidad sino por el contrario la norma trata de aplicarse a la realidad. Sembrada la semilla del positivismo en las ciencias sociales, se reconocen dos corrientes,

por un lado, la impulsada por Karl Binding que desarrolla una concepción formal normativa del bien jurídico; y por otro lado la defendida por Franz Von Liszt que desarrolla la concepción naturalista, sociológica del bien jurídico.

El positivismo formal normativo de Binding concibe –en lo más importante– que el bien jurídico no es un bien que preexiste al derecho. Por tanto, el legislador será el encargado de determinar cuáles son estos, su nivel de importancia para la vida en comunidad y su positivización en una norma. Como se ha hecho notar, Binding coge el término que Birnbaum en 1834 había propuesto, pero no solo eso sino que aporta algo más como lo reconoce Knut Amelung al sostener que “La historia continua con una minusvaloración de las aportaciones del positivista Binding, que recoge de Birnbaum poco más que la palabra <<bien>>, pero es, por lo demás, el primer autor que atribuye al concepto de bien jurídico las funciones que aquí se han mencionado y que hoy en día resultan imprescindibles para el manejo del Derecho penal positivo.” (2016, p. 227-228). A modo de cerrar la idea, Binding identifica el daño social con la lesión de un bien jurídico.

De otro lado Franz Von Liszt, impulsa la idea, que en contraposición a la de Binding, sostiene que, los bienes jurídicos si preexisten al derecho y por tanto no pueden ser creación del legislador ni ser considerado un concepto a exclusividad jurídico. Gunter Stratenwerth enseña que en la misma línea de lo dicho hasta ahora “El concepto de *bien* fue introducida en la discusión jurídico penal, por Birnbaum en 1843, con la expresa finalidad de lograr una definición “natural” de delito, independiente del Derecho positivo (...) Para Binding, que es quien impuso realmente el concepto de *bien jurídico*, lo único determinante era la decisión del Legislador de otorgar protección jurídica a un bien. En contraposición, fueron sobre todo v. Liszt y la doctrina neokantiana del Derecho Penal, representada entre otros por M.E. Mayer y Honig, los que intentaron desarrollar parámetros *prelegales*”. (citado por Kierszenbaum, 2009, p. 193)

2.1.2 Fundamentos de la Teoría del Bien Jurídico en la doctrina contemporánea

Ante los diferentes cuestionamientos que viene recibiendo la teoría del bien jurídico, diferentes autores entendidos en el tema, haciendo suya la discusión, se reunieron en la ciudad alemana de Moritzburg en abril del 2002 y discutieron en jornadas las diferentes posturas, dividiendo las jornadas en bloques temáticos de tres sesiones “La teoría del bien jurídico y el Harm Principle”, “La teoría del bien jurídico y los problemas de imputación”

y “¿Criminalización más allá del concepto de bien jurídico?”. Desarrollar las conclusiones de dichas jornadas será propio de un trabajo más extenso, lo único que pretendemos haciendo referencia al encuentro de connotados investigadores tales como Andrew von Hirsch, Winfried Hassemer, Knut Amelung, Michael Bunzel, Bernd Shunemann entre otros, es resaltar la vigencia e importancia del problema que suscita la legitimación de la teoría del bien jurídico en el Derecho Penal en tiempos actuales.

Cierto es, que la teoría del bien jurídico en la doctrina contemporánea es de recibo mayoritario, pues ante la necesidad de identificar los intereses que el derecho penal salvaguarda, la teoría del bien jurídico es la llamada por varios autores para dar respuesta a esa necesidad, como bien lo reconoce José Ugaz Sánchez Moreno y Francisco Ugaz Heudebert cuando dicen que “En materia de Derecho Penal, el bien jurídico cumple un papel fundamental (...)” (2017, p. 22). Pero en los últimos años dicha vigencia se ha visto cuestionada por diferentes autores como Jacobs, Hirsch, Stratenwerth, Frisch o Wohlers, los cuales en mayor o menor medida se alejan de la idea de que el derecho penal protege bienes jurídicos. Sumado a esto se tiene que los cuestionamientos no solo vienen de la vereda de enfrente sino también de los propios defensores de la teoría del bien jurídico - lo cual no está mal si se es autocrítico-, pero son cuestionamientos –hablando de los defensores de la teoría del bien jurídico– que más que alejarse buscan perfeccionar la teoría, Enrique Gimbernat Ordeig sobre ello nos dice “en los últimos años en la teoría del bien jurídico han empezado a aparecer diversas grietas (...) [y] quienes defienden la teoría del bien jurídico son los primeros en reconocer que el concepto de bien jurídico, en el que se subsumen las más diversas definiciones, carece de contornos precisos (...)”. (2016, p.11)

2.1.2.1 Claus Roxin y Winfried Hassemer, posiciones a favor del bien jurídico

Como dice Claus Roxin “En esto me siento compañeros de armas de WINFRIED HASSEMER [hablando como partidario de la teoría del bien jurídico crítico de la legislación] (...) a quien la teoría personal del bien jurídico le debe contribuciones decisivas.” (2016, p.32). Cuando uno pretende hablar de posiciones a favor de la teoría del bien jurídico la referencia inmediata deben ser estos dos connotados pensadores del derecho penal, puesto que sus postulados son claros al afirmar que el derecho penal es el instrumento para la protección de bienes jurídicos.

Hablando de la propuesta de Claus Roxin respecto al bien jurídico, se tiene primero que, el profesor oriundo de Hamburgo reafirma que el bien jurídico tiene una función crítica al legislador, en la misma línea de Schunemann y Sternberg-Lieben, es decir esta institución funge de barrera que, parafraseando a Roxin, no dice que lesiones a bienes jurídicos deben prohibirse a través del derecho penal, sino qué conductas no deben ser penadas por faltar una lesión a bienes jurídicos. (2016). en otro momento, Roxin nos aporta su definición de bien jurídico, enseñando que:

“(…) por “bienes jurídicos” se deben “entender todas las circunstancias u objetivos... que son necesarios para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal construido sobre la base de este objetivo” (...).” (2016, p.38)

Ahora, desde el enfoque dogmático Roxin afirma que la capacidad de rendimiento dogmático del concepto de bien jurídico radica sobre todo en su vinculación con la teoría de la imputación objetiva. “Y es que, si la tarea del Derecho Penal consiste en la protección de bienes jurídicos, legislativamente esta protección solo podrá ser dada conminando con pena la creación de un riesgo no permitido contra bienes jurídicos protegidos penalmente e imputando la realización de tal riesgo al autor como acción típica.” (Roxin, 2016, p.50). Entonces de todo lo dicho hasta ahora podemos confirmar el compromiso del emérito profesor Claus Roxin con el desarrollo de la teoría del bien jurídico y que, tomando sus palabras, es muy elevada la ganancia dogmática y a consideración nuestra también en la política-criminal de un sistema basado en la salvaguarda de bienes jurídicos.

Por otro lado, Winfried Hassemer en su participación en las jornadas de Moritzburg de abril del 2002 señaló que no tiene nada nuevo que añadir a su postura respecto a la discusión vinculada al topos del bien jurídico, en ese sentido, su opinión, en palabras del connotado profesor, puede seguirse enunciando del siguiente modo:

- “- el bien jurídico es irrenunciable como baremo de una buena política criminal.
- debería centrarse en su núcleo negativo tradicional crítico al Derecho penal.

- también los bienes jurídicos universales son <<bienes jurídicos>> en sentido penal.
- sin embargo, esos bienes jurídicos universales deben funcionalizarse partiendo de la persona.
- una política criminal moderna y divagadora también daña el concepto tradicional de bien jurídico con la utilización de bienes jurídicos vagos y demasiado generalizadores.” (2016, p. 91-92)

Sin embargo, Hassemer si realiza un nuevo aporte en dichas jornadas, pero desde una perspectiva nueva “la constitucional”, cuestionando porque motivo la conexión entre la tradición teórica penal y la jurídico-constitucional es de reciente data y no se dio antes. El autor reflexiona al afirmar que “la conexión entre la dogmática penal y la Constitución (...) no solo es plausible, sino oportuna y obvia en este momento.” (Hassemer, 2016, p. 92). Y llega a esta conclusión al observar que la hoja de ruta de ambos campos del derecho es similar, pues ambos de alguna manera establecen límites al poder punitivo del Estado, y más aún, sostiene que provienen de una misma fuente “el derecho penal y la pena basado en derechos fundamentales”.

Finalmente, también es importante hacer notar que Hassemer –hablando siempre de sus aportes en las jornadas de Moritzburg de abril del 2002– habla de la jerarquía de los bienes jurídicos y confirma –desde su punto de vista– que “ (...) el bien jurídico fija al mismo tiempo la medida para valorar la proporcionalidad de la intervención penal: la jerarquía de los bienes jurídicos informa también sobre los grados de gravedad que determinan una proporción adecuada entre la prohibición de acción y la amenaza penal, por un lado, y la amenaza y el ataque, por otro.” (2016, p. 95)

2.1.2.2 Gunther Jakobs y la preponderancia de la norma frente al bien jurídico

Jakobs criticando frontalmente el contenido y lo que hasta ese momento se entendía como bien jurídico, aborda el estado de la cuestión y sostiene que la legitimación material del Derecho Penal está representada por “(...) las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, en la forma dada y en la exigida legalmente, no se den por perdidas en caso de que resulten defraudadas. Por eso –aun contradiciendo el lenguaje usual– se debe definir como el bien a proteger la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción, firmeza frente a las decepciones que tiene el mismo

ámbito que la vigencia de la norma puesta en práctica; este bien se denominará a partir de ahora bien jurídico-penal.” (1997, p. 45)

Entonces queda claro primero que, Jacobs no abandona el término bien jurídico, lo que si hace es darle contenido –su contenido– en el sentido de que el derecho penal reafirma la vigencia de una norma que previamente ha sido cuestionada por el autor del delito, significando dicho cuestionamiento en un no acatar lo que la norma penal manda para el bien de la sociedad. Otro aspecto a resaltar es el hecho de que, si bien no abandona el término bien jurídico, agrega a este la palabra penal concibiéndolo ahora como “bien jurídico penal”. Percy García Caverro, partidario de la tesis propuesta por Jacobs, sostiene que “la tesis institucional acierta al centrar la función del Derecho Penal en el mantenimiento de la vigencia de la norma defraudada (...) [pues] la tesis institucional resulta más acabada, en la medida que descubre el lado normativo de la protección de los bienes jurídicos”. (2012, p. 128-129)

2.1.3 La teoría del bien jurídico y el principio del daño “Harm Principle”

El “*harm principle*” en términos del idioma inglés o el “*principio del daño*” en términos más nuestro como el español, es una institución que se emplea en la cultura jurídica anglosajona para legitimar las normas penales. Su ingreso se dio en el siglo XIX, más exactamente en el año de 1859 –veinticinco años antes Birnbaum proponía su teoría del bien jurídico– y el artífice de tan notable creación fue el filósofo Jhon Stuart Mill que, a través de su obra de cuatro tomos “*The Moral Limits of the Criminal Law*”, introduce este principio. El principio del daño en su versión originaría basa su idea en el perjuicio a otros (harm to others) como fundamento de la pena, descartándose de esa manera el daño a sí mismo o las infracciones morales.

Existe posturas que ante el escenario de deslegitimación que viene sufriendo la teoría del bien jurídico en los últimos tiempos, ven con buenos ojos la importancia que puede tener el principio del daño para revitalizar la idea del bien jurídico, uno de ellos es Andrew von Hirsch que sosteniendo lo dicho afirma que el principio del daño “(...) ha de estar orientado prioritariamente a asegurar las condiciones de la convivencia social, en cuanto los intereses primordiales del individuo son protegidos frente a injerencias externas, y ello de modo que intente asegurarse la mayor optimización posible de las esferas de libertad de todos.” (2016, p. 35). En otro momento el referido autor emplea el adagio “la libertad de mover mi brazo finaliza donde comienza tu nariz” para explicar mejor su idea

sobre el principio del daño. Pero Andrew von Hirsch termina admitiendo que la teoría del bien jurídico ha desarrollado una amplia discusión y por tanto no podría sacar mucho de la discusión angloamericana respecto del principio del daño, aunque reconoce algunas enseñanzas.

De otro tanto, Gerhard Seher en una línea similar de querer proponer soportes dogmáticos a favor de la discusión del bien jurídico, reconoce primero que, “(...) al bien jurídico se le ha exigido demasiado en su papel de criterio exclusivo del merecimiento de incriminación.” (2016, p. 85) y por tanto no ha sido capaz de colmar las expectativas del devenir diario. Ante ello, el autor buscando dar respuesta a ello propone en un primer momento que las normas penales se pueden legitimar a través de principios, siendo uno de ellos el principio del daño, pues dentro de este principio el baremo clave es penalizar conductas que dañen intereses propios de una persona estándar, significando todo ello una importante limitación a la arbitrariedad del legislador. Pero al igual que von Hirsch, Seher reconoce que no se debe abandonar la noción de bien jurídico porque su función crítica es adecuada, en consecuencia, los principios que alienta pueden convivir junto con el bien jurídico en una teoría global del Derecho Penal como él la llama.

2.1.4 Definición del Bien Jurídico

Parafraseando a Mariano Kierszenbaum podríamos afirmar que el concepto de bien jurídico ha sido esbozado tantas veces y de diferente manera como autores han escrito sobre ello. Puesto que definir el bien jurídico es una tarea complicada y no buscando rehuir a ello, citaremos algunas definiciones dadas por diferentes pesos pesados en la materia que se arriesgaron a darle contenido en diferentes lugares y contexto. Así primeramente tenemos lo dicho por Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, quienes sostienen que los “(...) bienes jurídicos son aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social.” (2010, p. 59)

De otro modo y más escueto, Enrique Bacigalupo afirma que “El Derecho penal moderno (a partir de Binding) se ha desarrollado desde la idea de protección de bienes jurídicos. De acuerdo con ella, el legislador amenaza con penas las acciones que vulneran (o ponen en peligro) determinados intereses de una sociedad determinada. La vida, la libertad, la propiedad, etcétera, son intereses o finalidades de la sociedad que el legislador quiere

proteger amenazando a quienes los ataquen con la aplicación de una pena.” (1999, p. 43-44).

Desde la vereda de Ivan Meini, se expresa que “El bien jurídico es una condición imprescindible para que las personas podamos desarrollarnos libremente en sociedad.” (2014, p. 30). Este autor si bien ofrece una definición de tono similar a las antes esbozadas, es crítico cuando señala que el bien jurídico no es una realidad estática y por tanto debe adaptarse a las necesidades que la sociedad estime necesaria de protección.

En una postura marcadamente diferente Eugenio Raúl Zaffaroni afirma que “El bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad de una persona con un objeto, protegido por el Estado, que revela su interés mediante normas que prohíben determinadas conductas que las afectan, las que se expresan con la tipificación de esas conductas.” (1996, p. 240). Postura que le ha valido diferentes críticas, siendo la más resaltante aquella que tiene que ver con la relación de disponibilidad, puesto que, como sostienen algunos autores, algunos bienes jurídicos no son disponibles. Ante tal objeción el Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos refiere “La idea de disponibilidad suele entenderse mal, porque suele identificársela con la posibilidad de destruir el ente con que se relaciona el sujeto. Este es un equívoco que proviene de asimilar todos los bienes jurídicos a la propiedad, entendida esta en un sentido quirritario. Disponibilidad no significa otra cosa que posibilidad de disponer, pero en la vida social organizada por el moderno Estado social de derecho, la disposición debe entenderse como un uso que de ciertos objetos hacen los ciudadanos para autorealizarse.” (Zaffaroni, 1996, p. 240).

2.1.5 Toma de postura (conclusiones)

Con todo lo dicho hasta el momento, es concluyente la idea de que la teoría del bien jurídico se encuentra en un proceso de adecuación y perfeccionamiento, pues como se ha visto soplan nuevos tiempos. La necesidad de una teoría del bien jurídico sólida que dé respuesta a los nuevos intereses a proteger o salvaguardar alienta la idea que esta teoría está más vigente que nunca que, en contraposición a sus detractores, no hace más que pasar de un estado de inacción a un estado de acción, sale de su sitio de confort y vuelve a ser tema de discusión, enriqueciéndose el debate y dando respuesta a sus vacíos.

La idea de un bien jurídico detrás de toda norma penal es algo que compartimos, pero saber cuál es éste es el reto y la cuestión a armonizar. Por lo tanto, creemos que un bien jurídico es la disponibilidad de un interés propio del ser humano, que de forma directa (vida, patrimonio) o indirecta (administración pública, medio ambiente) suma en su desarrollo social y personal.

SUB CAPÍTULO II: BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE PECULADO DOLOSO (ARTÍCULO 387°)

1. Administración Pública: Fundamentos de su necesaria protección penal

Como ya se dijo en el subcapítulo anterior, el Estado se ha convertido en una especie de ente todopoderoso, que ante las libertades que sacrifican los individuos a favor de su existencia como tal, éste tiene la obligación de garantizar a los individuos -ahora sociedad- los recursos vitales que faciliten su desarrollo en un contexto digno. Por tanto, el Estado tiene que actuar en procura de ello a través de sus representantes pues “Al ser la administración pública algo abstracto, el servicio o actividad pública, que es algo más concreto, es realizado o materializado por personas que cumplen labores y trabajan al interior de una institución pública.” (Salinas, 2016, p. 03)

Entonces siendo el Estado el responsable de garantizar el bienestar a sus ciudadanos, entendiéndose esto como la satisfacción (protección, aseguramiento y provisión) de sus necesidades básicas, valiéndose para lo cual del ente abstracto “Administración Pública”, es evidente que su importancia desborda todo cuestionamiento, puesto que como afirma Fidel Rojas Vargas “(...) la administración pública es un punto intermedio entre la ficción jurídica denominado Estado y la sociedad, en tanto este último es destinatario de las funciones y servicios. La importancia de la administración pública es enorme. Si no hay administración pública, sencillamente no hay Estado. (2017, p. 81)

Ahora, la administración pública merece protección penal no solo por lo que representa sino por lo que brinda, como bien Manuel Abanto Vásquez lo dice “En la actualidad se ha cambiado de concepción, pues se considera incompatible con

un estado de derecho que la administración pública merezca protección por sí misma y no en cuanto a los servicios que debe prestar a los administrados.” (2014, p. 748)

1.1. Finalidad de la Administración Pública

La finalidad de la administración pública en términos sencillos es coadyuvar a que el Estado cumpla con sus fines y esto se hará solamente por intermedio de la labor de las personas que representan a la administración pública (servidores y funcionarios). Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre hablando sobre la administración pública nos dice “A nuestro entender la Administración pública importa la manifestación más pura del poder estatal, una dimensión pública que toma lugar a través de las decisiones que se adoptan en su seno, por parte de quienes asumen su conducción y ejecución, lo que a su vez determina su potestad reglamentarista así como su poder coercitivo.” (2016, p. 37). Lo dicho por el citado autor solo confirma que la administración pública existe como tal para, como manifestación del poder estatal –en palabras del autor–, plasmar las decisiones que en su interior sus representantes adopten, siendo siempre el horizonte el cumplir con las finalidades que al Estado se le asigna por orden de una Ley Suprema –Constitución–.

1.2. Administración Pública. Concepto y origen constitucional

La institución administración pública –permitámonos llamarlo así– tiene muchas y variadas acepciones, por tanto, se abordará algunas de ellas para enriquecer el contenido de este punto. Así tenemos que Fidel Rojas Vargas identifica que la frase Administración Pública tiene múltiples significados y para precisar su contenido propone tres lecturas:

- Una *lectura orgánica o subjetiva* nos dirá que la administración pública es una **institución global**, conformada por diversos órganos públicos, entidades o reparticiones que poseen jurisdicciones territoriales determinadas, competencias, jerarquías, cargos y oficios.

- Una *lectura objetiva o funcional* determinará que se trata de un **conjunto de actividades** desarrolladas por los funcionarios y servidores públicos que realizan así los fines del Estado y las entidades públicas en general. Este conjunto de actividades son las funciones y los servicios públicos.
- Una *lectura teórica o gnoseológica* señalará que la administración pública, en tanto ciencia, toma como objeto de estudio la **planeación y dirección** a todo lo relacionado con el sector público. (2016, p. 82)

Francisco Ferreira comenta que “la administración pública es entendida como toda actividad o trabajo realizado por los funcionarios y servidores públicos, los mismos que se encargan de poner en funcionamiento al Estado, orientado al cumplimiento de sus fines y funciones, sometidos a una jerarquía o niveles y roles o funciones en todos sus órganos o entidades” (citado por Salinas, 2016, p. 03), definición que, palabras o palabras menos, también es asumida por Ramiro Salinas Siccha.

En un sentido más instrumental Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre define a la administración pública como “(...) el instrumento por medio del cual hace uso el Estado, su aparato gubernamental para cumplir con las labores socio-económicas que la Ley y la Constitución le confieren.” (2016, p.35)

Por tanto, la definición que se le podría dar a la administración pública es la siguiente: “Organismo estructurado y jerarquizado, integrado por funcionarios y servidores que orientan su funcionamiento a satisfacer de la sociedad las necesidades debidas por un Estado”

Finalmente como bien lo refiere el artículo 1° de la Constitución Política del Perú, el Estado es responsable de la defensa de la persona humana y del respeto a su dignidad; y, habiendo dicho que el Estado se vale de la administración pública para efectivizar sus compromisos con sus conciudadanos, es claro que una cosa lleva a la otra, es decir en un Estado Constitucional de derecho la administración pública se reconoce como una institución implícita de contenido constitucional, que si bien no se la menciona como tal, si se hace referencia a sus actores -servidores y funcionarios- y a su estructura, por ende podemos concluir que la administración pública tiene su razón de ser en la Constitución.

1.3. Delitos contra la Administración Pública

Establecida la importancia de la administración pública como ente abstracto capaz de materializar a través de sus actores el cumplimiento de los deberes del Estado, es evidente que ésta –la administración pública– puede ser pasible de conductas que afecten dicho cometido y de hecho lo son, entonces es ahí cuando el Derecho Penal toma cargo y selecciona aquellas conductas que revistan una afectación de trascendencia que ponga en peligro los deberes del Estado; y por tanto la convivencia bajo estándares de dignidad de sus ciudadanos. Es interesante lo que afirma Fidel Rojas Vargas cuando señala “El derecho penal trabaja con mínimos que deben asegurar la funcionalidad de la administración pública. El Derecho penal está para proteger la buena administración pública.” (2016, p. 81)

Los delitos contra la administración pública se encuentran contenidos en el Título XVIII del Código Penal Peruano. Es interesante notar que el legislador le otorga un título completo a este tipo de delitos, lo cual solo confirma la importancia de esta institución y de las funciones que cumple para con la sociedad, otro aspecto interesante es el hecho de cómo se establece una diferencia entre los delitos cometidos por particulares y por funcionarios, pues uno erróneamente podría pensar que los servidores o funcionarios están para servir en el buen sentido de la palabra y no para servirse, pero la experiencia y la casuística nos dice lo contrario.

1.3.1. La Administración pública como bien jurídico

Dentro de este debate, la posición mayoritaria entiende que el bien jurídico “administración pública” puede entenderse desde dos frentes “específico y genérico”.

a. Específico

Desde un frente específico, se puede decir –como la mayoría de autores lo sostiene– que el bien jurídico específico responderá a la estructura típica de cada delito que lesione o ponga en peligro el bien jurídico genérico “Administración Pública”. Ramiro Salinas Siccha en una línea similar sostiene que “Cada fórmula legislativa, que regula los delitos en particular, pretende proteger un bien jurídico

específico” (2016, p. 7). Ahora este bien jurídico específico, como se sostiene, responderá a la fórmula de cada delito, pero ¿cuáles son estos? Es una pregunta que para cada delito en mayor o menor medida no tiene consenso, por ejemplo, Fidel Rojas Vargas hablando del interés específico -bien jurídico específico– en los delitos funcionariales –cometidos por funcionarios o servidores– acota “Así, en el peculado: la correcta administración del patrimonio público; en la malversación de fondos: la afirmación del principio de legalidad presupuestal, etc.” (2017, p. 84), ante esta posición Cecilia Alejandra Pezo Roncal en su tesis para optar el grado de magister establece su posición en un sentido contrario, señalando que “Si bien el autor FIDEL ROJAS también se pronuncia acerca de la existencia de un bien jurídico específico, no concuerdo necesariamente con la posición del autor respecto a su posición respecto a cuáles sería los intereses concretos tutelados como bienes jurídicos, por los diversos tipos penales en los delitos de corrupción.” (2014, p. 63)

b. Genérico

Ahora, desde una visión más genérica, se postula varias acepciones que buscan dar respuesta a un bien jurídico genérico que parta desde la administración pública. Así se tiene lo estructurado por Yvan Montoya Vivanco (2015, p. 35) que, facilitándonos el trabajo, identifica las siguientes posturas:

- **“La probidad, dignidad, integridad, rectitud y lealtad del funcionario público.** Como puede entenderse, se trata de una concepción subjetiva respecto del bien jurídico, ya que se centra en características que el funcionario público debe tener para trabajar en la administración pública” (Montoya, 2015, p.35).
- Desde la postura de José Reaño Peschiera

“Las expectativas, basadas en las normas, que se tienen respecto de la actuación de los funcionarios estatales y aquella sobre el rol que estos deben cumplir en nuestro sistema social. En otras palabras, las expectativas normativas se defraudan cuando los funcionarios públicos incumplen su deber institucional de

sujeción a la ley; es decir, no actúan según las normas estatales prescritas”. (citado por Montoya, 2009, p. 29-30)

- **“El correcto y regular funcionamiento de la administración pública (el correcto ejercicio de la función pública)**. Esta postura predomina, actualmente, en la doctrina y en la jurisprudencia” (Montoya, 2015, p.31).

En una clara posición a favor de la última postura resumida en los párrafos anteriores, Ramiro Salinas Siccha sostiene que “El normal y correcto funcionamiento de la administración pública se constituye [en] el bien jurídico protegido general que se pretende cautelar con cualquiera de las fórmulas legislativas, que regulan las conductas delictivas recogidas en el catálogo penal. (2016, p. 6). En una posición similar Manuel Abanto Vásquez, solo con la atinencia que este autor parte desde los delitos de corrupción de funcionarios - no desde los delitos contra la administración pública-, sostiene que también está en juego, en general, el “correcto funcionamiento de la administración pública”. (2014, p. 750)

En definitiva, la administración pública y en específico su buen funcionamiento sería el bien jurídico genérico que salvaguardan los delitos contemplados en el Título XVIII del Código Penal, lo cual nos lleva a la conclusión que, si bien, cada delito parte de un bien jurídico específico por su estructura, en el fondo este bien jurídico específico es una ramificación del bien jurídico global “Administración Pública” y su correcto funcionamiento.

2. El delito de peculado doloso (Artículo 387° del CP)

Es preciso hacer recuerdo que nuestro trabajo de investigación parte de analizar el tipo penal de peculado doloso propiamente que está estipulado en el artículo 387 del Código Penal, acá se aclara que en dicha fórmula normativa también se hace referencia al supuesto culposo de este delito que, para efectos de este trabajo, no será tomado en cuenta. Siendo la última redacción del artículo en comento el siguiente:

Artículo 387. Peculado doloso

“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 ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36°; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa”. (Código Penal, 1991, Art.387°)

“Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepasa diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36°; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa”. (Código Penal, 1991, Art.387°)

“Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años; inhabilitación, según corresponda, conforme los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36°; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días- multa” (Código Penal, 1991, Art.387°)

2.1. Antecedentes normativos del tipo en nuestro ordenamiento

El delito de peculado es uno de los delitos de función de larga data en la historia del derecho penal, éste fue conocido en el derecho romano y ateniense. Su vocablo proviene de las voces latinas *pecus* que significa ganado y *latus* que significa hurto, significando de ese modo en conjunto “hurto de ganado”, no olvidemos que para ese tiempo –época romana– el ganado era un bien muy preciado, pues significaba para la Roma monárquica y republicana un medio de cambio. Desde el digesto, siguiendo en la cultura jurídica romana, el peculado se representaba más bien como un hurto de dinero público, en cuyo caso el agraviado era el pueblo romano puesto que el dinero público era del erario público y no de los municipios.

El antecedente más cercano del delito de peculado lo tenemos en el derogado Código Penal de 1924 en el artículo 346°, significando desde ese momento un desarrollo continuo del delito de peculado.

2.2. Estructura típica

Según el diccionario de la real academia española el término “estructura” se entiende como “*Disposición o modo de estar relacionadas las distintas partes de un conjunto*” (RAE), partiendo de ello a continuación identificaremos y le daremos contenido a las diferentes partes de un conjunto llamado tipo penal, para de esa manera lograr un dominio conceptual de sus elementos. Para lo cual se dividirá en dos la estructura a analizar, primero desde la tipicidad objetiva, que son aquellos elementos visibles y meridianamente verificables; y, en segundo término, desde la tipicidad subjetiva que no es más que la verificación del animus o intención desde la psique del sujeto activo.

2.2.1. Tipicidad Objetiva

a. Sujeto activo

En esta fórmula normativa el sujeto activo es uno con una condición especial, pues en el modo que fue redactado este delito solo podrá ser cometido por funcionarios o servidores que presten servicios en el sector público, lo cual le otorga a este delito –siempre hablando del artículo 387– la condición de “especial propio”, pues el círculo de sus posibles autores se reduce a un grupo determinado de personas que para este caso deben reunir la condición especial de ser funcionario o servidor del sector público.

Pero, saber que los agentes de este delito pueden ser funcionarios o servidores no ayuda de mucho si no se tiene claro que representan en la administración pública, esto de acuerdo a su definición. Así tenemos que el término “funcionario público” para los efectos de la administración pública no tiene una acepción uniforme y clara en la doctrina y sobre todo en las leyes que sobre ello hacen referencia, entonces no buscando enumerar las diferentes definiciones, se extrae lo que en común están señalan. Así tenemos que funcionario público es aquel trabajador del Estado con vínculo laboral -independientemente del régimen y de su nombramiento- que representa al Estado ante los demás, vale decir sociedad en general (ciudadano de a pie, sector privado u otras instituciones públicas y privadas de índole nacional o internacional) y que toma y ejecuta decisiones en nombre del Estado, orientadas las mismas a la realización del bien común.

En cambio, servidor público será aquel trabajador del Estado con vínculo laboral -independientemente del régimen y de su nombramiento-, que representa al estado en una escala menor que el funcionario público y que no tiene poder de mando, es decir no toma decisiones en representación del Estado, por tanto, su labor se limita a cumplir órdenes que los funcionarios públicos dicten.

b. Sujeto pasivo

Sobre esto no hay mayor debate, el sujeto pasivo en el delito consagrado en el artículo 387 del Código Penal es el “Estado” representado en sus diferentes ramificaciones y niveles, vale decir el estado a nivel local (municipios, comisarias, sub prefecturas, etc.) a nivel regional (Gobiernos Regionales, Regiones Policiales, Prefecturas, etc.) y a nivel nacional (Ministerios, Superintendencias, etc.)

c. Conducta típica

Para los contextos del artículo 387 la conducta típica estará representada por los verbos rectores “apropiar” o “utilizar”, identificándose de esta manera cuatro modalidades delictivas: “peculado doloso por apropiación para sí, Peculado doloso por apropiación para tercero, peculado doloso por utilización para sí, peculado doloso por utilización para tercero” (Reátegui, 2019, p. 1252)

Hablando del verbo “apropiar”, éste se da, desde la postura de Fidel Rojas Vargas, cuando el “(...) sujeto público hace suyo, incorpora a su patrimonio propio o de terceros bienes ajenos que son de propiedad del Estado o se encuentra bajo administración pública” (2017, p. 257). En tanto Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre nos dice que “Mediante el acto de *apropiación* el sujeto activo se hace de la tenencia fáctica del bien; sustrayéndolo de la esfera de custodia de la Administración, el autor está en posibilidad de ejercer un nuevo dominio” (2016, p. 401). En definitiva, se imputará apropiación cuando el agente público haga suyo caudales o efectos que se encontraban bajo su guarda.

Sobre el verbo “utilizar” James Reátegui Sánchez sostiene que “La verificación de este supuesto exige que los bienes que tiene a su cargo el sujeto activo del delito previamente hayan sido separados de la esfera pública de custodia, y luego

se les haya asignado una aplicación privada, es decir son desviados de su destino para el cumplimiento de una función pública, para ser utilizados en el marco de trabajos de carácter privado.” (2019, p. 1257). Además de ello, para este supuesto se exige, a fin de diferenciarlo del peculado por apropiación, que el propósito final no sea el de apoderarse del bien –*animus rem sibi habendi* (ánimo de hacerse propietario de un bien)-, esto se señala expresamente en el Acuerdo Plenario N° 4-2005-CJ-116. Entonces la imputación para este supuesto partirá desde el momento que el agente público se aproveche de las bondades de un bien público que este bajo su guarda para beneficio suyo o de tercero sin la intención de apropiarse de éste, restituyendo el bien al dominio público una vez cese su aprovechamiento.

Cuestión importante a tener en cuenta al momento de hablar de una apropiación indebida en el delito de peculado doloso –artículo 387– son las modalidades de posesión, pues si el agente activo de este delito no se relaciona con el caudal o efecto bajo los supuestos de estas modalidades, banal es el esfuerzo de hablar y profundizar acerca de la apropiación en el delito de peculado doloso, puesto que, si a pesar de existir la apropiación, pero no existe la relación funcional, el hecho simplemente deja de ser peculado y pasa a ser otro delito (hurto, apropiación ilícita, etc). Por tanto, identificando estas modalidades de posesión, tenemos lo desarrollado por Fidel Rojas Vargas:

“La percepción, administración o custodia constituyen las modalidades de posesión que la norma exige en tanto relaciones jurídicas con las que el sujeto público se relaciona con el caudal o efecto y a partir de la cuales desarrollará actos de apropiación o utilización. Esta singular relación entre el sujeto público y el objeto material del delito es lo que se denomina la vinculación funcional, componente central en la estructura típica del delito de peculado y cuya ausencia genera atipicidad del supuesto de hecho, para los fines criminalizadores y punitivos del peculado.” (2017, p. 260)

d. Objeto material del delito: caudales o efectos

Para el caso del artículo 387°, los objetos materiales del delito están representados por caudales o efectos. Hablando sobre el objeto material “caudal”, éste se puede

entender como “(...) cualquier objeto, bien mueble, dinero y valores negociables que por sí solo tienen un valor económico en el mercado y que forman parte del patrimonio público en sentido funcional” (Rojas, 2017, p. 261); y por “efecto”, citando a Ramiro Salinas Siccha, se debe entender “(...) que efectos es todo tipo de documento de crédito negociables (por lo tanto, pueden ser introducidos en el tráfico comercial) emitidos por la administración pública; valores en papel, títulos, sellos, estampillas, bonos, etc.” (2016, p. 382) o como otros autores refieren “aquello que no es fungible”.

2.2.2. Tipicidad subjetiva

a. Dolo

Para este caso haremos eco a lo señalado por James Reátegui Sánchez, que nos parece adecuada para el delito en comento, pues independientemente de sus similitudes o diferencias en sus propuestas dogmáticas penales, es claro que el delito objeto de esta investigación es estrictamente doloso, así el citado autor refiere:

“El peculado en análisis [hablando del artículo 387°], es doloso por cuanto exige del funcionario o servidor público que sus actos sean cometidos con conocimiento de que los bienes que apropia o utiliza voluntariamente son de pertenencia pública. El dolo exigible para consumar el tipo es el dolo eventual al no requerir el tipo ningún propósito especial o la presencia de algún reforzante subjetivo, como el a sabiendas, el ánimo de lucro o la finalidad de enriquecimiento.” (Reátegui, 2019, p. 1256)

2.3. La tipificación del delito de peculado doloso en la legislación comparada

España

En la legislación española, los delitos se encuentran regulados en su Código Penal –Ley Orgánica 10/1995–, dentro de este instrumento jurídico se tipifica en su capítulo VII “De la Malversación” artículo 432° el delito de peculado, refiriendo lo siguiente:

1. “La autoridad o funcionario público que cometiere el delito de artículo 252° sobre el patrimonio público, será castigado con una pena de prisión de dos a seis años, inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años” (Código Penal, 1995, Art.432°).

2. “Se impondrá la misma pena a la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 253° sobre el patrimonio público” (Código Penal, 1995, Art.432°).

3. “Se impondrá las penas de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si en los hechos a que se refieren los dos números anteriores hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes” (Código Penal, 1995, Art.432°):

- a) “se hubiera causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público”, o
- b) “el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros”.

“Si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000 euros, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado” (Código Penal, 1995, Art.432).

Ahora, dado que el texto normativo citado se remite al artículo 252° y 253° para configurar su supuesto de hecho, se tiene que tales artículos describen lo siguiente:

1. Serán punibles con las penas del artículo 249° o, en su caso, con las del artículo 250°, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de la mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.
2. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.

1. Serán castigados con las penas del artículo 249° o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que

hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubiera sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido.

2. Si la cuantía de lo apropiado no excediera de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.

Con respecto al primer supuesto, vale decir artículo 252° que lleva como nomen iuris “Administración Desleal”, es claro que la analogía para el caso peruano está referido al delito de peculado por utilización o uso, artículo 387° y 388° del Código Penal, puesto que, en la configuración española se castiga el exceso en el ejercicio del patrimonio ajeno que cause perjuicio, y en una línea someramente similar, en la configuración peruana se castiga la utilización o uso de caudales o efectos públicos confiados por razón del cargo.

Con respecto al segundo supuesto, vale decir artículo 253° que lleva como nomen iuris “Apropiación Indebida”, de igual forma la analogía para el caso peruana está referido al delito de peculado por apropiación, artículo 387° del Código Penal, puesto que, y acá es más evidente, en ambas descripciones típicas se utiliza el verbo *apropiar*, por tanto, la conducta a evitar por parte funcionarios públicos de ambos países sería el de hacer suyos aquel patrimonio que es propio del acervo estatal.

Ahora, es particular ver como el delito de peculado, que en dicha cultura jurídica no tiene un nomen iuris propio pero que se ubica dentro de los delitos denominados “De la Malversación”, utiliza como norma de conducta lo descrito por el delito de administración desleal y apropiación indebida –artículos 252° y 253°-, en otras palabras, en España el peculado es propiamente una apropiación o exceso en el ejercicio cometida por un funcionario público sobre el patrimonio público, situación distinta en el Perú. En nuestro Código Penal los delitos de peculado –artículos 387° y 388°– y de apropiación ilícita –artículo 190°– tienen facticos distintos y son cada uno independientes en su estructura. Asimismo, otra cuestión resaltante son las penas, en el caso de España el delito de malversación – se entiende peculado– tiene como pena para su tipo base de 2 a 6 años y en su forma agravada de 4 a 8 años, el Perú en cambio fija como pena para el tipo base

de peculado de 4 a 8 años y en su forma agravada de 8 a 12 años, lo cual evidencia que en el Perú las penas privativas de la libertad son más severas, pero por el contrario España mantiene penas de inhabilitación más elevadas, puesto que estas van desde 6 a 10 años para la forma base y de 10 a 20 años en su forma agravada. Finalmente, pero no menos importante es de resaltar que, en la configuración española el delito de malversación agrava su pena a mérito de circunstancias cualitativas y cuantitativas, en el primer caso el delito se agrava si existe un grave daño o se entorpece el servicio público y en el segundo caso el baremo para agravar la pena estará definido por la valoración en moneda local (euros) del perjuicio o del bien o efecto apropiado, situación que de una u otra manera establece visos para, primero identificar el bien jurídico y segundo establecer su lesión.

Chile

Por su parte, el Código Penal Chileno –Ley 19.617-, que data de 1874, tipifica el delito de peculado en sus artículos 233° y 235°, en donde se señala:

El empleado público que, teniendo, a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los substraiga o consintiere que otro los substraiga, será castigado:

- 1.- Con presidio menor en su grado medio y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si la substracción excediere de una unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales.
- 2.- Con presidio menor en su grado máximo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si excediere de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta unidades tributarias mensuales.
- 3.- Con presidio mayor en sus grados mínimo y medio y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si excediere de cuarenta unidades tributarias mensuales.

En todos los casos, con la pena de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos.

El empleado que, con daño o entorpecimiento del servicio público, aplicare a usos propios o ajenos los caudales o efectos puestos a su cargo, sufrirá las penas de inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio en su grado

medio y multa del diez al cincuenta por ciento de la cantidad que hubiere sustraído.

No verificado el reintegro, se le aplicarán las penas señaladas en el artículo 233. Si el uso indebido de los fondos fuere sin daño ni entorpecimiento del servicio público, las penas serán suspensión del empleo en su grado medio y multa del cinco al veinticinco por ciento de la cantidad sustraída sin perjuicio del reintegro.

En la misma línea, el Código Penal Chileno incluye esta figura delictiva dentro del grupo de delitos de Malversación de Caudales Públicos no concediéndole un nomen iuris propio. Ahora de la estructura típica del artículo 233°, se observa que el sujeto activo tiene la denominación de empleado público, cosa distinta a nuestra realidad, puesto que, en nuestro caso, el delito de peculado hace referencia a un funcionario o servidor público como sujetos pasibles de cometer este ilícito penal. Con referencia al verbo empleado, el legislador chileno ha visto por conveniente utilizar el término “*subtrajere*” que, en contraposición, dista del verbo “*apropia*” que se emplea en el caso nuestro. Asimismo, otro punto resaltante es la forma como está configurada la consecuencia jurídica –pena privativa de libertad-, pues el código penal chileno en primera no establece una pena base que este en relación con el tipo base y por el contrario utiliza los términos “presidio menor en su grado medio”, “presidio menor en su grado máximo” y “presidio mayor en sus grados mínimo” que trasladados en términos de tiempo se tiene que: la primera pena abstracta va desde 541 días a 3 años y un día, la segunda pena abstracta va desde 3 años y un día a 5 años, y la tercera pena abstracta va desde 5 años y un día a 10 años; siendo el factor (único) que determina que la pena aumente, el valor del caudal o efecto público sustraído, estableciendo como unidad de medida las unidades tributarias mensuales, lo cual en cierta forma es similar a la unidad impositiva tributaria (UIT), que también determina en nuestro caso –pero no es el único factor- la agravante para el delito de peculado, verificándose de esa manera que la pena privativa de libertad para este delito en su forma base y agravada es más severa en el Perú. Finalmente es llamativo, el hecho que el legislador chileno sancione este ilícito penal con inhabilitación absoluta perpetua para ejercer cargos u oficios públicos para todos sus supuestos, situación que no se presenta en nuestro caso, puesto que la inhabilitación es temporal.

En el segundo supuesto –artículo 235°– haciendo una labor comparativa es claro que la referencia tiene que ver con el delito de peculado por utilización o uso, y siendo así, se observa como primer hecho resaltante que el sujeto activo es un empleado, no empleado público como si lo establecía el artículo 233°, lo cual podría generar debates si se tiene en cuenta la exigencia del principio de legalidad. Otra característica resaltante, tiene que ver con el hecho de que el tipo penal toma en cuenta para agravar su pena el elemento daño o entorpecimiento del servicio público a consecuencia del uso propio o ajeno que se le dé al caudal o efecto, pues si este se da la pena será mayor y si no se da la pena será menor, al final no se excluye el castigo, sin embargo, si bien a partir de dicha condicionante se puede establecer la lesión del bien jurídico, no se entiende porque penar si no existe propiamente un daño a pesar que las penas más parecen propias del fuero administrativo -inhabilitación temporal especial para el oficio o cargo en su grado medio y multa del diez al cincuenta por ciento de la cantidad que hubiere sustraído (penas más grave) y suspensión del empleo en su grado medio y multa del cinco al veinticinco por ciento de la cantidad sustraída sin perjuicio del reintegro (pena más leve)-, aspecto que no pasa por alto si se tiene en cuenta que, al igual que en el primer supuesto, las penas son más severas en el Perú, partiendo del solo hecho que para este ilícito penal –artículo 235°- no se establecen penas privativas de libertad, y que por el contrario, si son utilizadas en el ilícito penal de peculado por utilización o uso.

Argentina

En el caso de este país, los delitos se encuentran regulados en el Código Penal de la Nación Argentina –Ley 11.179– que tiene vigencia desde 1984, en este instrumento el delito de peculado se encuentra tipificado en el Título XI “Delitos contra la Administración Pública” artículos 260° y 261°, en donde se describe:

Será reprimido con inhabilitación especial de un mes a tres años, el funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados. Si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren destinados, se impondrá además al culpable, multa de veinte al cincuenta por ciento de la cantidad distraída.

Será reprimido con reclusión o prisión de dos a diez años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que sustrajere caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo. Será reprimido con la misma pena el funcionario que empleare en provecho propio o de un tercero, trabajos o servicios pagados por una administración pública.

Para el supuesto del artículo 260°, se hace referencia al verbo “*aplicación diferente*”, que haciendo un símil con el Código Penal Peruano podría relacionarse con el delito de peculado doloso por utilización o uso, aunque haciendo una labor más minuciosa más se emparejaría con el delito de malversación de fondos – artículo 389-, pues en éste se emplea de manera similar al caso argentino el verbo “*aplicación definitiva diferente*”; es decir, podría afirmarse que el delito de peculado por utilización o uso no tiene en la configuración argentina un supuesto de hecho similar, por tanto existe un vacío que puede generar impunidad en supuestos de extradición.

Con relación al artículo 261°, se tiene que el verbo empleado es “*sustrajere*”, lo cual, haciendo una comparativa con el Código Penal peruano, se relaciona con el delito de peculado por apropiación. Establecido ello se observa que el ilícito penal del artículo 261° solo puede ser cometido por un funcionario público y no por un servidor público, como si lo establece el delito de peculado por apropiación. Asimismo, se tiene que la pena privativa de libertad es menor en su extremo mínimo y superior en su extremo máximo –de 2 a 10 años– en comparación a la pena privativa de libertad del tipo base del delito de peculado por apropiación –de 4 a 8 años-, pero es significativo comprobar que el artículo 261° no tiene forma agravada, cosa distinta a nuestro caso, pues el delito de peculado por apropiación establece su forma agravada en el segundo párrafo del artículo 387°, aumentando los márgenes de la pena –de 8 a 12 años-. De otro lado, en la parte final del artículo 261° se hace mención que este delito también se puede configurar cuando se emplea en provecho propio o ajeno trabajos o servicios pagados por la administración pública, es decir, podría entenderse que acá se está refiriendo al delito de peculado por utilización o uso, pero se cae este parecer cuando se hace

mención a trabajos o servicios pagados por la administración y no a caudales o efectos.

3. Modificaciones normativas del delito de peculado doloso desde la entrada en vigencia del Código Penal de 1991

Desde la entrada en vigencia del Código Penal en abril de 1991, varios de sus tipos penales ahí contenidos han sufrido diferentes modificaciones e incluso algunos han sido derogados. Para el caso del delito de peculado previsto en el artículo 387°, que en esta oportunidad centra nuestra atención, la historia no ha sido diferente, pues a lo largo de los 28 años de vigencia del Código Penal este delito ha sufrido diferentes modificaciones, por tanto, se expondrá a continuación dichas modificaciones de manera cronológica:

Así tenemos que el texto original del delito de peculado era el siguiente

Artículo 387°.- “El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de ocho años.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas” (Código Penal, 1991, Art.387).

Posteriormente mediante Ley N° 26198, publicada el 13 de junio de 1993 se modifica el contenido del artículo 387° “Delito de Peculado”, siendo el nuevo texto el siguiente:

Artículo 387°.- “El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de ocho años”.

“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 la libertad será no menor de cuatro ni mayor de diez años”.

“Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. 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 tres ni mayor de cinco años” (Código Penal, 1991, Art.387°).

Después mediante Ley N° 29703 publicada el 10 de junio del 2011 se vuelve a modificar el tenor del artículo 387, siendo su nuevo texto el siguiente:

Artículo 387°.- Peculado doloso y culposo

“El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza en cualquier forma, o consiente que un tercero se apropie o utilice caudales o efectos públicos, 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”.

“Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años”.

“Si los caudales o efectos, independientemente de su valor, estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años”.

“Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Si los caudales o efectos, independientemente de su valor, estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de desarrollo o apoyo social, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años” (Código Penal, 1991, Art.387°).

Seguidamente, un mes después, mediante Ley N° 29758, publicada el 21 de julio del 2011 se volvió a modificar el artículo 387°, siendo su nuevo texto el siguiente:

Artículo 387°.- Peculado doloso y culposo

“El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma. Para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.”

“Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años.”

“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.”

“Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. 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 tres ni mayor de cinco años.” (Código Penal, 1991, Art.387°).

Posteriormente mediante Ley N° 30111, publicada el 26 de noviembre del 2013 se modifica el contenido del artículo 387°, siendo el nuevo texto modificado el siguiente:

Artículo 387°. - Peculado doloso y culposo

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

“Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años 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”.

“Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa” (Código Penal, 1991, Art.387°).

Finalmente, mediante Decreto Legislativo N° 1243, publicado el 22 de octubre del 2016 se da la última modificación respecto al texto del artículo 387°, siendo el texto vigente el siguiente:

Artículo 387°. - Peculado doloso y culposo

“El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36°; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa”.

“Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36°; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa”.

“Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36°; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa”.

“Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados

a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa” (Código Penal, 1991, Art.387°).

4. El bien jurídico protegido en el delito de peculado doloso (Art. 387°)

La discusión está viva con respecto a este tema, pues a pesar que existe jurisprudencia como el Acuerdo Plenario N° 4-2005/ CJ 116, que en su momento busco zanjar la discusión, no se puede negar que sigue siendo un tema controvertido, más en estos tiempos que están enmarcados por distintos hechos de corrupción en diferentes instancias y niveles de la administración pública. Volviendo al punto central de este apartado, es evidente la variedad de posiciones que sobre el bien jurídico en el delito de peculado se sostienen, por ende, abordando algunos de ellos intentaremos fijar una posición.

4.1. Teoría de la infracción de deberes propios de la función

A través de esta teoría se postula que el bien jurídico que busca proteger el delito de peculado son determinados deberes funcionales, los cuales pueden ser un deber de eficacia, un deber de probidad, un deber de confianza, un deber de lealtad o fidelidad, un deber de eficiencia, entre otros; en fin, son varios los deberes que se pueden mencionar de un vasto número que en la función pública rigen.

4.2. Teoría patrimonialista clásico

Con respecto a esta teoría sus seguidores sostienen que el delito de peculado tutela el patrimonio público, centrando su análisis en la constatación de un menoscabo de la masa patrimonial pública, por tanto, se puede decir que es una teoría con mayores márgenes de verificación, pues bastara solo preguntarnos ¿Si la apropiación o utilización del bien público ha afectado al patrimonio de la administración pública? para constatar su comisión.

4.3. Teoría patrimonialista utilitarista

Desde esta teoría, a diferencia de lo sostenido por la teoría patrimonialista clásica, se protege al patrimonio público del Estado no por lo que representa sino por su función utilitarista que permite la consecución de los fines prestacionales del Estado a través de la administración pública, es por ello que el menoscabo debe entenderse como una imposibilidad real del bien público para poder cumplir con sus fines institucionales. En conclusión, habrá peculado cuando el bien público apropiado o utilizado no pueda cumplir con sus fines a consecuencia de ello.

4.4. Teoría pluriofensiva

Bueno, con respecto a esta teoría sus partidarios aducen que lo se tutela en el delito de peculado es una pluralidad de bienes como pueden ser deberes o propiamente el patrimonio público. De hecho, nuestra jurisprudencia nacional hace suya esta teoría en el Acuerdo Plenarios N° 4-2005/CJ 116 de fecha 30 de setiembre del 2005, al sostener nuestras Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República en el fundamento 6 que:

“El bien [del delito de peculado] 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 los deberes funcionales de lealtad y probidad”

4.5. Toma de postura

Ya hemos señalado en el subcapítulo anterior que el bien jurídico es la disponibilidad de un interés propio del ser humano que de forma directa o indirecta suma en su desarrollo personal y social. Entonces si partimos desde esa definición creemos que la teoría que mejor se ajusta es la teoría patrimonialista utilitarista o funcionalista, pues a través de esta se procura proteger los intereses del Estado e indirectamente los de la persona, al asumir que el bien jurídico protegido del delito de peculado doloso es la prestación efectiva del bien público –caudal o efecto para este caso– a partir de sus atribuciones, es decir no se valora al bien público por su posición estática sino por lo que puede brindar desde sus bondades a la administración pública.

SUB CAPÍTULO III: PECULADO DOLOSO Y PRINCIPIO DE LESIVIDAD: RELACIÓN NECESARIA EN UN ESTADO DE DERECHO.

1. Principio de lesividad en el sistema peruano

En este tercer apartado, se abordará un tema muy importante como lo es el principio de lesividad, un principio –como otros- de suma importancia en la teoría del delito. Carlos Arturo Gómez Pavajeau sobre ello sostiene que, el principio de lesividad se puede concebir “Como principio político criminal, pero especialmente como norma rectora del Código Penal, al constituirse en la esencia del sistema de la teoría del delito” (2018, p. 365). Desde una postura más amplia y concluyente Santiago Mir Puig refiere lo siguiente:

“El delito tampoco es sólo una construcción jurídico-normativa, sino un hecho del mundo empírico físico y social al que el Derecho asigna un significado valorativo específico. Hay en el delito una mezcla de componentes fácticos (brutos e institucionales) y de valoraciones jurídicas normativas. Esta combinación de lo fáctico y lo normativo se da en todos los elementos del delito: en el tipo objetivo y en el subjetivo, en la ausencia de causas de justificación y en los presupuestos de la imputación personal. Dos son los presupuestos básicos que importan al respecto: un hecho efectivamente dañoso y/o peligroso para bienes jurídicos-penales no necesario para salvaguardar otro u otros bienes jurídicos (exigido por el principio de lesividad), y las condiciones situacionales y mentales que permitan la imputación de dicho hecho a una persona (exigidas por el principio de culpabilidad).” (2018, p. 356)

Por todas estas consideraciones, que confirman la trascendencia de este principio, es que, se hace necesario abordar su contenido, partiendo desde su origen.

1.1. Origen Constitucional

En el caso peruano se tiene que la norma que por excelencia se encuentra en la cúspide normativa es la Constitución Política del Perú, carta magna que dentro de su contenido dogmático encierra –utilizando un término coloquial– diferentes instituciones, tales como derechos fundamentales, principios rectores e intereses relacionados con la dignidad de la persona. Dentro de esta parte dogmática no se

tiene en ningún apartado una referencia expresa al principio de lesividad o a la protección de bienes jurídicos, lo único que podría de alguna manera relacionarse con ello es lo referido en el artículo 1° “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” (1993) y lo referido en el artículo 200° en su parte final “(...) Cuando se interponen acciones de esta naturaleza [acciones de garantías constitucionales] en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo (...)” (1993). Por tanto, forzando la figura se podría decir que esto es lo más cercano, pero no olvidemos, siempre refiriéndonos de lo que expresamente se tiene consignado en la constitución y no de lo que implícitamente se puede extraer de esta.

Partiendo de lo dicho en la parte final del párrafo anterior, si bien la Constitución Política no hace alusión expresa al principio de lesividad, implícitamente la historia es otra, pues como bien se ha expresado su máximo interprete, es decir el Tribunal Constitucional, la Constitución sí reconoce la existencia de bienes jurídicos y la necesidad de su protección ante las lesiones que puedan sufrir. Así el Tribunal Constitucional ha referido “De ahí que, desde una perspectiva constitucional, el establecimiento de una conducta como antijurídica, es decir, aquella cuya comisión pueda dar lugar a una privación o restricción de la libertad personal, sólo será constitucionalmente válida si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (principio de lesividad)” (Proceso de Inconstitucionalidad, 2005), de este extracto claramente se puede resaltar la alusión a bienes jurídicos y la protección de los mismo. En otro momento, el Tribunal Constitucional siendo un poco más claro señala “La prohibición de una conducta mediante la limitación de derechos sólo será constitucionalmente valida si está tiene como fin la protección de bienes jurídicos de relevancia constitucional, y siempre y cuando la conducta prohibida lesione o ponga en peligro los referidos bienes jurídicos. Precisamente, esta relevancia constitucional del bien jurídico que se pretende proteger y la dañosidad social de la conducta que lesione o ponga en peligro tal bien jurídico, justifican que este bien sea merecedor de protección por parte del Estado” (Proceso de Inconstitucionalidad, 2006), con lo dicho acá por el máximo intérprete de la Constitución, no hay mayor duda respecto al reconocimiento constitucional de los

bienes jurídicos y del principio de lesividad.

Pero también es importante resaltar dos realidades jurídicas un tanto diferentes a la nuestra que, sobre el principio de lesividad y la protección de bienes jurídicos, son más explícitas. Así tenemos el caso de la Constitución de la Nación Argentina que en su artículo 19 estipula que “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados (...)”, acá no hay mucho que agregar, es clara la referencia al principio de lesividad. Otra carta magna a resaltar es la Constitución Política de Colombia, la cual en su artículo 2 párrafo segundo señala “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”, en este caso resaltan dos palabras “proteger” y “bienes”, las cuales complementadas te dan la idea de la protección de bienes jurídicos.

1.2. Origen Legal

Sentado que el principio de lesividad tiene su origen en la Constitución Política del Perú, como se ha podido divisar en los pronunciamientos de su máximo intérprete, es pertinente verificar si a nivel legal también es así. Por ello, luego de revisada la normativa, se ubica de manera más sencilla al apartado que desarrolla el principio de lesividad, esto debido a que la referencia es expresa y no tacita, el mismo que se encuentra plasmado en el título preliminar del Código Penal en su artículo IV:

“IV.- Principio de lesividad.

La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelado por la ley.”

Por tanto, siendo el título preliminar un compuesto de principios que orientan el sentido de todo código, es claro que el principio de lesividad, contenido en el título preliminar del Código Penal Peruano, tiene esa misma finalidad. En conclusión,

el principio de lesividad no solo tiene un origen legal, sino que a este origen se le suma su reconocimiento expreso como principio rector del sistema penal.

2. Principio de lesividad: el momento de su valoración

2.1.A nivel Legislativo

A este nivel, cuando el legislador formula las conductas típicas a través de leyes, es claro que el principio de lesividad o como algunos autores lo llaman principio de ofensividad o principio de protección de bienes jurídicos, si tiene preponderancia, pues como lo resalta el profesor Felipe Villavicencio el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos manifiesta las siguientes consecuencias:

“Primero, todos los preceptos penales deberán por principio proteger bienes jurídicos. Pero tal protección se debe entender que actúa ante la puesta en peligro o la lesión del bien jurídico. Segundo, un Estado no puede pretender imponer una moral, una política o una religión, ya que esto depende de una elección libre del ciudadano. Por ello, las penas no deben recaer sobre el ejercicio de tal libertad; más bien debe ser lo contrario, es decir sobre aquellas conductas que afectan el ejercicio de la independencia y autonomía ética, religión o política. Tercero, debido a que la potestad punitiva del Estado debe estar al servicio de la mayoría de los ciudadanos, se debe tutelar intereses que pretendan toda la sociedad y no un grupo determinado.” (2016, p. 96)

Del mismo modo, James Reátegui Sánchez hablando del principio de protección de bienes jurídicos o lesividad sostiene “Así las cosas, el legislador al momento de crear infracciones penales, tendrá que establecer determinados criterios político-criminales que permitan justificar la incorporación de aquellos bienes jurídicos que necesitan protección desde la órbita punitiva.” (2019, p. 10)

2.2.A nivel Judicial

A nivel de los Jueces Penales el principio de lesividad es de observancia obligatoria, pues como ya se refirió en los párrafos previos, tal principio se encuentra prescrito en un apartado –Título Preliminar del Código Penal- que sirve de directriz a la labor jurisdiccional. En esa línea la Corte Suprema de Justicia de

la República en el Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116 reconoce la importancia de tal principio, junto con otros, en la labor del juez, en su fundamento 7°:

“7° Es importante destacar que en nuestro país se ha adoptado un sistema legal de determinación de la pena de tipo intermedio o ecléctica. Esto es, el legislador sólo señala el mínimo y el máximo de pena que corresponde a cada delito. Con ello se deja al Juez un arbitrio relativo que debe incidir en la tarea funcional de individualizar, en el caso concreto, la pena aplicable al condenado. Lo cual se hará en coherencia con los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad (artículos II, IV, V, VII y VIII del Título Preliminar del Código Penal), bajo la estricta observancia del deber constitucional de fundamentación de las resoluciones judiciales.” (2008. P-3)

Con más claridad la Corte Suprema de Justicia de la República en el Recurso de Nulidad N° 4798-2007-Lima considerando quinto, ha referido lo siguiente:

“Además debe tenerse en cuenta el artículo IV del Título Preliminar del código acotado referido al “principio de lesividad” por no haberse materializado la lesión del patrimonio que protege el bien jurídico o la expectativa normativa del delito de robo” (2007)

De lo cual se puede extraer que, el principio de lesividad si responde a un análisis por parte de los jueces en cada caso en concreto.

3. El principio de lesividad y su relación con la teoría del delito

La teoría del delito es una construcción de la dogmática del Derecho Penal que “se encarga de definir las características generales que debe tener una conducta para ser imputada como un hecho punible.” (Villavicencio, 2016, p.223). De manera similar Santiago Mir Puig refiere que “La teoría del delito reúne en un sistema los elementos que, en base al Derecho positivo, pueden considerarse *comunes a todo delito o a ciertos grupos de delitos.*” (2016, p. 146). Pero la sistemática que se busca con la teoría del delito no es uniforme ni estática, pues a lo largo de los años han existido diferentes corrientes que han propuesto diferentes formas de entender esta teoría, tales como: el positivismo, el neokantismo, el

ontologismo fenomenológico y el funcionalismo; los cuales, buscando evolucionar, toman algo de su predecesor y lo adecuan a sus contextos para de esa manera promocionar un nuevo saber.

La teoría del delito entonces, parafraseando al profesor Villavicencio Terreros, es un instrumento conceptual y práctico que facilita, con un grado de seguridad, determinar si el hecho o hechos que se juzgan son delito (2016); y de ese modo imponer los apremios que la ley penal señale en caso de verificar que realmente si se ha cometido un delito. Ahora hay que tener presente que el grado de seguridad que pueda brindar esta teoría, hablando de la criminalización secundaria, va a depender de muchos factores como, por ejemplo: del dominio conceptual que el operador de justicia tenga de la teoría del delito. Pero en definitiva no se puede hablar de una seguridad absoluta.

En definitiva, la teoría de delito es un instrumento que busca facilitar la labor del justiciable, pues le brinda a éste una base científica, independientemente de la corriente dogmática que se prefiera, para poder determinar la comisión de un delito, generándose de ese modo una predictibilidad en sus resoluciones. Ahora, verificada la sistemática de esta teoría, es preciso verificar sus niveles, puesto que, como bien se ha dicho, la teoría del delito desarrolla elementos que le son aplicables a todos los delitos; así tenemos que sus niveles son: la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. No pretendemos ingresar a la discusión de cual corriente es mejor de acuerdo a sus postulados, lo único que pretendemos es referenciar los niveles que en mayor o menor medida son homogéneas en la mayoría de las corrientes, dándole cada corriente su propio contenido. Lo importante es poder concluir que el delito es una conducta típica, antijurídica y culpable.

Llegados a este punto uno se podría preguntar ¿Y tiene preponderancia el principio de lesividad en la teoría del delito? Y la respuesta es contundentemente “sí”, pues como ya se ha dicho y se reitera nuevamente “El principio de lesividad de los comportamientos delictivos implica que todos los comportamientos que están recogidos, a título de delitos, en el Código Penal tiene que vulnerar intereses protegidos por el derecho penal o en su defecto deben ponerlos en peligro.” (Rojas, 2017, p. 31)

Entonces si el principio de lesividad se interesa de la vulneración de los bienes jurídicos para poder hablar de la comisión de un delito y la teoría del delito facilita identificar cuando se ha cometido un delito, es claro, por tanto, que dentro de la teoría del delito se tiene que verificar la lesión del bien jurídico, ahora en qué nivel de la teoría de la imputación penal se hará ello es algo que se abordará en las siguientes líneas.

4. La relación entre la teoría del bien jurídico con el principio de lesividad

En palabras sencillas la teoría del bien jurídico sostiene que la función del derecho penal es proteger bienes jurídicos –aunque suene un poco tautológico-, los cuales –hablando de los bienes jurídicos- pueden representarse como: 1) intereses primordiales de la persona, 2) derechos humanos, 3) condiciones imprescindibles, 4) relación de disponibilidad de la persona con el objeto, entre otros; lo que evidencia que el quid del asunto no está en afirmar que el derecho penal protege bienes jurídicos, sino identificar que es un bien jurídico.

Asumiendo cualquier definición del bien jurídico. “Constituye una idea interiorizada que si el Derecho Penal procura proteger bienes jurídicos, el delito constituye la lesión de un bien jurídico” (García, 2012, P. 129). Por tanto, de lo desarrollado, es sencillo concluir en el sentido de que no podría hablarse del principio de lesividad si no existiese un bien jurídico que lesionar. Hablando sobre ello Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre señala “(...) de tal manera, que su intervención [Derecho penal] en la esfera de la libertad ciudadana se justifica en cuanto a la tutela de bienes jurídicos, con arreglo al principio de ofensividad” (2015, p. 250); en otro momento el mismo autor, reforzando su idea, señala “Por lo tanto, el bien jurídico debe expresar la lesión de un derecho participativo del individuo en los procesos de interacción social (personalísimo), los derechos difusos de la sociedad, por preservar estándares de vida de calidad (colectivos) y el correcto funcionamiento en la prestación de los servicios públicos (institucionales) (2015, p. 252).

En definitiva, lo único que se puede concluir de estas dos instituciones es su

estrecha relación, la misma que debe ser valorada y tenida en cuenta a la hora de legislar y sobre todo a la hora de aplicar las normas punitivas, pues la inobservancia del principio de lesividad conducirá a arbitrariedades y a una deslegitimación del derecho penal.

5. ¿Cómo se lesiona el bien jurídico del delito de peculado?

Ya hemos señalado anteriormente que el bien jurídico del delito de peculado doloso es la prestación efectiva del bien público a partir de sus atribuciones. Entonces se lesionará dicho bien jurídico cuando la acción u omisión que se materializa en una apropiación y que tenga como autor a un servidor o funcionarios público imposibilite que el bien público cumpla con sus fines predeterminados, lo cual, a su vez, hará que la administración pública no pueda servirse de dichos fines, repercutiendo esto en el engranaje de la función pública y de las necesidades del ciudadano.

5.1. ¿En qué nivel de la teoría del delito se verifica la lesión?

Determinar en qué nivel de la teoría del delito se debe verificar la lesión del bien jurídico de un delito, específicamente para este caso el delito de peculado, es una labor que también tiene sus dificultades, pues ante la variedad de definiciones que existen respecto al bien jurídico, también existen diferentes propuestas de respuesta a esta interrogante.

Una de ellas es la teoría de la adecuación social, la cual fue formulada por Hans Welzen. Dentro de esta teoría se sostiene que las conductas seleccionadas como delitos responden a un carácter social pero que son inadecuadas al orden de éste, en cambio existen conductas que a pesar de ser conductas seleccionadas si son socialmente adecuadas y por tanto son acciones atípicas. Carlos Gómez aclarando esta teoría nos dice:

“(…) según este autor [hablando de Hans Welzen], aquellas conductas que se mueven por completo “dentro del marco social, histórico, normal, de la vida”, aun cuando impliquen lesión a un bien jurídico tutelado, no serán típicas; e incluye en tales casos las lesiones corporales insignificantes, las privaciones de libertad

irrelevantes (...) la entrega habitual de regalos de escaso valor para el año nuevo en caso de funcionarios públicos (...)” (2018, p 102)

De lo cual se puede resaltar que cuando se tratase de una conducta adecuada al orden social, independientemente de si esa conducta esta descrita como un tipo penal, la conducta es atípica, por ende, el análisis de la adecuación de la conducta, para esta teoría, se hace a nivel de la tipicidad. Entiéndase que cuando se habla de adecuación se engloba también lesión, pero una lesión significativa conforme los postulados de esta teoría.

Otra teoría es la de la significación social, la cual parte de la adecuación social y es formulada por Juan Bustos Ramírez. Esta teoría pone énfasis en la protección de bienes jurídicos, para a partir de ello, buscar delimitar lo realmente prohibido por los tipos penales. Operando su análisis a nivel de la tipicidad. En definitiva, esta teoría emparenta su fundamento con lo significativo socialmente, dejando de lado aquellas conductas insignificantes socialmente al bien jurídico (lesiones levísimas).

Así también, se tiene la teoría de la tipicidad conglobante, la cual es propuesta por el profesor argentino Eugenio Raúl Zaffaroni que, desde su forma de ver las cosas, sostiene que la tipicidad conglobante reduce el abanico de conductas pasibles de ser castigadas al verificar la existencia de un conflicto que tenga un resultado lesivo imputable a un sujeto. De esa manera la tipicidad filtra aquellas conductas que no merecen ser perseguidas por el ius punendi. Pero qué es en si esta teoría, Carlos Gómez dando respuesta, interpreta lo dicho por Eugenio Zaffaroni del siguiente modo:

“Dice Zaffaroni que para que exista tipicidad penal debe la conducta ser previamente antinormativa y corresponder a una descripción legal. A esta descripción legal la denomina “tipicidad legal”, y a la anti-normatividad, que se establece a partir de la interpretación de todo el ordenamiento jurídico, buscando qué conductas a pesar de aparecer descritas son mandadas, fomentadas, o insignificantes, la llama tipicidad “conglobante.””. (2018, p. 166)

Desde una postura más cercana, tenemos lo manifestado por el profesor Celis Mendoza Ayma, quién sostiene que el juicio de tipicidad no debe caer en el facilismo de solo verificar los elementos formales del tipo, pues si esto es así estaríamos configurando un razonamiento circular, por ello el connotado magistrado afirma lo siguiente:

“Por esa razón, la verificación deductiva de que un hecho realiza los elementos formales del tipo, es una primera aproximación y su resultado es la identificación de un *hecho formalmente típico*. Empero, esta primera aproximación formal es solo *ratio cognoscendi* de la lesividad típica del hecho. El segundo paso es interpretar el hecho formalmente típico, para determinar **si este hecho “formalmente típico”, es “típicamente lesivo”**, por comprometer la afectación de un bien jurídico. Son las circunstancias que rodean al hecho punible el contexto que posibilita interpretar si el hecho formalmente típico, es a su vez **típicamente lesivo.**” (2019, p. 144-145)

En conclusión, este autor defiende la idea que la lesión del bien jurídico debe verificarse en la tipicidad, más precisamente luego de identificarse un hecho formalmente típico.

Finalmente tenemos la antijuridicidad en sus dos vertientes: formal y material; las cuales entendidas de manera conjunta representan el segundo nivel de la teoría del delito. Por antijuridicidad formal se entiende a aquella relación de contracción que se manifiesta entre la conducta y el ordenamiento jurídico y por antijuridicidad material se entiende a aquella afección –lesión o puesta en peligro– socialmente nociva a un bien jurídico que se protege a través de la norma. (Villavicencio, 2016). Otro autor como Santiago Mir Puig al hablar de la antijuridicidad material, conocida por él como antijuridicidad objetiva, refiere “Lo objetivamente antijurídico es, en este sentido, ante todo un resultado de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.” (2018, p. 265)

Tomando postura por una de las fórmulas desarrolladas para verificar la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico y concluir de esa manera si existió lesión. Consideramos que la mejor postura a nuestra manera de ver las cosas es aquella

que propone el profesor Celis Mendoza Ayma, pues a través de esta le damos valor a una etapa de la teoría del delito como lo es la tipicidad que se creía superada solo con la verificación de los elementos del tipo penal. Además, como bien se propone, la lesión se verificará a partir de las circunstancias que rodeen el hecho, lo cual permitirá un análisis desde la tipicidad más exigente para descartar aquellas conductas que no merezcan tutela penal.

2.3. DEFINICIÓN DE CONCEPTOS

Estado:

Generalmente se define al estado como aquel que se encuentra compuesto por territorio, pueblo y poder. Así, la determinación de un estado puede tener diversas connotaciones, por ejemplo, nuestro país es un Estado democrático, donde el pueblo participa directamente en la elección de sus representantes, otorgándoles poder a efectos que estos intervengan en la administración pública persiguiendo el bienestar común.

Bien jurídico:

La naturaleza de la previsión de los delitos, se encuentra respaldado por el principio de lesividad, el mismo que, coadyuva a determinar qué bien jurídico se protege con un determinado delito.

Dogmático:

Proviene del término dogma y puede entenderse como aquello que no puede ser discutido, ni negado. Para el ámbito del derecho puede entenderse como un método que abarca principios y axiomas.

Peculado Doloso:

Tipo penal de estructura compleja, en donde el agraviado siempre es la Administración Pública y que es proclive de cometerse solo por funcionarios o servidores públicos con intención de cometer el delito.

Jurisprudencia:

Está compuesta por todos los fallos que emiten los jueces en todos sus niveles, algunos autores refieren que se puede considerar como fuente del derecho y su naturaleza es propio del common law.

Operadores de Justicia:

Son todos aquellos personajes que participan a lo largo de un proceso judicial -en este caso penal-, tales como jueces, fiscales y abogados.

Sentencia:

Acto que emite el juez al final de un proceso judicial –en este caso penal– y que es el resultado de todo lo actuado, el mismo debe estar debidamente motivado y fundamentado.

Ambigüedad:

Proviene de algo que se puede interpretar o entender de diferentes maneras.

Desarrollo:

Para este caso se puede entender como aquella acción tendiente a procesar conceptos o figuras jurídicas para una mejor explicación de los mismos.

Principio de Lesividad

Es una directriz sustantiva que se encuentra estipulada en el Título Preliminar del Código Penal y que establece que para imponer penas debe haberse lesionado o puesto en peligro bienes jurídicos protegidos.

Principio de Proporcionalidad:

Instrumento hermenéutico que permite identificar cuando la intervención del estado a través del ius punendi, en contra de un derecho fundamental, es constitucional o no.

Principio de Razonabilidad:

Directriz sustantiva que pone límites a la discrecionalidad de la cual esta investida la función pública en ciertas ocasiones, en este caso representado por los jueces.

Principio de Legalidad:

Directriz sustantiva que funge como garantía para el ciudadano al imponer al Estado la necesidad de sancionar a la persona con leyes preestablecidas y vigentes (nullum crimen sine lege)

Principio de Culpabilidad:

Constructo dogmático que entra en valoración al momento de identificar si una conducta puede ser considerada como delito, que parte por identificar si la persona en la situación concreta pudo actuar de diferente manera y así evitar la perpetración del delito.

Administración Pública:

Término utilizado para englobar el conjunto de órganos administrativo de un Estado, los mismos que se encuentran al servicio de la sociedad y que tiene como función principal lograr el bien común.

CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO

3.1 HIPÓTESIS

3.1.1 Hipótesis General

Los factores de la deficiente uniformidad de la jurisprudencia y la ambigüedad en torno al bien jurídico protegido en los operadores de justicia, conllevan en alta medida, a la incorrecta aplicación del principio de lesividad en las sentencias de delito de peculado doloso de Primera Instancia de la Corte Superior de Justicia de Moquegua en el año 2018.

3.1.2 Hipótesis Específicas

- a) La aplicación del principio de lesividad en las sentencias de delito de peculado Doloso de Primera Instancia de la Corte Superior de Justicia de Moquegua en el año 2018, es incorrecto.
- b) La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en torno al delito de peculado doloso es poco uniforme.
- c) El tratamiento del bien jurídico protegido es altamente ambiguo en los operadores de justicia, respecto del delito de peculado doloso en el Distrito Judicial de Moquegua.

3.2. VARIABLES

3.2.1. Identificación de la variable independiente: Uniformidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en torno al delito de peculado doloso.

3.2.1.1. Indicador

- Nivel de uniformidad en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en torno al delito de peculado doloso.

3.2.1.2. Escala para la medición de variables: Nominal

- Muy uniforme
- Uniforme

- Medianamente uniforme
- Poco uniforme
- Nada uniforme

3.2.2. Identificación de la variable independiente: Ambigüedad en torno al bien jurídico protegido en los operadores de justicia.

3.2.2.1. Indicador

- Nivel de ambigüedad en torno al bien jurídico protegido en los operadores de justicia, respecto del delito de peculado doloso en el Distrito Judicial de Moquegua

3.2.2.2. Escala para la medición de variables: nominal

- Altamente Ambiguo
- Ambiguo
- Medianamente ambiguo
- Poco ambiguo
- Nada Ambiguo

3.2.3. Identificación de la variable dependiente: La incorrecta aplicación del principio de lesividad en las sentencias del delito de Peculado Doloso de Primera Instancia de la Corte Superior de Justicia de Moquegua en el año 2018.

3.2.3.1. Indicador

- Calidad de desarrollo del principio de lesividad en las sentencias del delito de peculado doloso de primera instancia de la Corte Superior de Justicia de Moquegua

-

3.2.3.2. Escala para la medición de variables: nominal

- Muy correcto
- Correcto
- Medianamente correcto
- Poco incorrecto
- Medianamente Incorrecto
- Incorrecto

3.3. TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

Considerando los textos de metodología de la investigación jurídica de José Olvera (2014) y José Croda y Eric Abad (2016), el tipo y diseño de investigación “estipula la estructura fundamental de la investigación y especifica los pasos a seguir, el enfoque de investigación que se asumirá y los instrumentos a aplicar que conllevan al cumplimiento de los objetivos del estudio” (Olvera, 2014, p.83).

En ese sentido, nuestra investigación “Factores que inciden en la incorrecta aplicación del principio de lesividad en sentencias de peculado doloso de los Juzgados Penales de Moquegua-2018” consideró un diseño de investigación mixto, esto dado que, nuestro enfoque cuantitativo recolectó datos de sentencias y encuestas, a los operadores de justicia, con el propósito de realizar un análisis estadístico y así comprobar nuestra hipótesis por medio del “análisis numérico, la presentación de datos estadísticos, los porcentajes en la información, las tablas y gráficas con datos” (Olvera, 2014, p.85)

Por otro lado, el aspecto cualitativo se desarrolló por medio de la revisión documental a profundidad de las sentencias de la Corte Superior de Justicia de Moquegua y de la Corte Suprema de Justicia, en referencia al delito de peculado doloso; además, de la revisión bibliográfica y de jurisprudencia desarrollada para la presente investigación.

Finalmente, dentro del diseño de investigación mixto, en palabras de Hernández-Sampieri et al. (2010) utilizamos un Diseño Transformativo Concurrente-DITRAC (p.577) en el cual consideramos un diálogo constante y simultáneo entre el enfoque de investigación cualitativo y el enfoque de investigación cuantitativo.

3.4 NIVEL DE INVESTIGACIÓN

De acuerdo al planteamiento del problema, el nivel de la investigación es causal y explicativa, toda vez que, primeramente, se determinó la relación que existe entre las variables planteadas para luego así poder concluir de manera satisfactoria que estas son las causas del problema planteado (De la Calle y Gil, 2015).

3.5 AMBITO Y TIEMPO SOCIAL DE LA INVESTIGACIÓN

La presente investigación se desarrolló, espacialmente, en el contexto de las sentencias de peculado doloso de Primera Instancia de la Corte Superior de Justicia de Moquegua. Además de considerar a los operadores de justicia del Distrito Judicial de Moquegua y Distrito Fiscal de Moquegua y; la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, por lo tanto, el ámbito es local y nacional. Temporalmente, el desarrollo del estudio tomó en cuenta las sentencias de peculado doloso de primera instancia emitidas en el año 2018.

3.6 POBLACIÓN Y MUESTRA

3.6.1 Población

Las variables de estudio se encuentran expresados por “*La deficiente uniformidad de la jurisprudencia y la ambigüedad en torno al bien jurídico protegido en los operadores de justicia; y la incorrecta aplicación del principio de lesividad en las sentencias del delito de peculado doloso*”, en tal sentido, de acuerdo al enfoque de investigación proyectado, se consideró una población heterogénea compuesta de la siguiente manera:

- Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en torno al delito de peculado doloso.
- Operadores de Justicia del Distrito Judicial de Moquegua y Distrito Fiscal de Moquegua.
- Sentencias de Primera Instancia del delito de peculado doloso en la Corte Superior de Justicia de Moquegua.

En tal sentido, se utilizó una serie de instrumentos para analizar la población heterogénea descrita.

3.6.2 Muestra

Bajo este contexto, habiéndose establecido la complejidad de la población, se consideró los siguientes tipos de muestreo:

- Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en torno al delito de peculado doloso. **Muestreo no probabilístico** (Hernandez Sampieri,

Roberto. Fernandez, Carlos. Baptista, Pilar, 2010), tomando en cuenta que la población no se la conoce con exactitud, además que los recursos son limitados se tomó un muestro no probabilístico por oportunidad.

- Operadores de Justicia del Distrito Judicial de Moquegua y Distrito Fiscal de Moquegua. **Muestro probabilístico** (Hernandez Sampieri, Roberto. Fernandez, Carlos. Baptista, Pilar, 2010), tomando en cuenta por el lado de la judicatura a jueces de primera instancia y sus respectivos asistentes del Distrito Judicial de Moquegua, y por el lado del Ministerio Público a fiscales y asistentes de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Moquegua, del Distrito Fiscal de Moquegua, se tomó en cuenta un muestreo probabilístico para una *población infinita* con un margen de error de 10%, considerándose un total de 46 encuestados.
- Sentencias de Primera Instancia del delito de peculado doloso en la Corte Superior de Justicia de Moquegua. **Muestreo probabilístico** (Hernandez Sampieri, Roberto. Fernandez, Carlos. Baptista, Pilar, 2010) compuesto por la totalidad de las sentencias de Primera Instancia del delito de peculado doloso de la Corte Superior de Justicia de Moquegua del año 2018.

3.7 PROCEDIMIENTO, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

3.7.1. Procedimiento

Teniendo en cuenta que las variables objeto de estudio están compuestos por: Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sentencias de Primera Instancia del delito de peculado doloso de la Corte Superior de Justicia de Moquegua y los operadores de justicia del Distrito Judicial de Moquegua y Distrito Fiscal de Moquegua; se procedió a recabar los elementos relacionadas a estas para su análisis.

3.7.2 Técnicas de recolección de los datos

Habiéndose determinado que el tipo de la investigación es uno de tipo mixta y teniendo presente la heterogeneidad de la población en estudio, se consideró diferentes técnicas para su abordaje, siendo éstas las siguientes:

- Para el estudio de la población “Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en torno al delito de peculado doloso”, se empleó como técnica la revisión documental.
- Para el estudio de la población “operadores de justicia del Distrito Judicial de Moquegua”, se empleó una estrategia metodológica cuantitativa, desarrollada por medio de la técnica de encuesta dirigida a jueces, asistentes judiciales, fiscales y asistentes del Ministerio Público del Distrito Judicial de Moquegua y Distrito Fiscal de Moquegua.
- Para el estudio de la población “Sentencias de Primera Instancia del delito de peculado doloso en la Corte Superior de Justicia de Moquegua” se empleó la técnica de la revisión documental.

3.7.3 Instrumentos para la recolección de los datos

Los instrumentos de investigación guardan una estrecha relación con las técnicas de investigación, así tenemos que:

- Para el caso de la técnica de revisión documental, tanto para las sentencias de Primera Instancia del delito de peculado doloso en la Corte Superior de Justicia de Moquegua y para la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en torno al delito de peculado doloso, se empleó el instrumento de guía de revisión documental.
- Para el caso de la técnica de encuesta, se empleó el instrumento del cuestionario de encuesta que fue dirigido a jueces, asistentes judiciales, fiscales y asistentes del Ministerio Público del Distrito Judicial de Moquegua y Distrito Fiscal de Moquegua.

3.8. PROCESAMIENTO, PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS DATOS

En lo que respecta a las encuestas aplicadas a los jueces, asistentes judiciales, fiscales y asistentes del Ministerio Público del Distrito Judicial de Moquegua y a la revisión documental de las sentencias se hizo un procesamiento estadístico acompañado de la presentación de resultados por medio de figuras y tablas, para lo cual nos apoyamos del programa SPSS.

Con respecto a la revisión documental de la jurisprudencia, se procesó y presentó la información por un análisis de secciones, categorías y subcategorías, manifiestas en el instrumento de investigación (Hernandez Sampieri, Roberto. Fernandez, Carlos. Baptista, Pilar, 2010; Olvera, 2014).

CAPITULO IV: RESULTADOS

4.1 DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO DE CAMPO

Al ser nuestro enfoque mixto y nuestro diseño de investigación transformativo concurrente (Hernández-Sampieri, 2010), que supone la aplicación de técnicas de investigación de manera simultánea y sin el mayor peso de un método sobre otro. Así, el orden en la aplicación de las técnicas de investigación, obedeció a aspectos coyunturales como el acceso a sentencias de la Corte Suprema y/o a sentencias de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, mientras que el acceso a los datos generados por la encuesta dirigida a operadores de justicia supuso más tiempo del considerado para dicha etapa.

De esta manera, es importante registrar la dificultad en cuanto a la accesibilidad de la información en cuanto a la revisión de sentencias, con propósitos estrictamente académicos y de investigación. Así como la dificultad en cuanto a la predisposición de los encuestados para generar información valiosa tanto para nuestra tesis como para investigaciones futuras e implementación de políticas públicas en el sector de justicia.

Con respecto a las resoluciones de la Corte Suprema de Justicia se optó por aquellas que presentaron las siguientes características: Primero que sean resoluciones (casaciones y recursos de nulidad) que aborden el delito de peculado doloso del artículo 387 del Código Penal, esto por ser el tipo penal que es objeto de estudio y segundo, que también se desarrolle lo relacionado a la pericia contable.

En lo que respecta a las sentencias de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, se consideró aquellas sentencias que fueron emitidas en el año 2018 por Jueces Unipersonales o Colegiados de Primera Instancia de la Corte Superior de Justicia de Moquegua que desde luego aborden el delito de peculado doloso del artículo 387° del Código Penal. Para ello se desarrolló un instrumento de recolección de datos que nos permitió recoger tanto elementos cuantitativos como elementos cualitativos, tal como se señaló en el capítulo anterior.

Además, en cuanto a la técnica de encuestas se decidió aplicar el cuestionario a los Jueces encargados de emitir las sentencias de primera instancia ya sea de manera unipersonal o colegiada, a sus asistentes (jurisdiccionales) y por el lado Ministerio Público a los fiscales y asistentes de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción

de Moquegua; debido a que cumplían con las características requeridas para la presente investigación. Para ello, nos apoyamos de la herramienta de Google Forms, la cual nos permitió tomar las encuestas de manera virtual y sistematizarlas automáticamente por medio de la herramienta señalada.

4.2 DISEÑO DE LA PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

Al ser nuestro diseño transformativo concurrente, se ha optado por adaptar la presentación de resultados según la técnica de investigación aplicada. En cuanto a los elementos cuantitativos de la revisión documental y de las encuestas se ha considerado la utilización del programa estadístico SPSS para generar la data de frecuencias, mientras que la presentación de muestras se hizo por medio de gráficos generados en Excel. Por otro lado, los elementos cualitativos de la entrevista (respuestas generadas por medio de preguntas abiertas) han sido utilizados para apoyar el análisis cuantitativo y se ha citado directamente cuando lo hemos considerado necesario.

Los resultados generados por medio de la revisión documental, han sido también generados a través de un instrumento que capte tanto información cuantitativa como cualitativa. La primera de ellas analizada por medio del SPSS y presentada por medio de gráficos en Excel; mientras que la segunda registrada en el instrumento, y citada directamente cuando el análisis estadístico debe ser profundizado.

4.3 RESULTADOS

4.3.1 La uniformidad de la jurisprudencia del delito de peculado en la Corte Suprema de Justicia.

Llegados a este punto se procede a presentar los resultados que se han obtenido de la aplicación de las técnicas a través de los instrumentos de investigación en la población que para efectos de esta tesis se ha seleccionado. En ese sentido, se empieza por presentar los datos obtenidos del instrumento Guía de Revisión Documental aplicada a la población “jurisprudencia del delito de peculado en la Corte Suprema de Justicia” para determinar su uniformidad.

Para lo cual, se tiene que, los datos que se presentan a continuación fueron obtenidos en observancia de la variable independiente de estudio “Uniformidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en torno al delito de peculado doloso”. Por tal motivo, se ha estudiado 10 sentencias (casaciones y recursos de nulidad) emitidas por la Corte Suprema

de Justicia, estructurando su estudio en una primera parte en datos generales y en una segunda parte por datos que están relacionado directamente con la variable independiente.

Tabla 1 Tipo de Recurso

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido CASACIÓN	3	30,0	30,0	30,0
NULIDAD	7	70,0	70,0	100,0
Total	10	100,0	100,0	

De un total de diez sentencias supremas analizadas, siete corresponden a recursos de casación, es decir un recurso que es propio del Código Procesal Penal del 2004, y tres corresponden al recurso de nulidad que, a diferencia del recurso de casación, tiene como base legal el Código de Procedimiento Penales 1941. Al final ambos recursos tienen una naturaleza extraordinaria y ponen fin a la instancia ordinaria.

Tabla 2. Sala Suprema Penal

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido TRANSITORIA	2	20,0	20,0	20,0
PERMANENTE	6	60,0	60,0	80,0
PRIMERA	2	20,0	20,0	100,0
Total	10	100,0	100,0	

Del total de resoluciones supremas estudiadas, se determinó que la mayoría, en un porcentaje del 60%, corresponden a la Sala Permanente de la Corte Suprema. Sin embargo, las otras dos salas, la Sala Transitoria y la Primera Sala también tienen su cuota de resoluciones, en ambos casos en un mismo porcentaje de 20%. Entonces, nuestro trabajo de investigación si abarca el total de jueces supremos y por tanto con mayor precisión se podrá determinar la decisión de los mismos.

Tabla 3 Tema en común de la Resolución

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido DELITO DE PECULADO Y PERICIA CONTABLE	10	100,0	100,0	100,0

De un amplio universo de resoluciones supremas, se optó, para un mejor desarrollo de la hipótesis propuesta y para obtener resultados más objetivos, por establecer como criterios de filtro dos presupuestos: 1) que las resoluciones supremas abarquen un desarrollo conceptual del delito de peculado doloso, esto en razón de que la presente investigación tiene relación directa con dicho tipo penal; y 2) además que las resoluciones supremas abarquen la pericia contable en el delito de peculado doloso, esto es, la relación que existe entre ambos, pues creemos que dicha aclaración tiene relación con la investigación.

Tabla 4 Vinculatoriedad de la Resolución

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido NO VINCULANTE	10	100,0	100,0	100,0

Un dato que también es necesario tener presente es que, del total de resoluciones supremas analizadas, ninguna es vinculante, es decir ninguna de éstas es de necesaria observancia y aplicación por los jueces penales. Entonces si esto es así, los criterios establecidos que sobre el delito de peculado doloso y su relación con la pericia contable que no fueran claros, y más aún divergentes, puede generar en los jueces penales complicaciones a la hora de resolver.

Tabla 5 Tratamiento del bien jurídico (A)

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	TEORÍA PLURIOFENSIVA	3	30,0	30,0	30,0
	TEORÍA PATRIMONIALISTA CLÁSICA	4	40,0	40,0	70,0
	TEORÍA PATRIMONIALISTA FUNCIONAL O UTILITARISTA	2	20,0	20,0	90,0
	NO FIGURA	1	10,0	10,0	100,0
	Total	10	100,0	100,0	

Cuando se menciona por primera vez en las resoluciones supremas lo que debe entenderse por bien jurídico del delito de peculado, identificamos que la línea teórica no es uniforme. Por un lado, tenemos tres resoluciones supremas que orientan su postura hacía una teoría pluriofensiva como el Recurso de Nulidad N°1211-2016 Apurímac, que dentro de sus fundamentos señala:

3.3. (...) se estableció como doctrina legal que el delito de peculado es un delito pluriofensivo, en el cual su bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos: “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 que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad.*”

Así también, se tiene cuatro resoluciones supremas que orientan su postura por la teoría patrimonialista clásica como es el caso del Recurso de Nulidad N° 158-2017 Ancash, que dentro de sus fundamentos señala:

4.3. “Se debe precisar que para la configuración del delito de peculado es necesario que con la conducta de apropiación o utilización de los bienes público, desplegada por parte del agente, se haya causado perjuicio al patrimonio del Estado o una entidad estatal, aspecto que resulta importante”.

En otro sentido, se tiene dos resoluciones supremas que se apoyan en lo sostenido por la teoría patrimonialista funcional como es el caso del Recurso de Nulidad N° 484-2014 Ayacucho, que dentro de sus fundamentos señala:

“Dicho en otros términos, el bien jurídico en este peculiar tipo penal estaría así dado por el interés jurídico penal de asegurar conminatoriamente la correcta gestión-administración de determinados patrimonios particulares asociados a finalidades públicas”.

Finalmente, no escapa al análisis advertir con preocupación cómo en el Recurso de Nulidad N° 1106-2014 Huancavelica, no se dice nada respecto al bien jurídico del delito de peculado, situación que pone, más aún, en evidencia como nuestra Corte Suprema – máxima instancia judicial ordinaria- no identifica con claridad que es en sí lo que salvaguarda el delito de peculado, lo cual en cadena también afecta a los jueces penales.

Tabla 6 Tratamiento del bien jurídico (B)

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido TEORÍA PATRIMONIALISTA CLÁSICA	2	20,0	20,0	20,0
NO FIGURA	8	80,0	80,0	100,0
Total	10	100,0	100,0	

Cuando se menciona por segunda vez en las resoluciones supremas lo que debe entenderse por bien jurídico del delito de peculado, identificamos que sólo en dos resoluciones supremas sucede ello y en ambas la teoría adoptada es la patrimonialista clásica. Sin embargo, sucede que en la Casación N° 1004-2017/Moquegua, no existe coherencia teórica, pues cuando se hace la primera referencia al bien jurídico se utiliza conceptos de la teoría patrimonialista funcional como a continuación se observa:

CUARTO. Que el delito de peculado tutela tanto el patrimonio público cuanto, sobre todo, el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado.

Pero en la segunda oportunidad se hace más referencia a conceptos de la teoría patrimonialista clásica, como a continuación se advierte:

QUINTO. Que en tanto a través del delito de peculado se tutela el patrimonio público, es obvio que se necesita la disminución ilícita de los caudales o efectos públicos, lo que importa la producción de un daño patrimonial mediante la disposición antijurídica. Afirmado este elemento típico, desde la perspectiva procesal, el concreto alcance de la apropiación ha de ser determinado pericialmente. Se requiere, por consiguiente, de una pericia técnica.

Tabla 7 ¿Coherencia con el tratamiento del bien jurídico?

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido NO	1	10,0	10,0	10,0
NO FIGURA	9	90,0	90,0	100,0
Total	10	100,0	100,0	

Del total de resoluciones supremas analizadas, tenemos que: a) en siete de estas sólo se hace referencia una vez al bien jurídico protegido por el delito de peculado doloso, en consecuencia, el análisis de coherencia es impracticable, b) en dos de estas se hace referencia en dos oportunidades al bien jurídico protegido por el delito de peculado doloso y dentro de estas sólo en la Casación N° 1004-2017/Moquegua se evidencia incoherencia teórica, c) finalmente en el Recurso de Nulidad N° 1106-2014 Huancavelica, no hay ningún desarrollo respecto al bien jurídico protegido del delito de peculado doloso.

Tabla 8 ¿Existe relación entre el bien jurídico y la pericia contable? (A)

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido Sí	6	60,0	60,0	60,0
NO	4	40,0	40,0	100,0
Total	10	100,0	100,0	

A través del presente gráfico se identifica -y esa es nuestra intención- que hay resoluciones supremas que establecen, como un presupuesto necesario, la previa acreditación de un perjuicio económico para configurar el delito de peculado doloso y que la prueba idónea para ello es la pericia contable. Por ejemplo, tenemos el Recurso de Nulidad N° 287-2013 Puno que de manera clara en uno de sus fundamentos sostiene:

3.3. Sexto: Asimismo, en las conclusiones del informe pericial contable (...) no se evidencia perjuicio económico ocasionado por los procesados (...) no siendo esto concluyente para dar luces si con dicha acción se configura un perjuicio patrimonial al Estado y, por lo tanto, la gesta del delito materia de análisis.

Sin embargo, también tenemos resoluciones supremas que expresamente señalan lo contrario, como la Casación N° 282-2018 Lambayeque, que dentro de sus fundamentos refiere:

Tanto más si el tipo penal de peculado, normativamente no exige la acreditación del perjuicio patrimonial del Estado, toda vez que este es intrínseco a la apropiación o empleo de bienes públicos con fines privados

Entonces claramente podemos identificar que la jurisprudencia respecto a la lesión del bien jurídico del delito de peculado no es uniforme, sobre todo al momento de hablar de un perjuicio económico.

Tabla 9 ¿Existe relación entre el bien jurídico y la pericia contable? (B)

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido Sí	2	20,0	20,0	20,0
NO	1	10,0	10,0	30,0
NO FIGURA	7	70,0	70,0	100,0
Total	10	100,0	100,0	

Tabla 10 ¿Existe relación entre el bien jurídico y la pericia contable? (C)

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido Sí	1	10,0	10,0	10,0
NO FIGURA	9	90,0	90,0	100,0
Total	10	100,0	100,0	

De igual forma también existen resoluciones supremas que reiteran en sucesivos considerando su posición respecto a la determinación del perjuicio patrimonial para

configurar el delito de peculado, no identificándose en ese sentido contradicciones que ameriten un análisis profundo.

Tabla 11 ¿Decisión a favor o en contra del peticionante?

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido A FAVOR	4	40,0	40,0	40,0
EN CONTRA	6	60,0	60,0	100,0
Total	10	100,0	100,0	

Un dato periférico que nos muestra que ante el pedido de las partes de declarar nula una sentencia o que se case la misma, dependiendo del instrumento procesal, la Corte Suprema no muestra una tendencia de sólo optar por un tipo de decisión, pues como se advierte en casi el 50% se concede lo solicitado ya sea por diferentes motivos.

Tabla 12 ¿El sentido resuelto en la resolución suprema está debidamente motivada?

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido Sí	5	50,0	50,0	50,0
NO	5	50,0	50,0	100,0
Total	10	100,0	100,0	

El 50% de las resoluciones supremas analizadas no están debidamente motivadas y eso es un dato a tener muy en cuenta, pero qué hace que esto sea así. Sin duda lo que se ha podido evidenciar es incongruencias entre el fundamento y lo resuelto, así por ejemplo tenemos la Casación N° 282-2018 Lambayeque, que en una primera parte fundamenta que el titular de la acción penal debe individualizar o **cuantificar** los bienes estatales cuya apropiación se le imputa a una persona para determinar la tipicidad objetiva del delito de peculado; sin embargo, en otro fundamento se afirma que normativamente el delito de peculado no exige la acreditación del perjuicio patrimonial del Estado.

4.3.2 El principio de lesividad en las sentencias de delito de peculado doloso en la Corte Superior de Justicia de Moquegua.

Los datos que se presentan a continuación fueron obtenidos en observancia de la variable dependiente de estudio “La incorrecta aplicación del principio de lesividad en las sentencias del delito de peculado doloso de Primera Instancia de la Corte Superior de Justicia de Moquegua en el año 2018”. Por tal motivo, se ha estudiado 22 sentencias de Primera Instancia emitidas por Jueces Unipersonales o Colegiados de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, estructurando su estudio, en una primera parte, en datos generales y, en una segunda parte, por datos relacionados directamente con la variable dependiente.

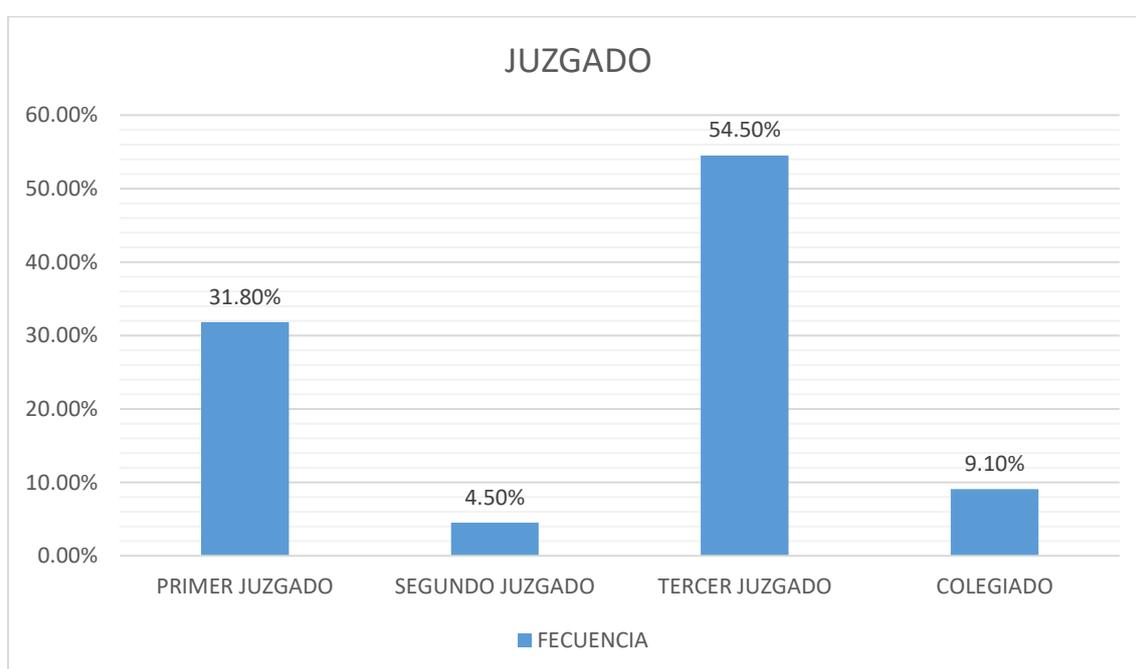


Figura 1. Juzgado

De acuerdo a la tabla reseñada es claro que el Juzgado que tuvo mayor incidencia respecto al delito de peculado doloso es el Tercer Juzgado Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, marcándose una evidente tendencia que supera el 50 %. Ahora, le siguen el Primer Juzgado con un 30% y el Segundo Juzgado con un 4.5%. Finalmente, resalta el hecho que del universo de 22 sentencias analizadas sólo dos correspondan a un Juzgado Colegiado, es decir un Juzgado integrado por tres (3) Jueces que por la complejidad del delito merecen una especial atención.

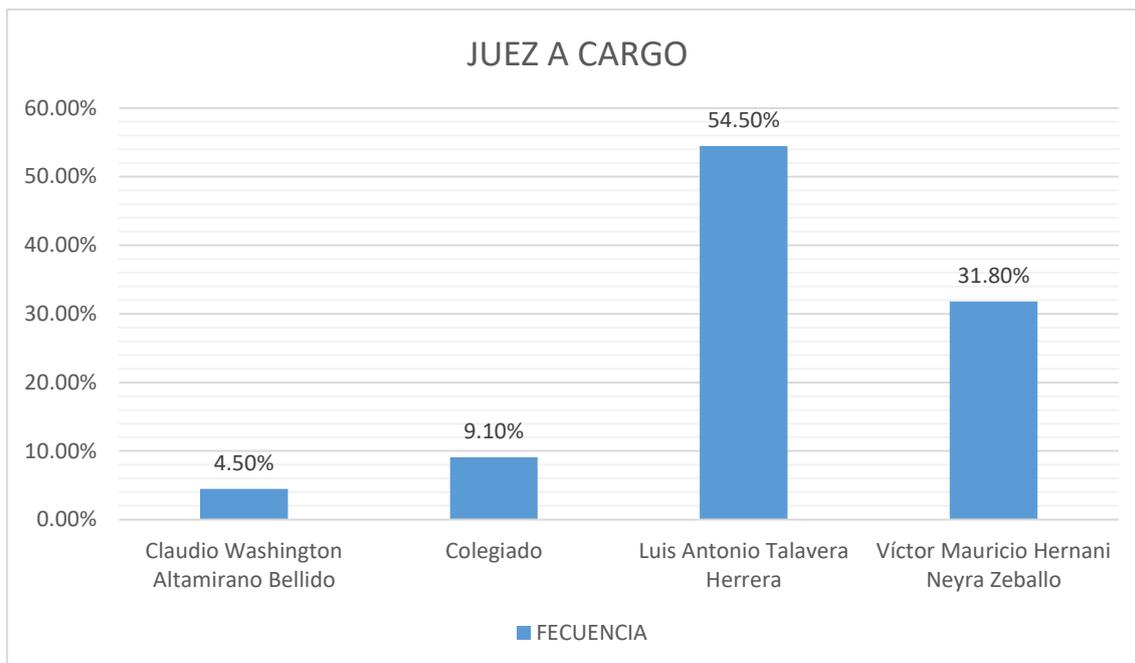


Figura 2. Juez a cargo.

De acuerdo a la tabla reseñada es claro que el Juez que tuvo mayor incidencia respecto al delito de peculado doloso es el Juez Luis Antonio Talavera Herrera que despacha en el Tercer Juzgado Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, marcándose una evidente tendencia que supera el cincuenta por ciento, lo cual se condice con la tabla precedente. Ahora, le siguen el Juez Víctor Mauricio Hernani Neyra Zeballos con siete (07) sentencias y el Juez Claudio Washington Altamirano Bellido con una (01) sentencia, ambos jueces despachan en el Primer y Segundo Juzgado respectivamente. Es de resaltar que las cifras y porcentajes se condicen perfectamente con la data de la tabla que precede.

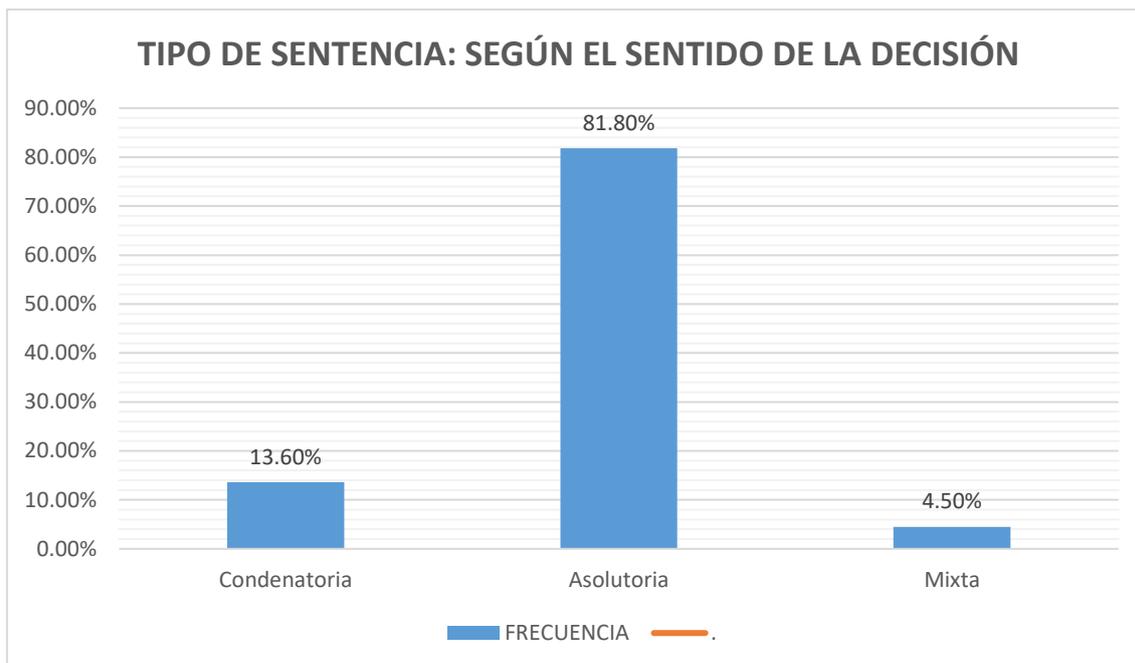


Figura 3. Tipo de sentencia: según el sentido de la decisión.

En su gran mayoría las sentencias analizadas son absolutorias, sin embargo, eso no quita el hecho de que dichas decisiones deban responder a un contenido necesario y satisfactorio. Por otro lado, tres sentencias son condenatorias y una es mixta, eso quiere decir que –en un extremo- resuelve por absolver y –en otro extremo- por condenar. Al final, si bien es cierto que las consecuencias de una sentencia condenatoria indebidamente motivada son más dañinas que las consecuencias de una sentencia absolutoria indebidamente motivada en el sentido que se afecta un derecho fundamental como lo es la libertad, nuestro análisis se hará de manera indistinta teniendo como premisa la hipótesis general de la tesis que es la incorrecta aplicación del principio de lesividad.

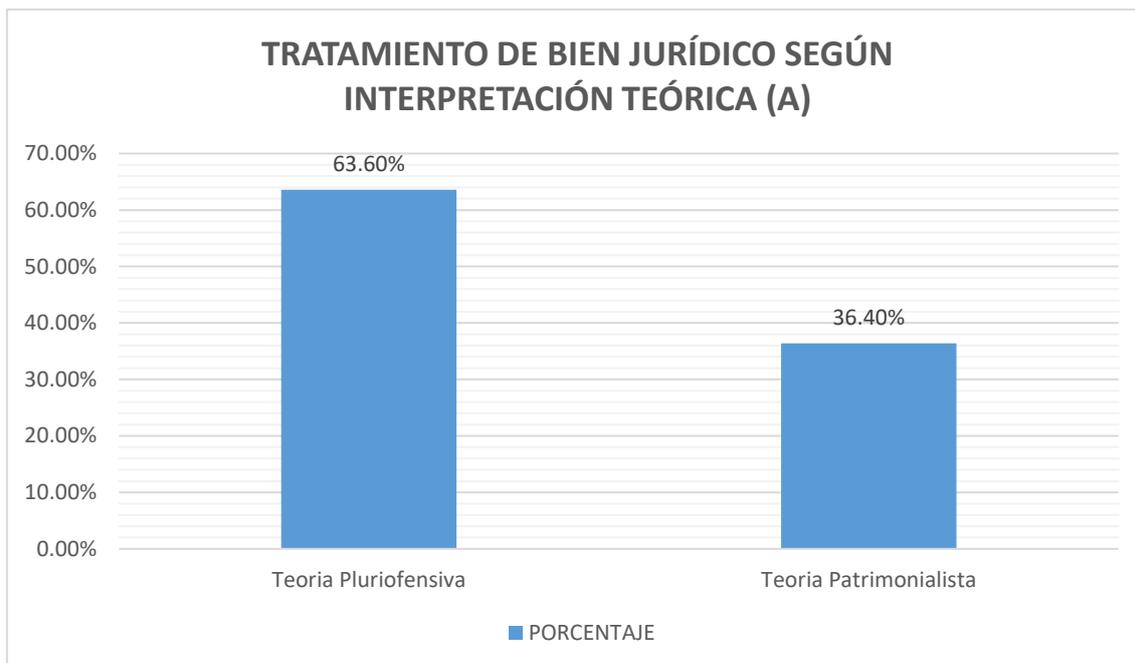


Figura 4. Tratamiento de bien jurídico según interpretación teórica (A).

En este cuadro podemos identificar –primero- como información introductoria que en las 22 sentencias analizadas se referencia por lo menos en una ocasión al bien jurídico del delito de peculado. Eso de por sí ya es algo a resaltar si tenemos en cuenta que partimos de la premisa de la incorrecta aplicación del principio de lesividad y para verificar ello es necesario identificar de que bien jurídico se parte en las sentencias.

Ya entrando el *quid* del asunto tenemos que, de las veintidós sentencias analizadas, catorce de éstas –la mayoría que representan un 63.6%- parten del bien jurídico que se adscribe a la teoría pluriofensiva, es decir es un bien jurídico que engloba dos o más intereses protegidos por el Derecho Penal, pero ¿Cuáles son estos intereses? Y para dar respuesta nos remitiremos a lo que –en sus considerandos– una de las sentencias –que se adscribe a la teoría pluriofensiva- refiere:

Expediente N° 714-2017-60-2801-JR-PE-03

“1.6.1. El delito de Peculado es un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobra en dos (aspectos) 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 de poder del que se halle facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad.”

Siguiendo con la lectura de la información procesada, tenemos que ocho sentencias analizadas -que representan un 36.4%- parten de un bien jurídico que se adscribe a la teoría patrimonialista funcional. Ahora se extrae de una de las sentencias analizadas –que se adscribe a la teoría patrimonialista funcional- el extracto que identifica tal postura:

Expediente N°427-2014-32-2801-JR-PE-02

“BIEN JURÍDICO: se hace alusión a un comportamiento que subvierte los objetivos esenciales de la Administración Pública según el Estado Social que es de servir a la comunidad, de modo que el agente tuerce dichos cometidos perturbando el correcto funcionamiento de la Administración Pública.”

En definitiva, se puede identificar de acuerdo a la información recaba y procesada que, si bien en todas las sentencias analizadas se hace eco por lo menos una vez al bien jurídico protegido del delito de peculado, sin embargo, también se verifica que lo se entiende por bien jurídico de este delito no es homogéneo, es decir existen posturas distintas y por lo tanto teorías disimiles.

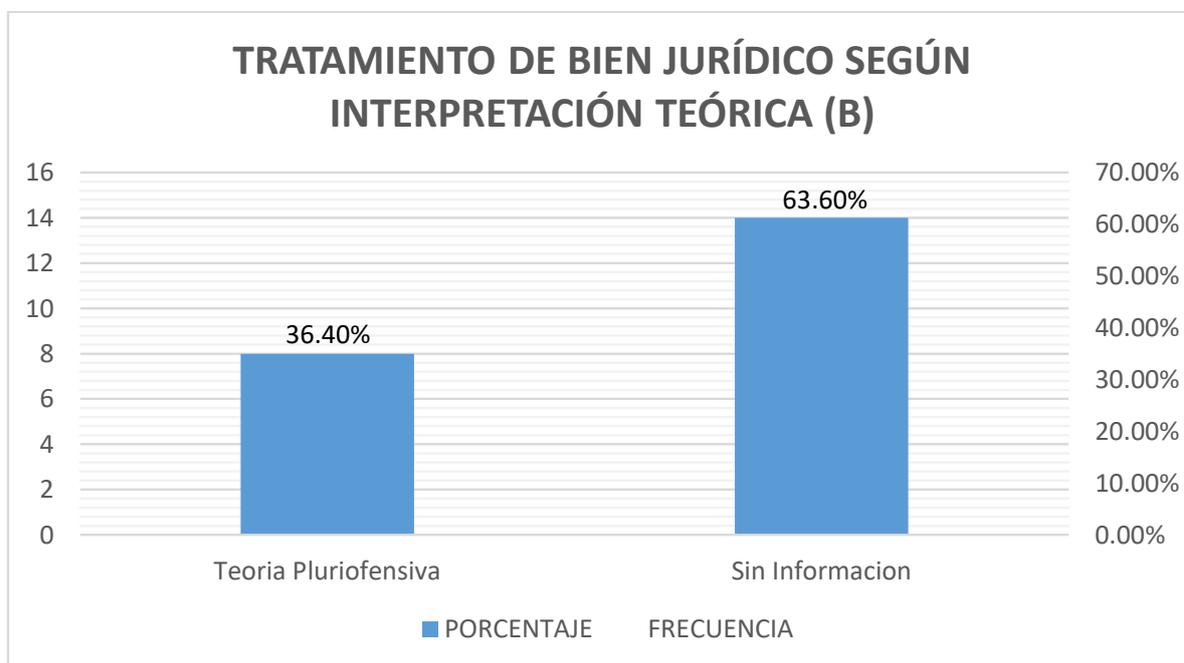


Figura 5. Tratamiento de bien jurídico según interpretación teórica (B).

De esta data podemos advertir que, de las veintidós sentencias analizadas, en ocho de estas se referencia o menciona en dos oportunidades el bien jurídico del delito de peculado y del total de estas ocho sentencias, la postura que se asume respecto del bien jurídico es

aquella que se enmarca dentro de la teoría pluriofensiva. Sin embargo, es preciso aclarar que solo se está considerando la segunda referencia –del bien jurídico del delito de peculado-, lo cual podría implicar que capaz esta no se condice con la primera o quizás con la tercera mención si es que hubiese. Al final eso será parte de un análisis posterior.

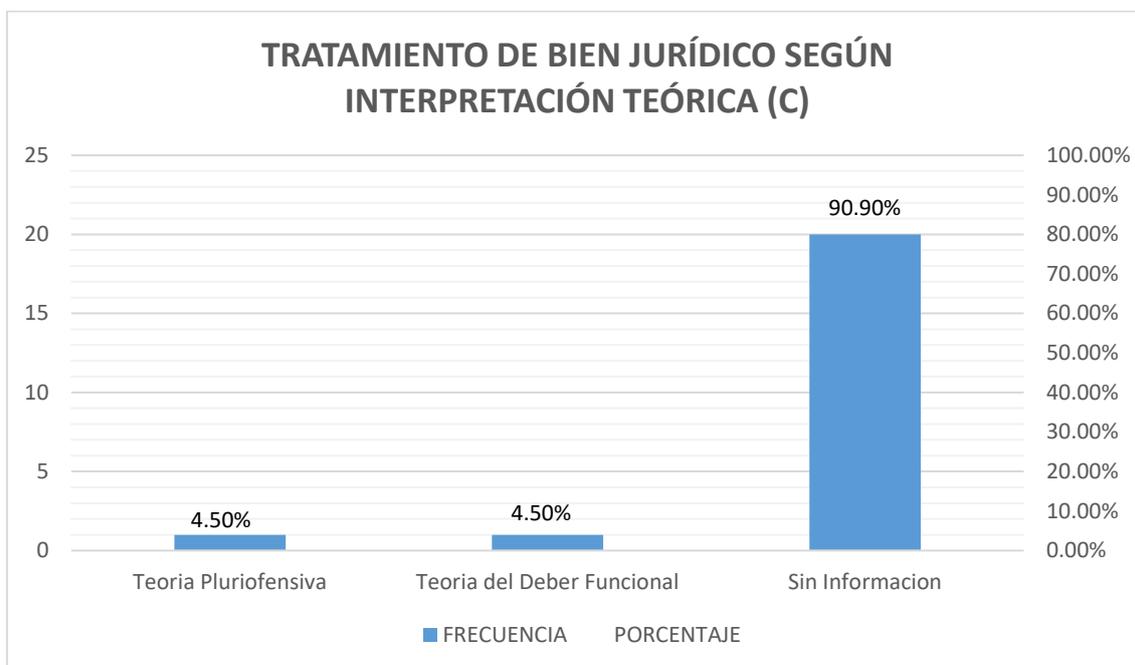


Figura 6. Tratamiento de bien jurídico según interpretación teórica (C).

Traduciendo la información, del total de las veintidós sentencias analizadas solo en dos de estas se hace tres veces mención del bien jurídico -a lo largo de la sentencia-, es decir existe una mención A, B y C. Ahora es objeto identificar si existe una misma línea –en cada sentencia– que permita afirmar si existe coherencia. Así primero tenemos la sentencia que se encuentra contenida en el Expediente N° 793-2017-21-2801-JR-PE-03, en donde se tiene las siguientes menciones del bien jurídico del delito de peculado:

A. “1.4.1.1.- El delito de Peculado es un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobra en dos (aspectos) 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 de poder del que se halle facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad”.

B. 4.1.- RESPECTO DE LA TIPICIDAD:

“Que la conducta realizada por el acusado HENRY SARDON VALDIVIA, al haber quebrantado el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública, y el abuso del poder del que se hallaba facultado en relación a su debe funcional de lealtad y probidad”.

C. “6.2.1. En el presente caso materia de juzgamiento, el bien jurídico lesionado está referido al normal desenvolvimiento de la administración pública y la buena imagen institucional”.

De las tres menciones o referencias que se tienen a la vista, en las dos primeras se puede identificar que guardan una evidente coherencia pues parten desde la teoría pluriofensiva y los intereses protegidos son similares. En cambio, en la tercera referencia la cuestión es distinta pues, si bien podría afirmarse que también parte desde la teoría pluriofensiva esto al mencionarse dos intereses de protección. Sin embargo, el contenido de dichos intereses es distinto al punto que se asemejaría más al bien jurídico genérico de los delitos contra la administración pública. En definitiva, decir que la teoría que se adopta en la sentencia es la pluriofensiva es correcto hasta cierto punto, pero decir que los intereses –más de dos- que se protegen son similares es incorrecto, pues se ha evidenciado que estos no son los mismos y si esto es así difícilmente podrá hablarse de un correcto desarrollo del principio de lesividad.

Del análisis de la sentencia contenida en el Expediente N° 200-2010-82-2801-JR-PE-03 se extrae que el bien jurídico del delito de peculado es mencionado del siguiente modo:

A. “1.7.1.1.- El delito de Peculado es un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobra en dos (aspectos) 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 de poder del que se halle facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad”.

B. 4.1.- RESPECTO DE LA TIPICIDAD

Que la conducta realizada por los Acusados ROLF PABLO KLINGENBERGER GONZALES, VICTOR GERMAN ALFARO SACRE Y ALFREDO ELOY MARTINEZ CHIRINOS; al haber quebrantado el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública, y el abuso de poder del que se hallaban facultados en relación a sus deberes funcionales de lealtad y probidad.

C. 6.2.1. En el presente caso materia de juzgamiento, el bien jurídico lesionado está

referido al normal desenvolvimiento de la administración pública y la buena imagen institucional.

Del mismo modo que en el caso anterior, la referencia A y B guardan estrecha relación puesto que parten desde la teoría pluriofensiva y sobre todo los intereses que tutelan son los mismos. En cambio, la referencia C también engloba dos intereses de protección, lo cual podría significar que la teoría que se adopta es la pluriofensiva, pero el contenido de dichos intereses es diferente al punto –como ya se mencionó antes- y que más se asemejaría al bien jurídico genérico de los delitos contra la administración pública. En definitiva, acá también se evidencia que, si bien, la teoría a la cual se adscriben es la pluriofensiva por tutelarse más de dos intereses, sin embargo, el contenido de los mismo es disímil, lo cual hace más probable nuestra hipótesis de la incorrecta aplicación del principio de lesividad.

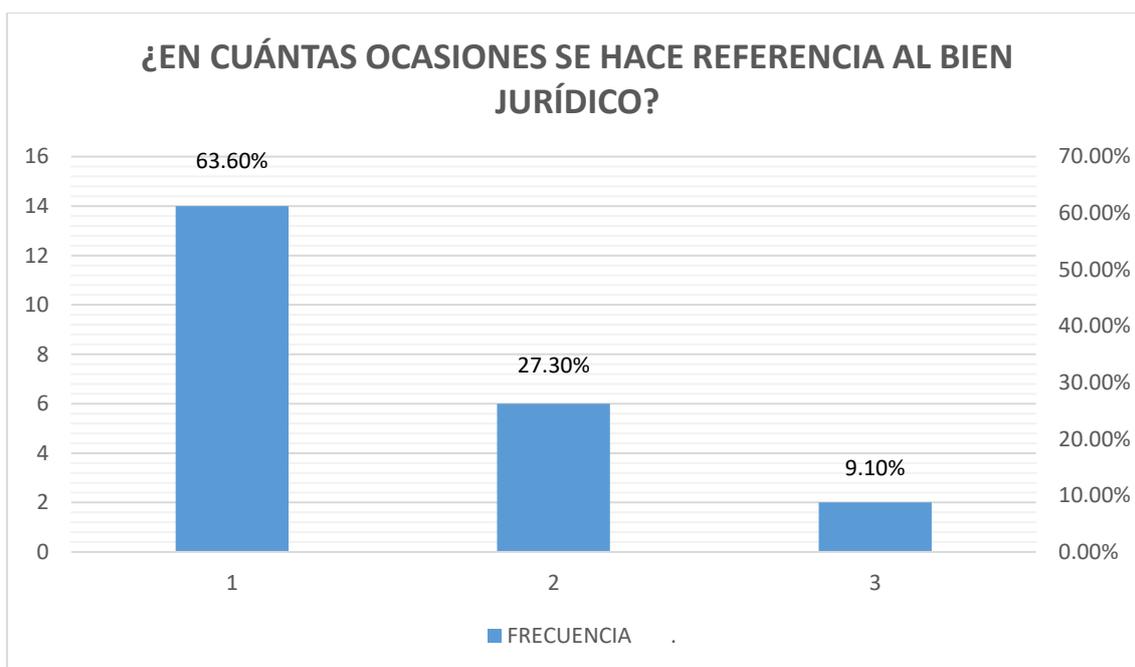


Figura 7. ¿En cuántas ocasiones se hace referencia al bien jurídico?

Bueno en este caso se confirma lo que anteriormente ya se ha evidenciado, sólo con la significativa atinencia que en esta data se expresa que del total de sentencias analizadas en seis de estas se hace mención dos veces del bien jurídico lo cual es cierto, además este número representa sólo aquellas sentencias que hacen exclusivamente mención dos veces al bien jurídico protegido y descarta aquellas sentencias que hacen tres veces mención al bien jurídico.

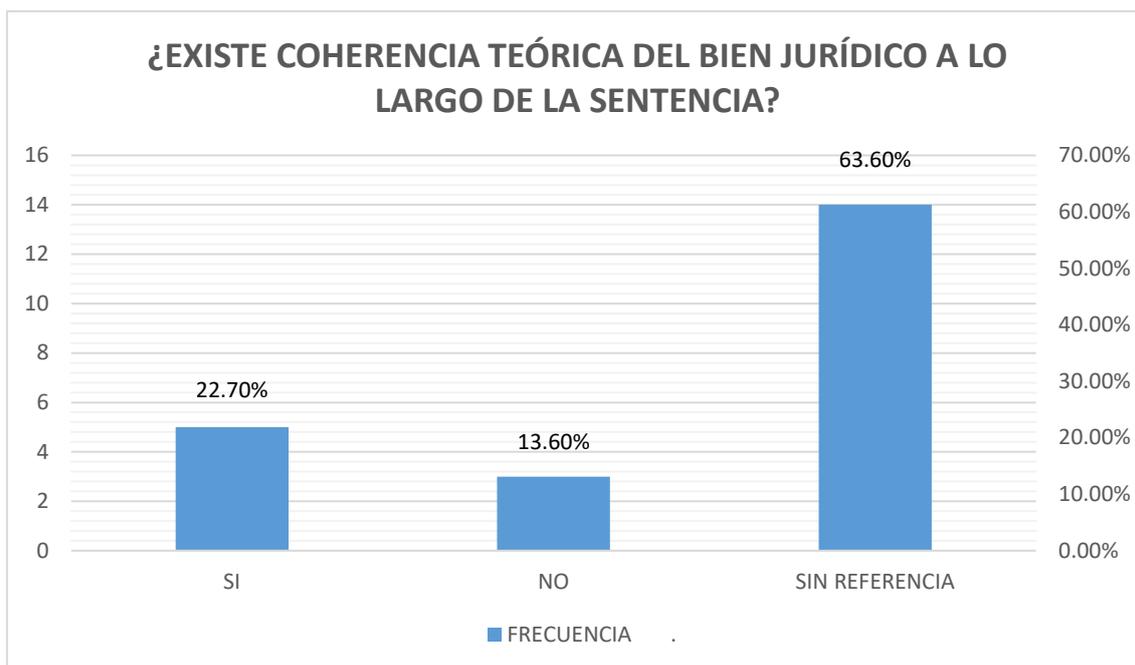


Figura 8. ¿Existe coherencia teórica del bien jurídico a lo largo de la sentencia?

Partamos del grupo mayoritario que son catorce sentencias, las cuales representan aquellas sentencias que al tener una sola mención del bien jurídico del delito de peculado no es posible contrastar coherencia. Ahora pasemos al análisis de las demás sentencias, primero tenemos que en seis sentencias se evidencia coherencia teórica. Sin embargo, es necesario precisar que estamos hablando de coherencia teórica, es decir es posible que las seis sentencias se adscriban a la teoría pluriofensiva porque en estas se hace mención de dos o más intereses de protección respecto del delito de peculado, pero ello no quiere decir que el contenido de estos intereses sea el mismo y de hecho ello sucede en dos sentencias, la primera contenida en el Expediente N° 793-2017-21-2801-JR-PE-03 que, como concluimos antes, no evidencia coherencia en el contenido de los intereses que dice el delito de peculado protege, pues en las dos primeras referencias se hace alusión como interés protegido a a) Garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública; y, b) Evitar el abuso de poder del que se halle facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad; y, en la tercera referencia se hace alusión a a) al normal desenvolvimiento de la administración pública y b) la buena imagen institucional. Del mismo modo sucede en la sentencia contenida en el Expediente N° 200-2010-82-2801-JR-PE-03. Ahora respecto a las dos sentencias que denotan incoherencia, es claro que hablamos de también de una incoherencia en el contenido.

En conclusión, podemos decir que, si bien, en seis sentencias se advierte coherencia teórica, en dos de estas no existe coherencia en el contenido de los intereses protegidos – como ya se evidencio- y por ello al final podríamos sostener, que del total de sentencias que abordan más de una vez el bien jurídico del delito de peculado –08 en total-, la mitad presenta incoherencia respecto de los intereses protegidos que dice tutelar, lo cual ayuda a sumar a nuestra hipótesis de la incorrecta aplicación del principio de lesividad.

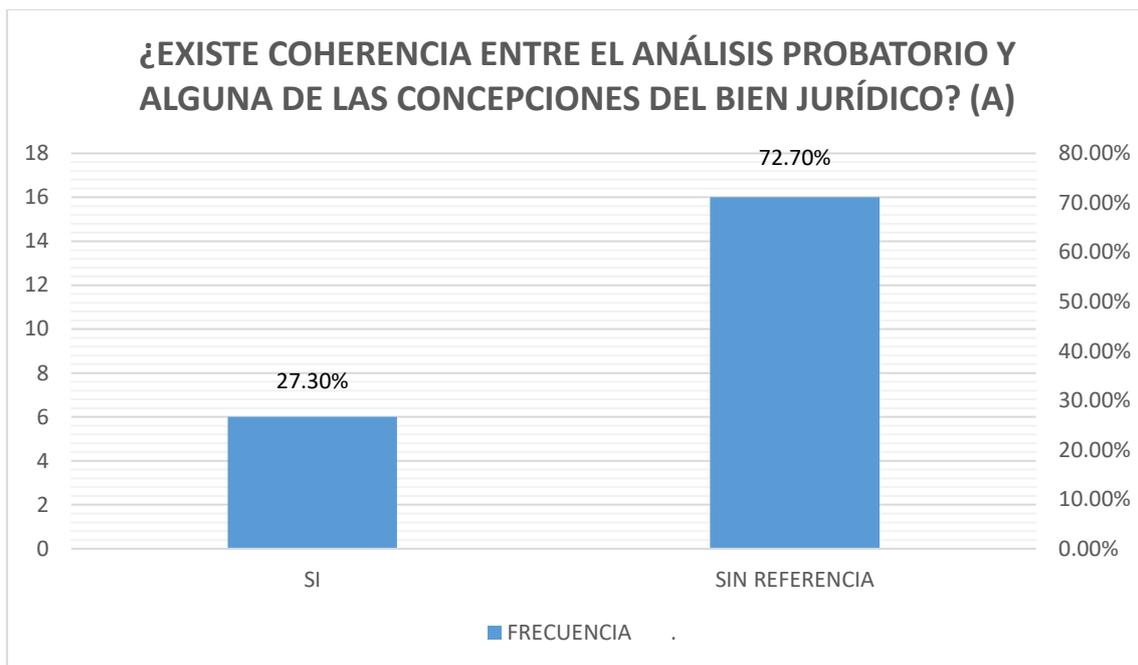


Figura 9. ¿Existe coherencia entre el análisis probatorio y alguna de las concepciones del bien jurídico? (A).

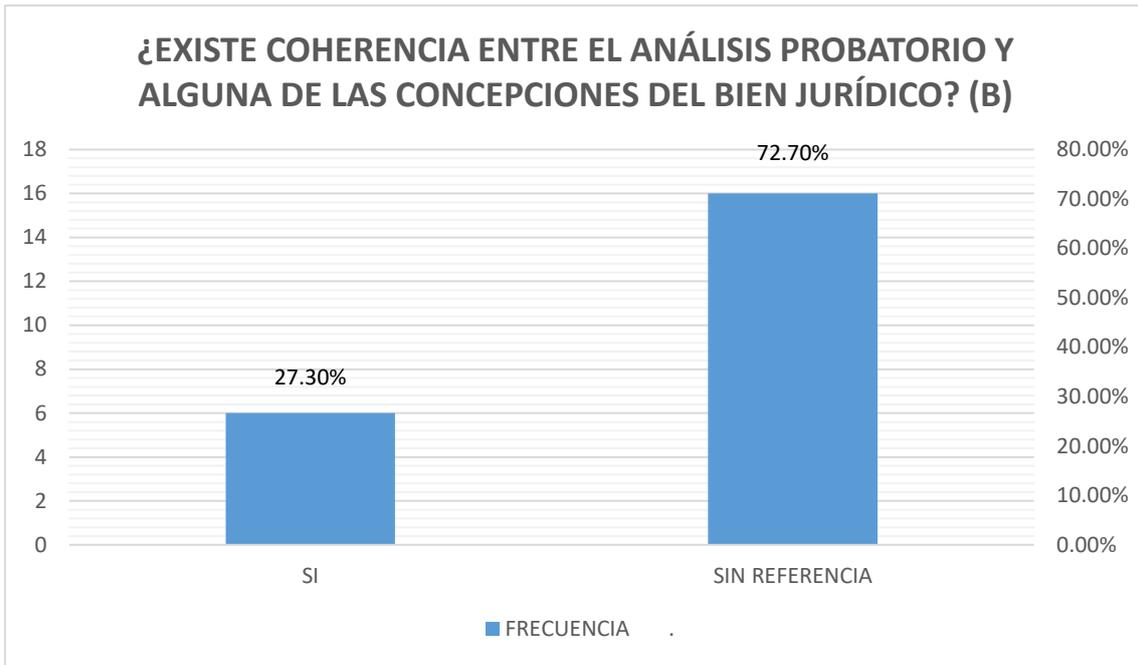


Figura 10. ¿Existe coherencia entre el análisis probatorio y alguna de las concepciones del bien jurídico? (B).

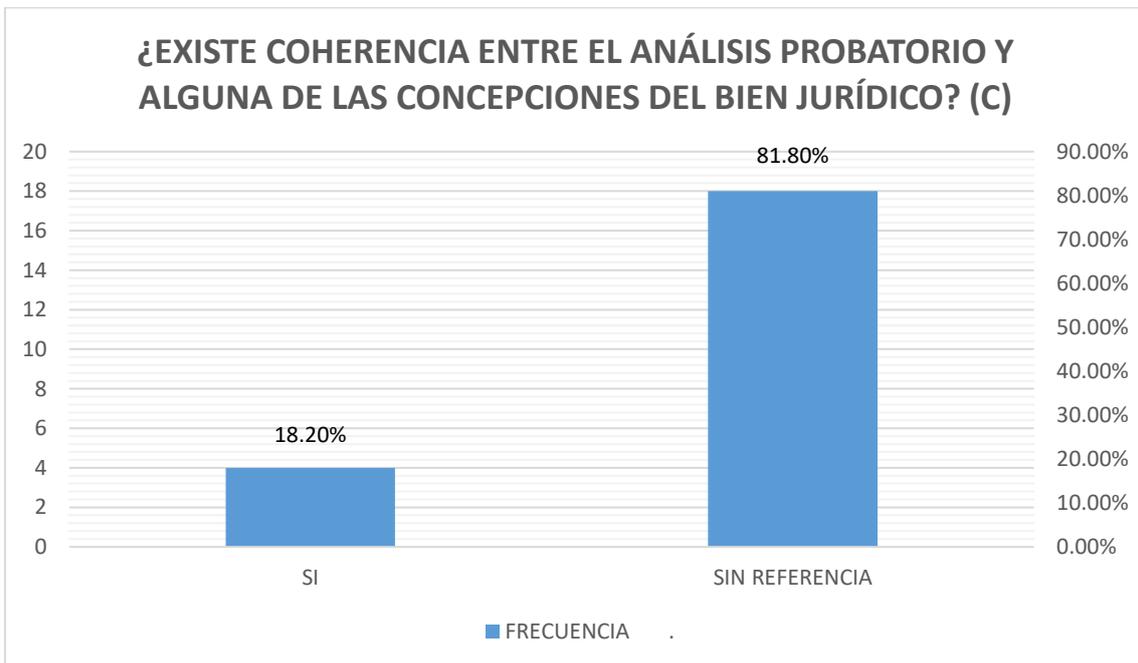


Figura 11. ¿Existe coherencia entre el análisis probatorio y alguna de las concepciones del bien jurídico? (C).

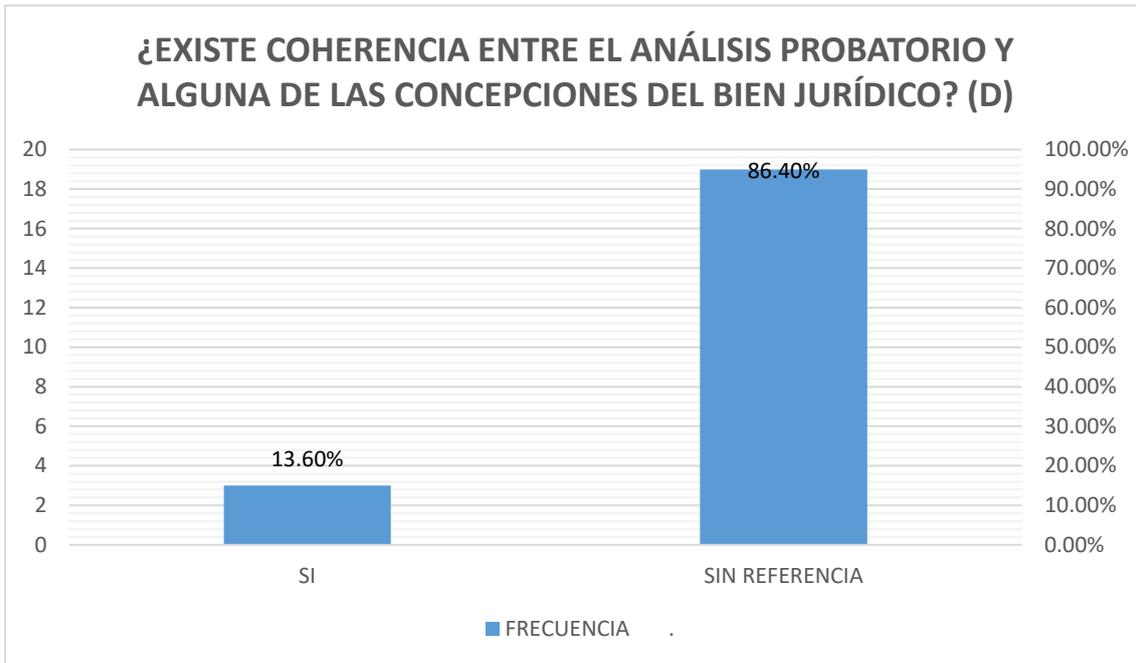


Figura 12. ¿Existe coherencia entre el análisis probatorio y alguna de las concepciones del bien jurídico? (D).

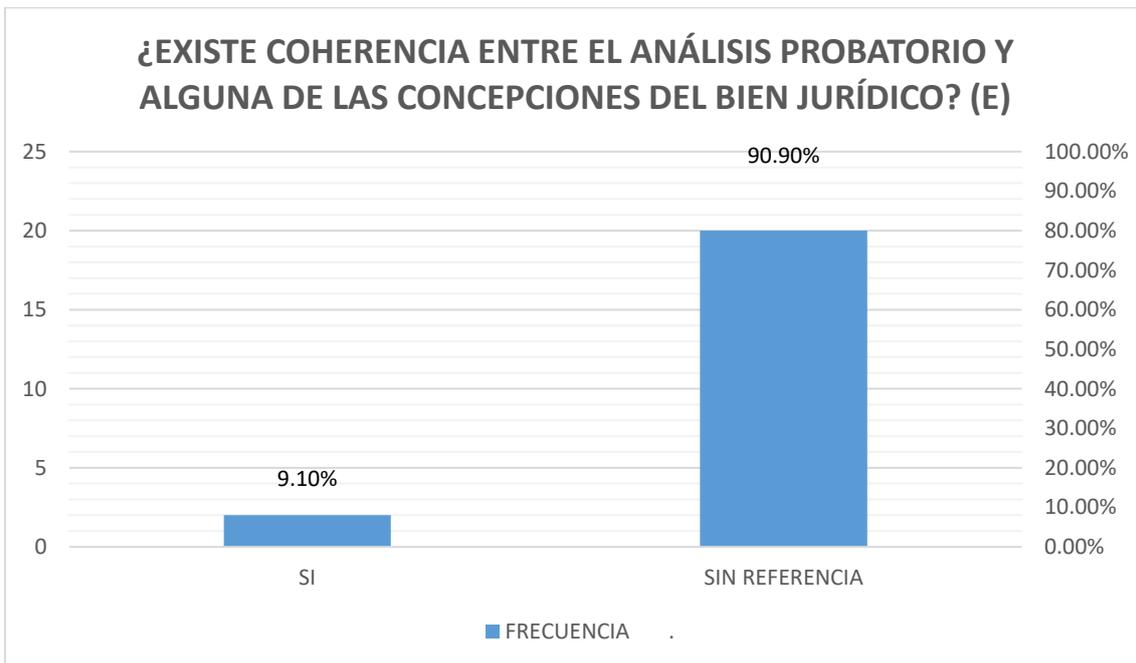


Figura 13. ¿Existe coherencia entre el análisis probatorio y alguna de las concepciones del bien jurídico? (E).

Asimismo, la investigación considero la relación entre el análisis probatorio y su coherencia con el concepto del bien jurídico reseñado en la sentencia. Del total de sentencias analizadas solo el 27% presenta análisis probatorio la cuales, en su primera mención, guardan total coherencia con el concepto de bien jurídico. No obstante,

únicamente un 22% presenta por segunda vez análisis probatorio. Ahora, se tiene además sentencias que presentan análisis probatorio teniendo como sustento de ello tres, cuatro y hasta cinco pruebas en un porcentaje de 18.2%, 13.6% y 9.1% respectivamente. En todos estos casos, sumando también aquellas sentencias que presentan análisis probatorio de dos pruebas, existe coherencia con el bien jurídico. Sin embargo, es de advertir que la gran mayoría de sentencias no presenta análisis probatorio, sumando estas más de las dos terceras partes del total, lo cual refuerza la idea inicial de que existe una incorrecta aplicación del principio de lesividad en las sentencias de peculado.

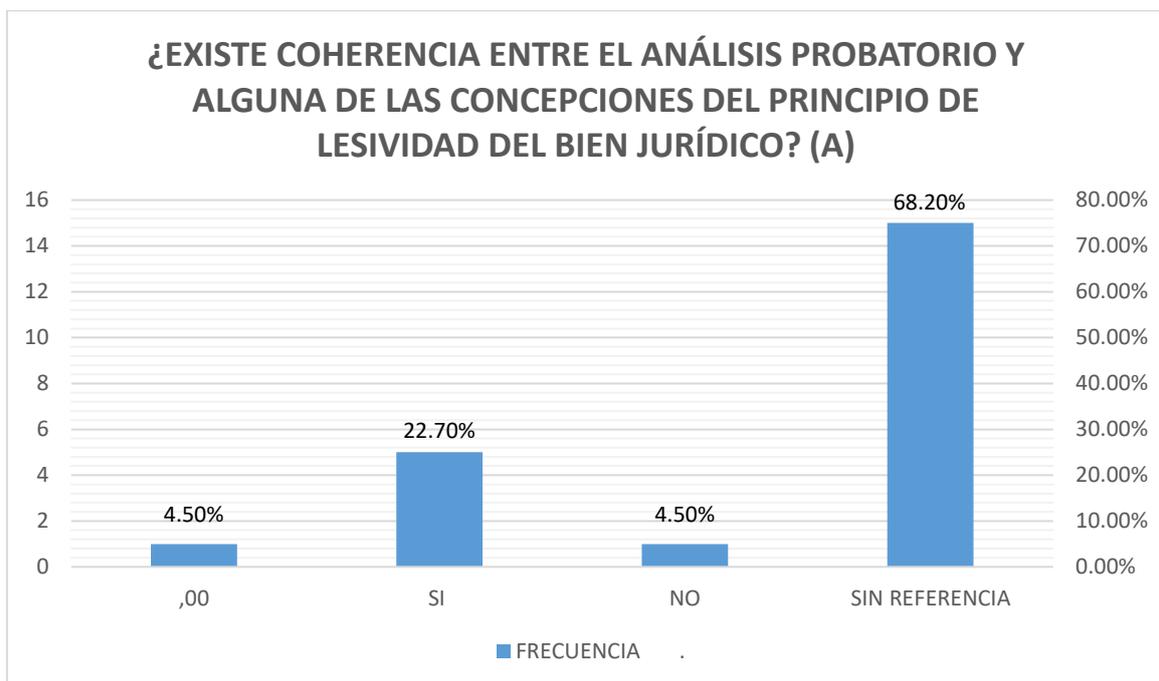


Figura 14. ¿Existe coherencia entre el análisis probatorio y alguna de las concepciones del principio de lesividad del bien jurídico? (A).

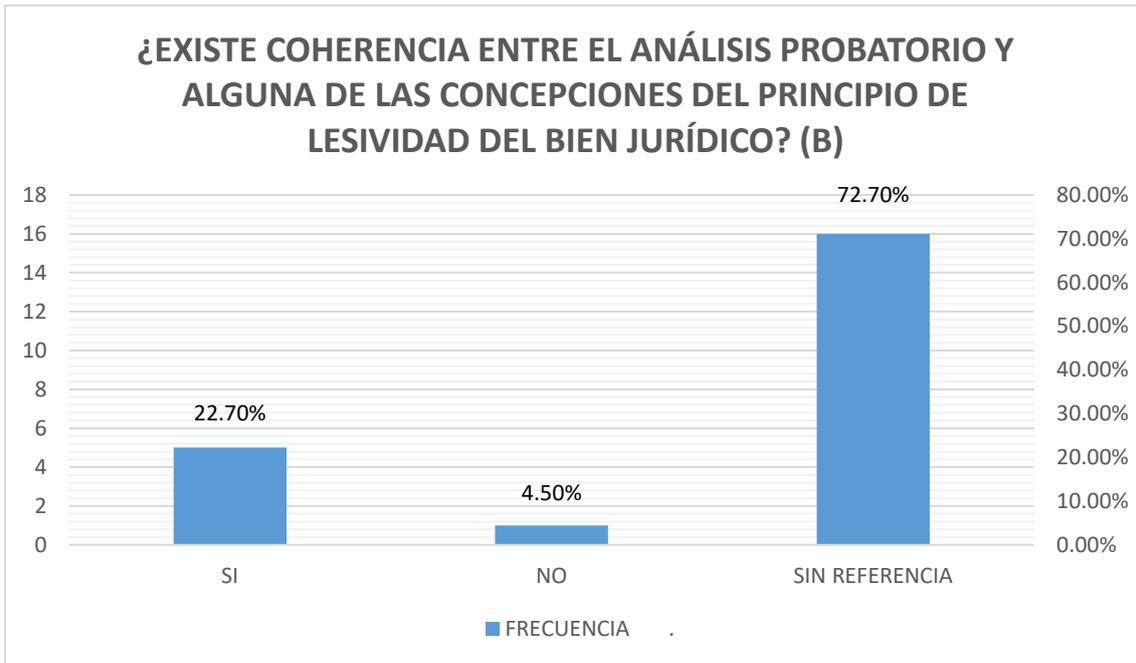


Figura 15. ¿Existe coherencia entre el análisis probatorio y alguna de las concepciones del principio de lesividad del bien jurídico? (B).

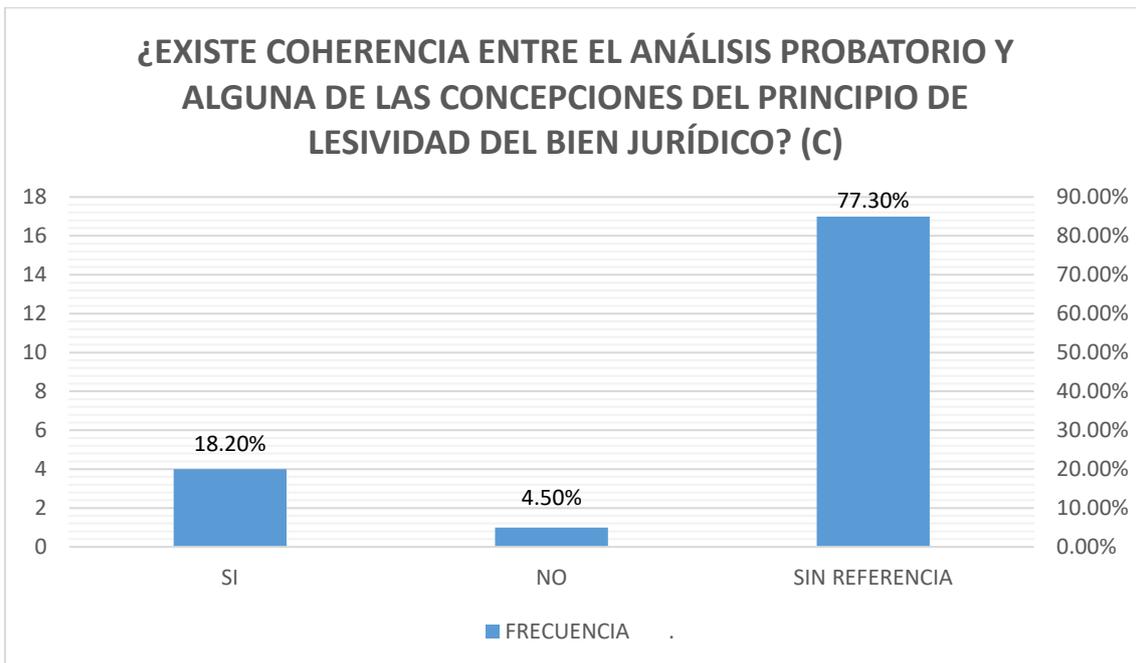


Figura 16. ¿Existe coherencia entre el análisis probatorio y alguna de las concepciones del principio de lesividad del bien jurídico? (C).

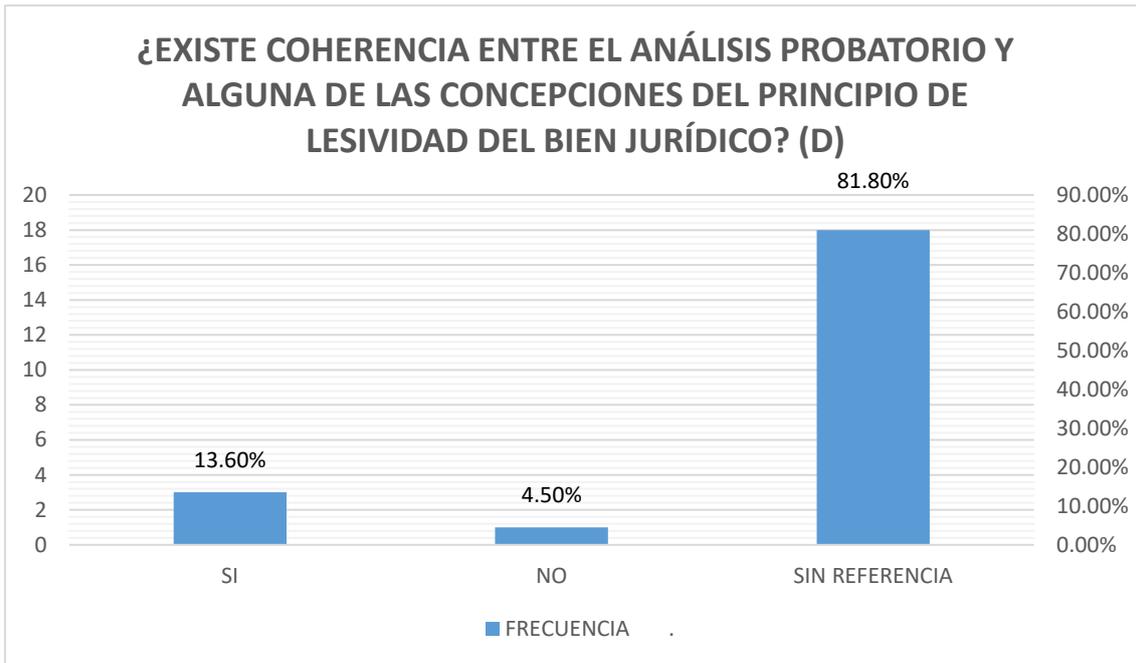


Figura 17. ¿Existe coherencia entre el análisis probatorio y alguna de las concepciones del principio de lesividad del bien jurídico? (D).

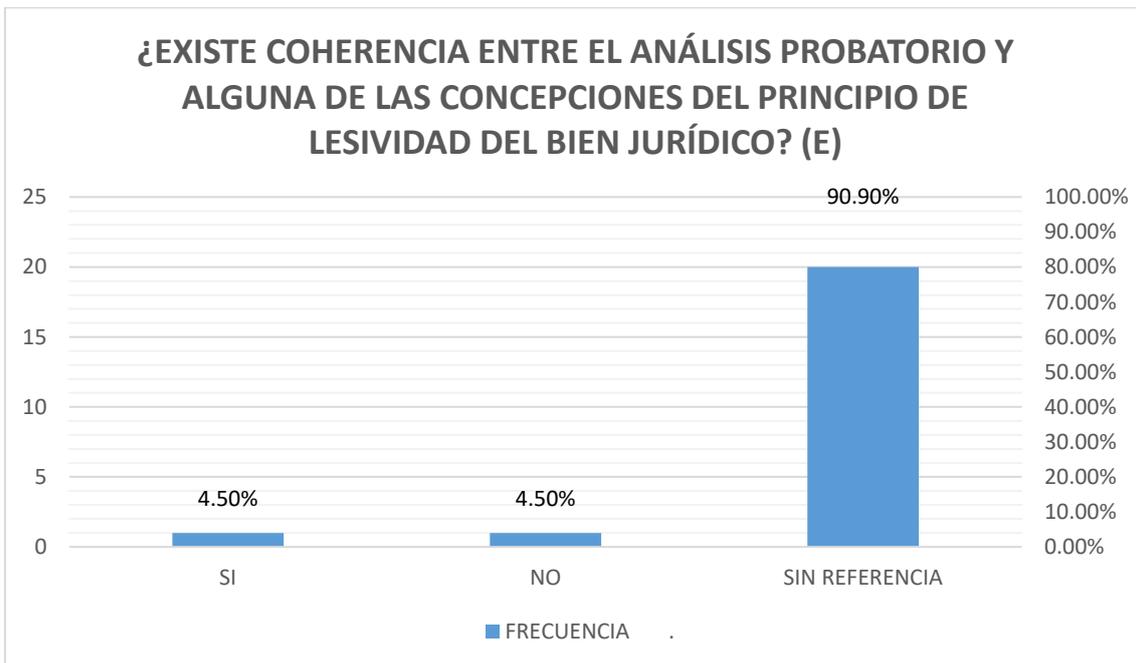


Figura 18. ¿Existe coherencia entre el análisis probatorio y alguna de las concepciones del principio de lesividad del bien jurídico? (E).

Otro punto que también se consideró, fue el relacionado al análisis probatorio que el Juez en la sentencia realizó para determinar la lesión del bien jurídico del delito de peculado, es decir, si el Juez valoró prueba alguna que le permita concluir si efectivamente se lesionó o no se lesionó el bien jurídico. En ese entendido, se identificó que solo en algunas

sentencias existió un grado de análisis. Así tenemos, que el porcentaje de sentencias que valoró una sola prueba fue del 22.7%, las sentencias que valoraron dos pruebas fueron del 22.7%, las sentencias que valoraron tres pruebas fueron de 18.2%, las sentencias que valoraron cuatro pruebas fueron del 13.6% y las sentencias que valoraron cinco pruebas fueron del 4.5%. Ahora estos porcentajes responden solo a aquellos análisis que guardan una coherencia con los conceptos de bien jurídico y principio de lesividad, pues en un grado menor existen sentencias que realizan un análisis probatorio que no guardan coherencia y estos se representan en un porcentaje de 4.5%; es decir, hay sentencias que valoraron una sola prueba, dos pruebas, tres pruebas, cuatro pruebas y cinco pruebas, pero el porcentaje siempre es 4.5%

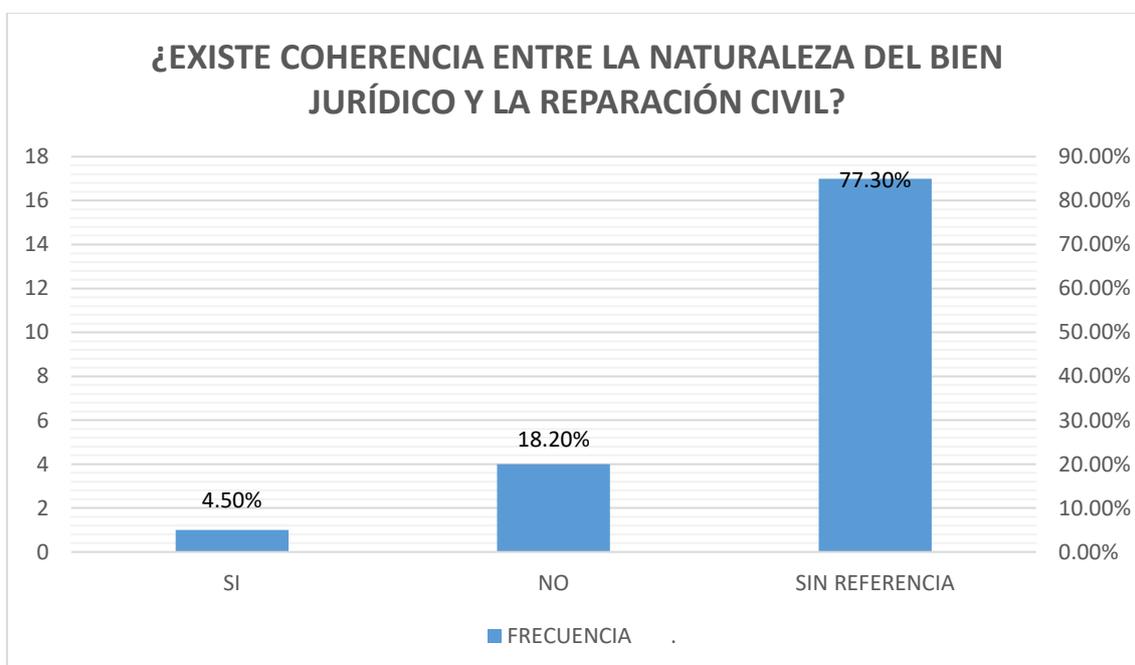


Figura 19. ¿Existe coherencia entre la naturaleza del bien jurídico y la reparación civil?

De esta data es preciso aclarar que sólo en cinco sentencias -analizadas- desarrollan lo relacionado a la reparación civil, siendo cuatro de estas condenatorias y una absolutoria. Entonces es claro que la reparación civil es un tema que se aborda, en la mayoría de los casos, cuando se va a condenar, aunque, como se hace notar, no es exclusivo de éstas. Aclarado ello, empecemos a determinar por qué se concluye que no hay coherencia entre el bien jurídico y la reparación civil, para lo cual tomaremos como ejemplo lo contenido en la sentencia que corresponde al Expediente N° 793-2017-21-2801-JR-PE-03, en donde a continuación se transcribe lo pertinente a la reparación civil para nuestro análisis:

6.2.1. En el presente caso materia de juzgamiento, el bien jurídico lesionado está referido al normal desenvolvimiento de la administración pública y la buena imagen institucional, que no resulta ser cuantificable y valorable económicamente y estando a los principios de razonabilidad y proporcionalidad del hecho debatido se considera que este debe ascender a la suma de S/. 1,000.00 Un Mil Soles a favor del Agraviado Municipalidad Distrital de Ubinas, representada por la Procuraduría Pública Anticorrupción de Moquegua.

Lo primero que se puede observar es que el bien jurídico está representando por los intereses “normal desenvolvimiento de la administración pública” y “buena imagen institucional” y esto no tendría nada de raro si no fuera porque en una primera parte, es decir en considerandos previos de la sentencia, se dice o se menciona a otros intereses tales como a) Garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública; y, b) Evitar el abuso de poder del que se halle facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad. Entonces si se pretende iniciar desde el bien jurídico para establecer la reparación civil y éste se contradice con el que inicialmente se propuso, es claro que el fruto de ello será incoherente y pasible de cuestionamiento. Por lo que, teniendo como muestra la sentencia analizada, se tiene que son mayoría aquellas sentencias que, de manera similar o con sus rasgos particulares, presentan incoherencia entre en el bien jurídico y el desarrollo de la reparación civil.

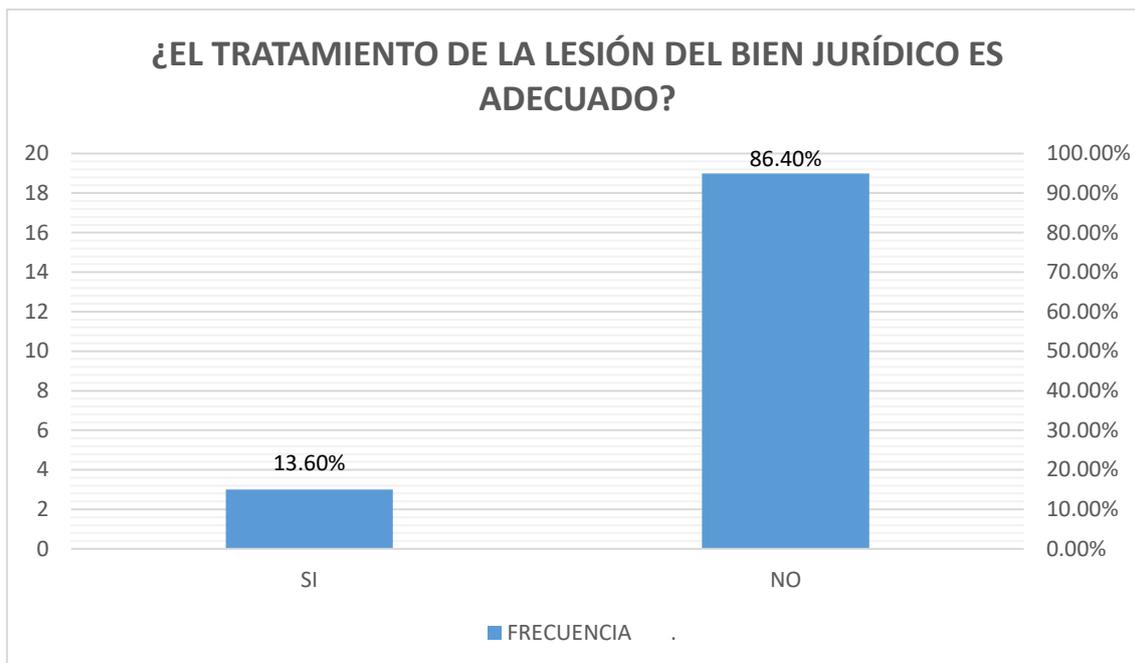


Figura 20. ¿El tratamiento de la lesión del bien jurídico es adecuado?

Con todo lo analizado hasta el momento y observando la data que este cuadro nos proporciona, es claro que lo único que se evidencia es el mayoritario número de sentencias en donde el tratamiento del bien jurídico es inadecuado, siendo estas 19 sentencias de un total de 22 sentencias analizadas. En definitiva, los resultados que acá se comentan solo pone la cereza a lo que ya se venía advirtiendo respecto al tratamiento del análisis de la lesión del bien jurídico del delito de peculado.

4.3.3 El tratamiento del bien jurídico en los operadores de justicia de Moquegua.

Finalmente tenemos los datos que se presentan a continuación, los cuales fueron obtenidos en observancia de la variable independiente de estudio “Ambigüedad en torno al bien jurídico protegido en los operadores de justicia”. Por tal motivo, se ha aplicado encuestas a los jueces encargados de emitir las sentencias de primera instancia ya sea de manera unipersonal o colegiada, a sus asistentes (jurisdiccionales) y por el lado Ministerio Público a los fiscales y asistentes de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Moquegua; estructurando las interrogantes en identificar al encuestado primero, establecer su grado de conocimiento segundo y obtener información directamente relacionado a la variable tercero.

Tabla 13 Usted se desempeña como

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido Asistente del Ministerio Público	23	50,0	50,0	50,0
Asistente del Poder Judicial	5	10,9	10,9	60,9
Fiscal	16	34,8	34,8	95,7
Juez	2	4,3	4,3	100,0
Total	46	100,0	100,0	

Del total de encuestados, el 50 % son asistentes del Ministerio Público, el 34,8 % son Fiscales, el 10,9 % asistentes del Poder Judicial y el 4,3 % son Jueces; es decir, la gran mayoría de los encuestados provienen del Ministerio Público. Esto se explica en razón que en la ciudad de Moquegua existe una Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción. Sin embargo, lo resaltante es que se ha abarcado a los dos operados de justicia con mayor trascendencia en un proceso penal: el Poder Judicial y el Ministerio Público; lo cual a todas luces nos permitirá obtener información de calidad.

Tabla 144 Señale el último grado académico alcanzado

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido Bachiller	18	39,1	39,1	39,1
Doctor	1	2,2	2,2	41,3
Licenciado	20	43,5	43,5	84,8
Magíster	7	15,2	15,2	100,0
Total	46	100,0	100,0	

Los resultados que se muestran en esta tabla nos permiten identificar que la mayoría de los encuestados son licenciados (43,5 %), en un segundo orden tenemos que el 39,1 % son bachilleres, 15,2 % son magísteres y sólo un 2,2 % son doctores. Al final resalta que

todos los encuestados ya cuentan con estudios universitarios concluidos, por lo tanto, son personas profesionales.

Tabla 15 ¿Alguna vez se capacitó sobre temas de delitos contra la administración pública?

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido No	2	4,3	4,3	4,3
Si	44	95,7	95,7	100,0
Total	46	100,0	100,0	

Profundizando un poco más en la preparación académica especializada de los encuestados, podemos ver que casi la totalidad de los encuestados (95,7 %) no son legos –por decirlo de alguna manera– en delitos contra la administración pública. Por tanto, tienen conocimientos del delito de peculado doloso que se encuentra tipificado en el artículo 387° del Código Procesal Penal.

Tabla 16 Señale en qué artículo del CP se encuentra el tipo base de Delito de Peculado Doloso

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido 387,00	46	100,0	100,0	100,0

Todos los encuestados identifican claramente que la forma base del delito de peculado se encuentra ubicado en el artículo 387° del Código Penal. Entonces primariamente podemos deducir que no es un tema ajeno a su labor.

Tabla 17 Señale entre las siguientes opciones, a quiénes se consideran como SUJETOS ACTIVOS del delito de peculado doloso por apropiación

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido Funcionarios públicos	3	6,5	6,5	6,5
Funcionarios públicos y sujetos particulares	1	2,2	2,2	8,7
Funcionarios públicos, servidores y funcionarios público	1	2,2	2,2	10,9
Servidores y funcionarios públicos	41	89,1	89,1	100,0
Total	46	100,0	100,0	

Cuando se consulta quienes son los sujetos activos de delito de peculado, los resultados muestran que el 89.1% identifica sin problema que éstos son el funcionario o servidor público, pero también tenemos en menor porcentaje un grupo de encuestados que no lo hacen correctamente, lo cual evidencia ambigüedad en un aspecto tan básico del delito de peculado.

Tabla 18 Indique a quién se considera como SUJETO PASIVO del delito de peculado doloso por apropiación

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido Estado	46	100,0	100,0	100,0

Ahora cuando se consulta acerca del sujeto pasivo de delito de peculado doloso por Apropiación, los resultados muestran que la totalidad de los encuestados responden correctamente al señalar que es el Estado, situación que es un poco extraña si tenemos en cuenta que no sucedió lo mismo cuando la consulta se hizo por el sujeto activo.

Tabla 19 ¿Cuáles son las modalidades del delito de peculado previsto en el Art. 387° CP?

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido Apropiación	4	8,7	8,7	8,7
Doloso	2	4,3	4,3	13,0
Doloso y Culposo	40	87,0	87,0	100,0
Total	46	100,0	100,0	

Los resultados a la interrogante planteada muestran que, la mayoría (87%) respondió correctamente, pero de nuevo no es la totalidad y la pregunta sólo se hizo sobre un aspecto básico del delito cuya respuesta la podemos encontrar en la misma redacción del tipo penal.

Tabla 150 ¿Cuáles son las conductas típicas del delito de peculado doloso previsto en el Art. 387° CP?

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido Apropiación y utilización	37	80,4	80,4	80,4
De uso y apropiación	9	19,6	19,6	100,0
Total	46	100,0	100,0	

Acá ya podemos identificar un problema, pues si bien la mayoría (80%) respondió correctamente, preocupa que casi el 20 % de los encuestados no lo hayan hecho ante un aspecto tan básico del delito de peculado doloso que se encuentra previsto expresamente en el tenor del artículo 387° del Código Penal.

Tabla 16 ¿Cuál es el instrumento emitido por la Corte Suprema que desarrolla la estructura típica del delito de peculado doloso?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Acuerdo Plenario Nro. 04-2005/CJ-116	44	95,7	95,7	95,7
	Acuerdo Plenario Nro. 08-2012/CJ-120	1	2,2	2,2	97,8
	Casación Nro. 1004-2017/Moquegua	1	2,2	2,2	100,0
	Total	46	100,0	100,0	

En este caso, casi la totalidad de los encuestados identifican correctamente que el instrumento en donde la Corte Suprema desarrolla la estructura típica del delito de peculado doloso es el Acuerdo Plenario Nro 04-2005/CJ-116, además en dicho instrumento se aborda al bien jurídico de dicho delito.

Tabla 17 Según el Acuerdo Plenario Nro.04-2005/CJ-116 el BIEN JURÍDICO PROTEGIDO en el delito de peculado doloso es

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	El correcto funcionamiento de la administración pública	11	23,9	23,9	23,9
	Garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública	1	2,2	2,2	26,1
	Garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública y evitar el abuso de poder del que se haya facultado el funcionario o servidor público, resguardando así los deberes funcionales de lealtad y probidad	34	73,9	73,9	100,0
	Total	46	100,0	100,0	

Sin embargo, y en contraposición a los resultados del cuadro anterior, podemos advertir que ante la cuestión de que si los encuestados reconocen cual es el bien jurídico protegido -uno de los temas centrales de esta investigación- del delito de peculado doloso que el Acuerdo Plenario Nro 04-2005/CJ-116 señala, tenemos que sólo el 73,9% responde correctamente que, si bien es la mayoría, preocupa que el 26,1% no lo haga, más aún si tenemos en cuentas que los operadores jurídicos –encuestados- casi en su totalidad se han capacitado en temas de delitos contra la administración pública.

Tabla 23 Según la respuesta anterior ¿Usted comparte la posición del Acuerdo Plenario Nro. 04-2005/CJ-116?

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido No	3	6,5	6,5	6,5
Si	43	93,5	93,5	100,0
Total	46	100,0	100,0	

En la repuesta anterior vimos que no todos habían identificado correctamente la posición que el Acuerdo Plenario Nro 04-2005/CJ-116 manifestaba respecto al bien jurídico protegido del delito de peculado doloso, si bien la mayoría respondió correctamente otros no lo hicieron así. Sin embargo, este cuadro nos muestra que más del 90% de los encuestados está de acuerdo con lo manifestado por el acuerdo plenario referido. Ahora es claro que un grupo de los encuestados parten de una concepción errónea para decir que están de acuerdo con lo manifestado por el Acuerdo Plenario.

Tabla 184¿Considera usted necesario el perjuicio patrimonial para que se configure el delito de peculado doloso?

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido No	22	47,8	47,8	47,8
Si	24	52,2	52,2	100,0
Total	46	100,0	100,0	

Entremos en contexto, sabido es que el bien jurídico del delito de peculado está expresamente descrito en el Acuerdo Plenario N°4-2005/CJ-116, sin embargo y a pesar de ello, todavía existe dudas y pocas certezas de lo que realmente debe entenderse por éste. Prueba de ello es el debate que se genera cuando se habla del perjuicio económico en la configuración del delito de peculado, unos sostienen que si es necesario y otros no, los fundamentos son diversos. En el presente cuadro podemos ver que se confirma lo relacionado al perjuicio económico, pues las posiciones están casi emparejadas; por un lado, tenemos que el 47,8 % de los encuestados no consideran necesario el perjuicio patrimonio, pero en el otro extremo, con una pequeña diferencia, tenemos que el 52,2% si lo consideran necesario. Ante tal escenario sólo se confirma que los operadores

jurídicos no tienen una concepción clara de lo que debe entenderse por bien jurídico del delito de peculado doloso lo cual genera un tratamiento ambiguo de este.

Tabla 25 ¿Considera que es necesaria la actuación de la pericia contable para determinar la comisión del delito de peculado doloso?

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido No	21	45,7	45,7	45,7
Si	25	54,3	54,3	100,0
Total	46	100,0	100,0	

Si ya anteriormente se ha visto que la posición acerca del perjuicio patrimonial en la configuración del delito de peculado doloso es dividida, acá, con los resultados de este cuadro, se confirma dicha división; pues se tiene que el 45,7% de los encuestados no consideran necesario la actuación de una pericia contable para determinar la comisión del delito de peculado doloso que en buena cuenta representaría aquellos que no ven necesario el perjuicio patrimonial y 54,3% de los encuestados consideran que si es necesario su actuación que en buena cuenta representaría a los que si ven necesario el perjuicio patrimonial. Al final sólo volvemos a confirmar que los operadores jurídicos no tienen una concepción clara de lo que debe entenderse por bien jurídico del delito de peculado doloso lo que genera un tratamiento ambiguo de este.

Tabla 19 En base a las respuestas señaladas ¿A qué teoría sobre el bien jurídico del delito de peculado se adscribe?

	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido Teoría de la infracción de deberes propios de la Función	22	47,8	47,8	47,8
Teoría patrimonialista clásica	2	4,3	4,3	52,2
Teoría patrimonialista funcional	6	13,0	13,0	65,2
Teoría pluriofensiva	16	34,8	34,8	100,0
Total	46	100,0	100,0	

Finalmente, de los resultados obtenidos se tiene que los operadores jurídicos encuestados se adscriben a diferentes teorías, no siendo ninguna de estas mayoritaria. Así tenemos, que el 47,8% de los operadores jurídicos se adscriben a la teoría de la infracción de deberes propios de la función, el 34,8% a la teoría pluriofensiva, el 13% a la teoría patrimonialista funcional y el 4,3% a la teoría patrimonialista clásica. Con esta información sólo se confirma lo variado de las concepciones del bien jurídico del delito de peculado doloso en los operadores de jurídicos y por tanto lo ambiguo de su tratamiento.

4.4. COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

En la presente sección nos avocaremos en corroborar si las hipótesis –general y específicas- planteadas están debidamente comprobadas. Para lo cual tomaremos los resultados obtenidos de los instrumentos de investigación que se han expuesto anteriormente y haremos la interpretación de los mismos.

4.4.1. Hipótesis General

“Los factores de la deficiente uniformidad de la jurisprudencia y la ambigüedad en torno al bien jurídico protegido en los operadores de justicia, conllevan en alta medida, a la

incorrecta aplicación del principio de lesividad en las sentencias de delito de peculado doloso de primera instancia de la Corte Superior de Justicia de Moquegua en el año 2018”.

De acuerdo a los gráficos expuestos es evidente que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia presenta signos de poca uniformidad, esto al verificarse del grupo de sentencias analizadas que no existe una posición teórica uniforme respecto del bien jurídico, muy por el contrario, tenemos que el 30 % acoge la teoría pluriofensiva, el 40 % la teoría clásica patrimonialista, el 20 % la teoría patrimonialista funcional y el 10 % no manifiesta ninguna posición. Donde también se verifica la poca uniformidad es en la exigencia de la pericia contable para acreditar la comisión del delito de peculado doloso, por un lado, tenemos sentencias que están a favor de su actuación obligatorio y por el otro, sentencias que señalan que normativamente no se exige el perjuicio patrimonial del Estado.

Así también, los operadores de justicia tienen problemas a la hora de identificar el bien jurídico del delito de peculado doloso. Esto al verificarse que el 26,1 % de los encuestados equivoca su respuesta al consultarles por el bien jurídico que el Acuerdo Plenario Nro 4-2005-CJ-116 reconoce para el delito de peculado doloso, preocupando más aún cuando el 90 % de los encuestados está de acuerdo con dicha posición. Los resultados también muestran que no existe mayorías marcadas cuando se consulta por el perjuicio patrimonial y la actuación de la pericia contable, pues un 52,2 % y un 54,3 % respectivamente están a favor de que debe existir perjuicio patrimonial que debe probarse mediante una pericia contable para acreditar el delito, lo cual denota una posición a favor de ver al patrimonio estatal como el bien jurídico, pero como ya se advirtió existe operadores que no ven necesario ello y representan casi la mitad de los encuestados. Al final vemos que la ambigüedad también se confirma cuando obtenemos que el 47,8% de los operadores jurídicos se adscriben a la teoría de la infracción de deberes propios de la función, el 34,8% a la teoría pluriofensiva, el 13% a la teoría patrimonialista funcional y el 4,3% a la teoría patrimonialista clásica, esto es, no se tiene una amplia postura por alguna de las teorías y, aún peor, se evidencia contradicción porque estos mismos encuestados en un porcentaje del 90 % han manifestado estar a favor de la posición teórica del acuerdo plenario citado líneas arriba.

Con todo lo visto y luego del análisis hecho a los resultados obtenidos es concluyente afirmar desde las conclusiones de las hipótesis específicas que la hipótesis general ha sido comprobada.

4.4.2. Primera Hipótesis Específica

“La aplicación del principio de lesividad en las sentencias de delito de peculado doloso de Primera Instancia de la Corte Superior de Justicia de Moquegua en el año 2018, es incorrecto”.

Conforme al resultado obtenido de la aplicación de la guía de revisión documental a las 22 sentencias de peculado doloso de Primera Instancia de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, tenemos lo siguiente: En un primer momento se advierte que un 63,6 % de las sentencias analizadas manifiesta una posición en favor de la teoría pluriofensiva del bien jurídico del delito de peculado doloso y un 36,4 % -las sentencias restantes- una posición a favor de la teoría patrimonialista funcional, es decir, no existe un criterio uniforme del bien jurídico a pesar que existe el Acuerdo Plenario N° 4-2005-CJ-116 que delimita expresamente ello. Lo cual sólo nos permite sostener que los Jueces –un sector- ya no están de acuerdo con la visión que se tuvo al momento de emitir el acuerdo plenario.

Ahora, del total de sentencias analizadas, tenemos que dos de estas presentan un dato interesante, pues si bien se puede interpretar que se adscriben a la teoría pluriofensiva, identificamos también que los intereses pluriofensivos no son los mismos. Por ejemplo, en la sentencia del Expediente N° 793-2017-21-2801-JR-PE-03 se tiene que las dos primeras referencias al interés protegido comprenden: a) Garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública; y, b) Evitar el abuso de poder del que se halle facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad; y, en la tercera referencia se hace alusión a a) al normal desenvolvimiento de la administración pública y b) la buena imagen institucional. Del mismo modo sucede en la sentencia contenida en el Expediente N° 200-2010-82-2801-JR-PE-03. Entonces cómo se va a determinar la lesión de estos intereses si existe una contradicción entre los mismo o en el mejor de los casos un número abultado de intereses que lesionar para configurar el delito de peculado doloso.

De otro lado, tenemos que el 72,7 % de las sentencias estudiadas –la gran mayoría- no realizan un análisis probatorio para identificar el bien jurídico, esto es, primero no realiza

un análisis que permita identificar para el caso en concreto que representa al bien jurídico, lo cual debería estar acorde con la posición que el justiciable tiene teóricamente de éste y segundo no se verifica si existió la lesión del mismo. Ahora de las sentencias donde si existe un análisis probatorio (22,7 %) constatamos que sólo 5 de un total de 6 lo hacen correctamente. En definitiva, tenemos que 17 sentencias no realizan un correcto desarrollo del principio de lesividad.

Por lo que, de lo analizado en los párrafos precedentes, empezando que no existe una posición uniforme del bien jurídico del delito de peculado doloso, luego que el análisis probatorio para identificar al bien jurídico y su lesión para el caso en concreto es mínimo al punto que sólo en 5 sentencias de las 22 estudiadas presenta una correcta aplicación del principio de lesividad. Entonces podemos concluir que la presente hipótesis ha sido comprobada.

4.4.3. Segunda Hipótesis Específica

“La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en torno al delito de peculado doloso es poco uniforme”.

De acuerdo al resultado obtenido de la aplicación de la guía de revisión documental a las 10 sentencias de la Corte Suprema de Justicia, tenemos lo siguiente: De estas 10 sentencias tenemos que 7 corresponden a recursos de nulidad y 3 a casaciones. Asimismo, lo homogéneo –aparte de abordar el delito de peculado doloso- de las sentencias analizadas es que desarrollan –cada una- el tema de la relación de la pericia contable en el delito de peculado doloso. Esto se hizo con el objeto de reducir el amplio universo de resoluciones supremas que desarrollan el delito de peculado doloso y también porque la jurisprudencia se ha pronunciado respecto a ello –no uniformemente- en reiteradas oportunidades.

Ahora se observa que, respecto a la posición teórica del bien jurídico, el 30 % acoge la teoría pluriofensiva, el 40 % la teoría clásica patrimonialista, el 20 % la teoría patrimonialista funcional y el 10 % no manifiesta ninguna posición. Respecto al primer grupo, por poner ejemplo, tenemos lo señalado en el Recurso de Nulidad N°1211-2016 Apurímac, en uno de sus fundamentos:

3.3. (...) se estableció como doctrina legal que el delito de peculado es un delito pluriofensivo, en el cual su bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos: “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 que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad.*”

Respecto al segundo grupo tenemos el Recurso de Nulidad N° 158-2017 Ancash, que dentro de sus fundamentos señala:

4.3. Se debe precisar que para la configuración del delito de peculado es necesario que con la conducta de apropiación o utilización de los bienes público, desplegada por parte del agente, se haya causado perjuicio al patrimonio del Estado o una entidad estatal, aspecto que resulta importante.

Y respecto al tercer grupo tenemos el Recurso de Nulidad N° 484-2014 Ayacucho, que dentro de sus fundamentos señala:

Dicho en otros términos, el bien jurídico en este peculiar tipo penal estaría así dado por el interés jurídico penal de asegurar conminatoriamente la correcta gestión-administración de determinados patrimonios particulares asociados a finalidades públicas.

Es decir, no existe una posición uniforme respecto al bien jurídico en las resoluciones analizadas, lo cual a todas luces trae complicaciones para las instancias inferiores, máxime si se tiene en cuenta que ninguna de las analizadas tiene efecto vinculante. Se suma a esto la divergencia que también se da al momento de exigirse como prueba necesaria la pericia contable para acreditar el perjuicio patrimonial, pues tenemos por un lado lo fundamentado en el Recurso de Nulidad N° 287-2013 Puno:

3.3. Sexto: Asimismo, en las conclusiones del informe pericial contable (...) no se evidencia perjuicio económico ocasionado por los procesados (...) no siendo esto concluyente para dar luces si con dicha acción se configura un perjuicio patrimonial al Estado y, por lo tanto, la gesta del delito materia de análisis.

Y por otro lado lo fundamentado –en sentido contrario- en la Casación N° 282-2018 Lambayeque:

Tanto más si el tipo penal de peculado, normativamente no exige la acreditación del perjuicio patrimonial del Estado, toda vez que este es intrínseco a la apropiación o empleo de bienes públicos con fines privados

Entonces a la luz de los resultados obtenidos podemos concluir que efectivamente la hipótesis que sostiene que “La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en torno al delito de peculado doloso es medianamente uniforme” está debidamente comprobada

4.4.4. Tercera Hipótesis Específica

“El tratamiento del bien jurídico protegido es altamente ambiguo en los operadores de justicia, respecto del delito de peculado doloso en el Distrito Judicial de Moquegua”

Conforme los resultados obtenidos de la aplicación de encuestas a operadores de justicia, tenemos que: el 50 % son asistentes del Ministerio Público, el 34,8 % son Fiscales, el 10,9 % asistentes del Poder Judicial y el 4,3 % son Jueces. Ahora, de este grupo de encuestados vemos que casi la totalidad (95,7 %) se ha capacitado en delitos contra la administración pública. Sin embargo, cuando se hace la consulta por un aspecto básico como las conductas típicas del delito de peculado doloso, obtenemos que el 19,6 % responde incorrectamente.

Por otro lado, vemos como el 26,1 % de los encuestados no identifica correctamente cual es el bien jurídico del delito de peculado doloso que el Acuerdo Plenario Nro 04-2005/CJ-116 ha definido y que es de observancia obligatoria; y más aún, el 90 % de los encuestados está de acuerdo con la posición del acuerdo plenario, es decir, hay un grupo que parte de una concepción errónea para decir que están de acuerdo, lo cual sólo denota ambigüedad de los operadores de justicia.

Siguiendo, tenemos que la posición respecto al perjuicio patrimonial está dividida, pues el 47,8 % considera que no es necesario para que se configure el delito de peculado doloso, pero el 52,2 % considera que si debe haber perjuicio patrimonial. Del mismo modo, cuando se hace la consulta por la actuación de la pericia contable, se obtiene que el 45,7 % no ve necesario actuar esta prueba para determinar la comisión del delito en estudio y un 54,3 % sostiene que si es necesario. Porcentajes similares a la cuestión del perjuicio patrimonial. Los resultados descritos nos permiten ver que los operadores de justicia están divididos al momento de relacionar el bien jurídico con el perjuicio del patrimonio estatal.

Al final cuando se consulta por la teoría a la cual se adscriben obtenemos diferentes posiciones, así el 47,8 % son partidarios de la “Teoría de la Infracción de Deberes Propios de la Función”, el 38,4 % son partidarios de la “Teoría Pluriofensiva, el 13 % de la “Teoría Patrimonialista Funcional” y el 4,3 % de la “Teoría Patrimonialista Clásica”, es decir, no existe una posición marcadamente mayoritaria. Ahora es preciso recordar que el 90 % de los encuestados estaba de acuerdo con la posición del Acuerdo Plenario Nro 04-2005/CJ-116, sin embargo, ello ahora no se refleja puesto que sólo el 38,4 % está a favor de dicha teoría. En definitiva, podemos comprobar que el bien jurídico en los operadores es altamente ambiguo empezando porque no se identifica correctamente éste y porque no existe una posición uniforme ni mayoritaria.

CAPITULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. CONCLUSIONES

1) Conforme la revisión de las sentencias de peculado doloso de Primera Instancia de la Corte Superior de Justicia de Moquegua del año 2018, se puede concluir que la aplicación del principio de lesividad no es el correcto, esto básicamente porque las sentencias no basan su análisis en un mismo bien jurídico, pues del total de estas solo el 63,6% aplica el bien jurídico pluriofensivo y el restante 36,4% aplica el bien jurídico patrimonialista funcional. Ahora, dentro del porcentaje de sentencias que utilizan el bien jurídico pluriofensivo tenemos que en dos de ellas adicionan intereses que el Acuerdo Plenario N° 4-2005-CJ-116 no reconoció, como son el normal desenvolvimiento de la administración pública y la buena imagen institucional. Sumado a lo anterior, también tenemos que el 72,7% de las sentencias no hacen el análisis probatorio para, primero identificar el bien jurídico y segundo para determinar si este se lesionó,

2) De acuerdo a la revisión de las resoluciones supremas (Casaciones y Recursos de Nulidad), se comprueba claramente que existe una poca uniformidad en la jurisprudencia suprema respecto del delito de peculado. Primero, porque se verifica que no existe uniformidad al momento de enunciar el bien jurídico del delito de peculado doloso, pues de los resultados obtenidos se observa que el 30 % acoge la teoría pluriofensiva, el 40 % la teoría clásica patrimonialista, el 20 % la teoría patrimonialista funcional y el 10 % no manifiesta ninguna posición. Segundo, porque también la Cortes Suprema no se pone de acuerdo respecto a la valoración de la prueba pericial contable para este delito, pues por un lado se dice que este delito no precisa de acreditación del perjuicio económico y por otro lado se afirma que al no evidenciarse perjuicio económico no se configuraría este delito.

3) En relación a los resultados obtenidos de las encuestas aplicadas a los operadores de justicia tales como: Jueces Unipersonales, Asistentes Jurisdiccionales, Fiscales y Asistentes del Ministerio Público; se ha comprobado que el tratamiento del bien jurídico protegido es altamente ambiguo en los operados de justicia. Esto debido a que una tercera parte de los encuestados contradicen su posición cuando se verifica que, a pesar de no

identificar el bien jurídico del delito de peculado doloso que el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116 establece, manifiestan en un porcentaje del 90% estar de acuerdo con éste, suma a esto el hecho de que solo el 38,4% dicen adscribirse a la teoría pluriofensiva, entonces el restante de los encuestados son partidarios de otra teoría, sin embargo dicen estar de acuerdo con el acuerdo plenario. Otra posición encontrada, al igual que en la Corte Suprema, que denota la ambigüedad del bien jurídico en los operadores de justicia tiene que ver con el perjuicio patrimonial y la actuación de la prueba pericial contable, pues no hay consenso en ello. Así tenemos que el 47,8 % considera que no es necesario para que se configure el delito de peculado doloso, pero el 52,2 % considera que si debe haber perjuicio patrimonial; y respecto a la pericia contable el 45,7 % no ve necesario actuar esta prueba para determinar la configuración del delito de peculado y un 54,3 % sostiene que si es necesario.

4) Entonces habiendo concluido que existe poca uniformidad de la jurisprudencia de la Corte Suprema y una alta ambigüedad en torno al bien jurídico protegido en los operadores de justicia, nos permite afirmar que estos son los factores que conllevan en alta medida, a la incorrecta aplicación del principio de lesividad en las sentencias de delito de peculado doloso de primera instancia de la Corte Superior de Justicia de Moquegua en el año 2018.

5) Finalmente, es importante advertir una situación que es constante, la manera como se ha venido tratando al bien jurídico del delito de peculado, más precisamente el contenido que se le ha dado. Conforme el Acuerdo Plenario Nro 04-2005/CJ-116, el bien jurídico del delito de peculado es pluriofensivo, es decir, está representado por el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública y por evitar el abuso de poder del funcionario o servidor público. Sin embargo, de las hipótesis específicas planteadas se hace notar –además de lo ya concluido anteriormente- lo siguiente: Que los Jueces en Materia Penal de Primera Instancia de la Corte Superior de Justicia de Moquegua en su mayoría (63.6 %), conforme las sentencias analizadas, adoptan como bien jurídico del delito de peculado lo dicho en el acuerdo plenario (lo transcriben literalmente). Pero, al analizar las mismas, se verifica que la mayoría establece como un factor necesario que tiene que existir un perjuicio económico acreditado por una pericia contable. Entonces si esto es así, los Jueces están cuantificando el bien jurídico de este delito; Ahora, la Corte Suprema de Justicia también nos dice algo, de acuerdo a su

jurisprudencia analizada, primero que no hay una posición mayoritaria respecto al bien jurídico del delito de peculado, a pesar que existe un acuerdo plenario emitida por esta instancia que delimita ello, y segundo, respecto a la acreditación del perjuicio económico a través de la pericia contable, las posiciones también son divididas, lo cual también nos muestra que un sector de los Jueces Supremos ha cuantificado el bien jurídico. En ese sentido, podemos notar que la máxima instancia no asume una posición unánime; Asimismo, los operados de justicia, vale decir Poder Judicial y Ministerio Público, muestran una posición dividida al momento de consultarles acerca del perjuicio patrimonial en el delito de peculado. Entonces, con lo verificado hasta aquí, podemos concluir que el contenido pluriofensivo del bien jurídico del delito de peculado que la Corte Suprema de Justicia estableció a través del acuerdo plenario ya no es el más indicado, primero porque su descripción carece de claridad conceptual al punto que se ha recurrido por un contenido patrimonialista y segundo –y más importante- porque no es una definición operativa conforme la naturaleza de este delito especial que permita ver más allá de una lesión patrimonialista de la administración pública.

5.2. RECOMENDACIONES Y PROPUESTAS

1) Con relación a la hipótesis general, creemos necesario señalar, previó a las recomendaciones, que la posición teórica respecto del bien jurídico del delito de peculado doloso que mejor se ajusta a un Estado Constitucional de Derecho es la Teoría Patrimonialista Funcional, pues como bien lo refieren la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de la Naciones Unidas contra la Corrupción (de donde el Perú es parte) la realización de actos de corrupción –como el delito de peculado doloso- no necesariamente deben producir un perjuicio patrimonial al Estado. En ese sentido, se propone una modificación legislativa en el texto del artículo 387° del Código Penal, esto con el objeto de que a través de una ley se agregue como un elemento más el “entorpecimiento del servicio público”, es decir, ahora el texto de dicho artículo sería el siguiente: *“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 y que genere entorpecimiento del servicio público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa”*. De esa manera, será más sencillo

para los operadores de justicia identificar el bien jurídico y el momento de su lesión. Asimismo, permitirá crear uniformidad de criterios en las instancias supremas, lo cual obviamente repercutirá en las instancias inferiores.

2) Adicionalmente, también se recomienda que la instancia máxima del Sistema de Justicia, la Corte Suprema de Justicia, se reúna con el fin de que puedan advertir que el contenido pluriofensivo del bien jurídico del delito de peculado no es el correcto en base a las discrepancias conceptuales que genera éste y al sentido patrimonialista que se le ha venido dando, lo cual ha generado que el enfoque de los operadores de justicia solo sea el de probar la cuantificación de lo apropiado por el servidor o funcionario público y si este es significativo –estableciéndose un tipo de prueba tasada- y han dejado de lado el análisis del hecho en sí, y el perjuicio, más allá de lo patrimonial –aunque no se descarta su presencia-, que este acto ha tenido en el engranaje de la prestación efectiva del servicio público que al final creemos es lo más importante si hablamos del delito de peculado. Entonces, esta reunión deberá tener como resultado la emisión de un acuerdo plenario que advierta lo descrito anteriormente y que sobre la base de esto cambie de criterio, dejando atrás el contenido pluriofensivo para pasar a adoptar una posición patrimonial funcionalista que creemos es la más operativa para definir el bien jurídico del delito de peculado, pudiendo ser esta definición la siguiente “Prestación efectiva del bien público conforme sus atribuciones”.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

Abanto, J. (2014). Dogmática Penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública. Lima, Perú: Grijley.

Amelung, K. (2016). El concepto <<bien jurídico>> en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. En Hefendehl, R., Hirsch, A. & Wohlers, W. (eds.), **La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?** (pp. 221-257). Madrid: Marcial Pons.

Bacigalupo, E. (1999). Derecho Penal Parte General. 2a ed. Madrid: Hammurabi.

Brunoni, N. (2009). **Malversación y peculado: análisis comparativo entre las legislaciones españolas y brasileñas.** (Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid). **Recuperado de <https://repositorio.uam.es/xmlui/handle/10486/3953>**

Caballero, C. (2017). Criterios para la configuración del delito de peculado doloso por apropiación de viáticos otorgados a funcionarios y servidores públicos en el Perú. (Trabajo de grado). Lima, Perú: Universidad Cesar Vallejo. Recuperado de <http://repositorio.ucv.edu.pe/handle/UCV/23350>

Canal N. (2018). La corrupción es el problema principal para el 57% de peruanos. Recuperado de <https://canaln.pe/actualidad/corrupcion-principal-problema-pais-57-peruanos-n319060>

Código Penal de Chile, Ley 19.617, 1874

Código Penal de España, Ley Orgánica 10/1995, 1995

Código Penal de la Nación Argentina, Ley 11.179 (Texto Ordenado por Decreto 3992/84), 1984

Código Penal de Perú, Decreto Legislativo N° 635, 1991

Código Penal de Perú, (1924). Código Penal de Perú. Ley N° 4868. Lima, Perú: Diario El Peruano.

Código de Procedimiento Penales de Perú, Ley N° 9024, (1940). Lima, Perú: Diario El Peruano.

Código Procesal Penal de Perú, Decreto Legislativo N° 957, (2004). Lima, Perú: Diario El Peruano.

Congreso de la República, Ley N° 26198, (1993). Ley N° 26198. Lima, Perú: Diario El Peruano.

Congreso de la República, Ley N° 29703, (2011). Ley N° 29703. Lima, Perú: Diario El Peruano.

Congreso de la República, Ley N° 29758, (2011). Ley N° 29758. Lima, Perú: Diario El Peruano.

Congreso de la República, Ley N° 30111, 2013. Ley N° 30111. Lima, Perú: Diario El Peruano.

Constitución Política del Perú, (1993). Constitución Política del Perú. Lima, Perú: Diario El Peruano.

Corte Suprema de Justicia de la República. (18 de julio de 2008). Poder Judicial, Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116 del IV Pleno Jurisdiccional de la Salas Penales Permanentes, Transitorias, y Especial.

Corte Suprema de Justicia de la República. (30 de septiembre de 2005). Poder Judicial, Acuerdo Plenarios N° 4-2005/CJ 116 Pleno Jurisdiccional de las Salas Permanente y Transitoria.

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente. (26 de julio de 2018) Recurso Casación N° 1004-2017/Moquegua [MP César San Martín]

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente. (11 de julio de 2019) Casación N° 282-2018 Lambayeque [MP Iván Sequeiros]

Corte Suprema de Justicia de la República, Recurso de Nulidad N° 4798-2007-Lima (citado por Reátegui, J. (2019). Código Penal Comentado. Lima, Perú: Legales Ediciones. p. 12).

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Transitoria. (06 de junio de 2016) Recurso de Nulidad N° 1106-2014 Huancavelica, [MP César San Martín].

Corte Suprema de Justicia de la República, Primera Sala Penal. (17 de enero de 2018) Recurso de Nulidad N° 158-2017 Ancash, [MP Jorge Castañeda].

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente. (24 de febrero de 2014) Recurso de Nulidad N° 287-2013 Puno, [MP José Neyra].

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente. (23 de abril de 2015) Recurso de Nulidad N° 484-2014/Ayacucho, [MP Duberlí Rodríguez].

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente. (06 de julio de 2017) Recurso de Nulidad N° 1211-2016 Apurímac, [MP Iván Sequeiros]

Cotrina, J., Otiniano, R. & Tolentino, L. (2017). Aportes para una adecuada regulación del delito de peculado doloso por apropiación. (Trabajo de grado). Huánuco, Perú: Universidad Nacional Hermilio Valdizan). Recuperado de <http://repositorio.unheval.edu.pe/handle/UNHEVAL/1171>

Chanjan, R. (2014). La administración desleal de patrimonio público como modalidad delictiva especial del delito de peculado doloso. (Trabajo de grado). Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/5647>

De La Calle, J. y Gil, E. (2015). Metodología de la Investigación Jurídica. Quito, Ecuador: Universidad de los Hemisferios.

Espinosa, R. (2013). Aproximación al requisito normativo del tipo “Teniendo a su cargo” en el delito de malversación de caudales públicos del artículo 233 del código penal chileno. (Tesis de maestría). Santiago, Chile: Universidad de Chile. Recuperado de <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/116231>

Fernández de Ceballos y Torres, J. (2013). Blanqueo de Capitales y Principio de Lesividad. (Tesis doctoral, Universidad de Salamanca). Recuperado de https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/122959/1/DDPG_FernandezdeCevallos_yTorres_Blanqueo_CapitalesPrincipio_Lesividad.pdf

García, P. (2012). Derecho Penal Parte General, 2a ed. Lima: Jurista Editores.

Gómez, C. (2018). El principio de la antijuridicidad material. 7a ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Hassemer, W. & Muñoz, F. (1989). Introducción a la Criminología y al Derecho Penal. Valencia, España: Tirant lo Blanch.

Hassemer, W. (2016). ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?. En Hefendehl, R., Hirsch, A. & Wohlers, W. (eds.), **La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?** (pp. 91-100). Madrid, España: Marcial Pons.

Hernandez Sampieri, R., Fernandez, C. y Baptista, P. (2010). Metodología de la Investigación. México DF., México: Mc Graw Hill.

Hirsch, A. (2016). El concepto de bien jurídico y el <<principio del daño>>. En Hefendehl, R., Hirsch, A. & Wohlers, W. (eds.), **La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?** (pp. 33-48). Madrid: Marcial Pons.

Jakobs, G. (1997). Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación. Madrid, España: Marcial Pons.

Kierszenbaum, M. (2009). El Bien Jurídico en el Derecho Penal. Algunas Nociones Básicas. Revista Lecciones y Ensayos, 86, 187-211. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/86/07-ensayo-kierszenbaum.pdf>

Martínez, I. & Muñoz, T. (2013). Empirismos normativos en los límites del principio de lesividad en el delito de peculado de uso. (Trabajo de grado). Trujillo, Perú: Universidad Señor de Sipán. Recuperado de <http://repositorio.uss.edu.pe/handle/uss/1220>

Meini, I. (2014). Lecciones de Derecho Penal – Parte General Teoría Jurídica del Delito. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Mendoza, C. (2019). La medida del dolor determinación e individualización de la pena. Lima, Perú: Idemsa.

Mir Puig, S. (2016). Derecho Penal Parte General. 10a ed. Buenos Aires: Editorial B de F.

Mir Puig, S. (2018). Estado, Pena y Delito. Buenos Aires, Argentina: Editorial B de F.

Montoya, Y. (2015). Manual sobre delitos contra la administración pública. Recuperado de <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2016/04/Manual-sobre-Delitos-contra-la-Administraci%C3%B3n-P%C3%BAblica.pdf>

Muñoz, F. & García, M. (2010). Derecho Penal Parte General. 8a ed. Valencia: Tirano lo Blanch.

Olvera, J. (2014). Metodología de la investigación jurídica para la investigación y elaboración de tesis de licenciatura y posgrado. México DF., México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Ordeig, G. (2016). Presentación. En Hefendehl, R., Hirsch, A. & Wohlers, W. (Eds.), **La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?** (pp. 22). Madrid, España: Marcial Pons.

Peña Cabrera, A. (2016). Derecho Penal Parte Especial, 3a ed. Lima: Idemsa.

Peña Cabrera, A. (2015) Derecho Penal Parte General, 5a ed. Lima: Idemsa.

Pezo, C. (2014). El bien jurídico específico en el delito de enriquecimiento ilícito. (Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú). Recuperado de <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/5824>

Poder Ejecutivo, Decreto Legislativo N° 1243, 2016

Proética. (2017). Proética presentó nueva encuesta nacional sobre corrupción en el Perú, Recuperado de <https://www.proetica.org.pe/eventos/proetica-presentara-nueva-encuesta-nacional-corrupcion-peru/>

Reátegui, J. (2019). Código Penal Comentado. Lima, Perú: Legales Ediciones.

Reátegui, J. (2017). Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal. 2ª ed. Lima: Jurista Editores.

Rojas, F. (2017). Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos. 2a ed. Lima: Nomo & thesis.

Roxin, C. (2016). La teoría del delito en la discusión actual. [Traducido al español por Manuel A. Abanto Vásquez]. Lima: Grijley.

Salinas, R. (2016). Delitos contra la Administración Pública. 4a ed. Lima, Perú: Grijley.

Seher, G. (2016). La legitimación de normas penales basadas en principios y el concepto de bien jurídico. En Hefendehl, R., Hirsch, A. & Wohlers, W. (eds.), **La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?** (pp. 65-87). Madrid, España: Marcial Pons.

Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional. (15 de diciembre de 2006) Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0012-2006-PI/TC.

Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional. (21 de julio de 2005) Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0019-2005-PI/TC.

Ugaz, J. & Ugaz, F. (2017). Delitos económicos, contra la administración pública y criminalidad organizada. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Varela, L. (2011). Recensión: BIRNBAUM, Johan Michael Franz, Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito. Revista Política Criminal.6 (11), 209-2013. Recuperado de <http://politecrim.com/wp-content/uploads/2019/04/Vol6N11R1.pdf>

Villavicencio, F. (2016). Derecho Penal Parte General. Lima, Perú: Grijley.

Zaffaroni, E. (1996). Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires, Argentina: Ediar.

ANEXOS

MATRIZ DE CONSISTENCIA – PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

TÍTULO: “Factores que inciden en el incorrecto desarrollo del principio de lesividad en sentencias de peculado doloso de los juzgados penales de Moquegua - 2018”

RESPONSABLE: Br. Nike César Calle Mamani

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES E INDICADORES	METODOLOGÍA
<p>1. INTERROGANTE PRINCIPAL ¿En qué medida la deficiente uniformidad de la jurisprudencia y la ambigüedad del bien jurídico protegido en los operadores de justicia, conlleva a la incorrecta aplicación del Principio de Lesividad en las Sentencias del Delito de Peculado Doloso de Primera Instancia de la Corte Superior de Justicia de Moquegua en el año 2018?</p> <p>2. INTERROGANTES ESPECÍFICAS</p> <p>a) ¿Cómo se aplica el Principio de Lesividad en las Sentencias de Delito de Peculado Doloso de Primera Instancia de la Corte Superior de Justicia de Moquegua en el año 2018?</p> <p>b) ¿En qué medida es uniforme la jurisprudencia en la Corte Suprema de Justicia en torno al delito de Peculado Doloso?</p> <p>c) ¿En qué medida es ambiguo el bien jurídico protegido en los operadores de justicia, respecto del delito de peculado doloso en el Distrito Judicial de Moquegua?</p>	<p>1. OBJETIVO GENERAL Determinar en qué medida la deficiente uniformidad de la jurisprudencia y la ambigüedad del bien jurídico protegido en los operadores de justicia, conllevan a la incorrecta aplicación del Principio de Lesividad en las Sentencias de Delito de Peculado Doloso de Primera Instancia de la Corte Superior de Justicia de Moquegua en el año 2018.</p> <p>2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS</p> <p>a) Analizar la aplicación del Principio de Lesividad en las Sentencias de Delito de Peculado Doloso de Primera Instancia de la Corte Superior de Justicia de Moquegua en el año 2018.</p> <p>b) Determinar la uniformidad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en torno al Delito de Peculado Doloso.</p> <p>c) Determinar el nivel de ambigüedad en torno al bien jurídico protegido en los operadores de justicia, respecto del delito de peculado doloso en el Distrito Judicial de Moquegua.</p>	<p>1. HIPÓTESIS GENERAL La deficiente uniformidad de la jurisprudencia y la ambigüedad en torno al bien jurídico protegido en los operadores de justicia, conllevan en alta medida, a la incorrecta aplicación del Principio de Lesividad en las Sentencias de Delito de Peculado Doloso de Primera Instancia de la Corte Superior de Justicia de Moquegua en el año 2018.</p> <p>2. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS</p> <p>a) La aplicación del Principio de Lesividad en las Sentencias de Delito de Peculado Doloso de Primera Instancia de la Corte Superior de Justicia de Moquegua en el año 2018, es incorrecto.</p> <p>b) La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en torno al delito de peculado doloso es poco uniforme.</p> <p>c) El tratamiento del bien jurídico protegido en los operadores de justicia, respecto del delito de peculado doloso en el Distrito Judicial de Moquegua, es altamente ambiguo.</p>	<p>Variable Independiente (X)</p> <p>X1. Uniformidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en torno al delito de Peculado Doloso. Indicadores: - Nivel de uniformidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en torno al delito de Peculado Doloso.</p> <p>X2. Ambigüedad en torno al bien jurídico protegido en los operadores de justicia. Indicadores: - Nivel de ambigüedad en torno al bien jurídico protegido en los operadores de Justicia, respecto del delito de Peculado Doloso en el Distrito Judicial de Moquegua.</p> <p>Variable Dependiente (Y)</p> <p>Y1. La incorrecta aplicación del Principio de Lesividad en las Sentencias del delito de Peculado Doloso de Primera Instancia de la Corte Superior de Justicia de Moquegua en el año 2018. Indicadores: - El nivel de desarrollo del Principio de Lesividad en las sentencias del delito de Peculado Doloso de primera instancia de la Corte Superior de Justicia de Moquegua en el año 2018.</p>	<p>- Tipo de Investigación La investigación es de tipo aplicada.</p> <p>- Diseño de la Investigación El diseño de la investigación es mixto (cuantitativo y cualitativo a la vez).</p> <p>- Nivel de Investigación Correlacional y explicativa</p> <p>- Ámbito de Estudio Ámbito Espacial. - Sentencias de peculado doloso de primera instancia de la Corte Superior de Justicia de Moquegua. Además de considerar a los operadores de justicia del Distrito Judicial de Moquegua</p> <p>Ámbito Temporal. - Sentencias de peculado doloso de primera instancia emitidas en el año 2018.</p> <p>- Población - Jurisprudencia del Delito de Peculado Doloso en la Corte Suprema de Justicia.</p> <p>- Operadores de Justicia del Distrito Judicial de Moquegua.</p> <p>- Sentencias de Primera Instancia del Delito de Peculado Doloso en la Corte Superior de Justicia de Moquegua.</p> <p>- Muestra - Jurisprudencia del Delito de Peculado Doloso en la Corte Suprema de Justicia.</p> <p>Muestreo no probabilístico.</p> <p>- Operadores de Justicia del Distrito Judicial de Moquegua. Muestro probabilístico.</p> <p>- Sentencias de Primera Instancia del Delito</p>

Factores que inciden en la incorrecta aplicación del principio de lesividad en sentencias de peculado doloso de los Juzgados Penales de Moquegua - 2018

Primer Módulo: Identificación de Expediente

P1. Número de Expediente	P2. Juzgado				P3. Juez a cargo
	1º Unip.	2º Unip.	3º Unip.	Colegiado	

P4. Instancia de la emisión de la sentencia	
Primera Instancia	Segunda Instancia

P5. Número de Sentencias

Tipo de Sentencia				
P6. Según la forma de su tramite		P7. Según el sentido de la decisión		
Sentencia de Conformidad	Sentencia General	Condenatoria	Absolutoria	Mixta

Segundo Módulo: Tipo Penal y Naturaleza del Bien Jurídico

P8. Tratamiento del Bien Jurídico				
Transcripción	Análisis e Interpretación Teórica			
	Teoría Pluriofensiva	Teoría Patrimonialista Clásica	Teoría Patrimonialista Funcional o Utilitarista	Teoría del Deber Funcional
	1	2	3	4

(B)	Teoría Pluriofensiva	Teoría Patrimonialista Clásica	Teoría Patrimonialista Funcional o Utilitarista	Teoría del Deber Funcional
	1	2	3	4
(C)	Teoría Pluriofensiva	Teoría Patrimonialista Clásica	Teoría Patrimonialista Funcional o Utilitarista	Teoría del Deber Funcional
	1	2	3	4
Síntesis				

P9. Bien Jurídico y Análisis Probatorio			
Nro.	Prueba	Relación con el concepto de Bien Jurídico	Comentario
1			
2			
3			
4			

5			
---	--	--	--

P10. Principio de Lesividad y Análisis Probatorio			
Nro.	Prueba	Análisis en relación al Principio de Lesividad	Comentario
1			
2			
3			
4			
5			

Tercer Módulo: Naturaleza del Bien Jurídico y Reparación Civil

P11. Reparación Civil	
Transcripción	Análisis e Interpretación Teórica

P12. Tratamiento de la lesión del bien jurídico ¿adecuado o inadecuado?	
¿El tratamiento de la lesión del bien jurídico es adecuado ? ¿Por qué?	¿El tratamiento de la lesión del bien jurídico es inadecuado ? ¿Por qué?
	Consecuencias del inadecuado tratamiento del bien jurídico: Impunidad o Sobrecriminalización

Observaciones

¿Menciona el Principio de Lesividad?

Causal de la absolución

Otros

Guía de Revisión Documental (Corte Suprema)

Factores que inciden en la incorrecta aplicación del principio de lesividad en sentencias de peculado doloso de los Juzgados Penales de Moquegua - 2018

Primer Módulo: Identificación de la Resolución Suprema

P1. Tipo de Recurso	P2. Número de Recurso	P3. Sala Suprema Penal			P4. Juez Ponente
		Transitoria	Permanente	Primera	

P4. Temas en común en la resolución		P5. Vinculatoriedad de la Resolución	
Delito de Peculado	Pericia Contable	Vinculante	No Vinculante

Segundo Módulo: Bien Jurídico del delito de Peculado

P8. Tratamiento del Bien Jurídico				
Transcripción	Análisis e Interpretación Teórica			
(A)	Teoría Pluriofensiva	Teoría Patrimonialista Clásica	Teoría Patrimonialista Funcional o Utilitarista	Teoría del Deber Funcional
	1	2	3	4
(B)	Teoría Pluriofensiva	Teoría Patrimonialista Clásica	Teoría Patrimonialista Funcional o Utilitarista	Teoría del Deber Funcional
	1	2	3	4

(C)	Teoría Pluriofensiva	Teoría Patrimonialista Clásica	Teoría Patrimonialista Funcional o Utilitarista	Teoría del Deber Funcional
	1	2	3	4
Síntesis				
<p>¿Existe coherencia del bien jurídico a lo largo de la resolución? En la resolución no se hace mención a lo que debe entenderse por bien jurídico del delito de peculado.</p>				

P5. Bien Jurídico y su relación con la pericia contable			
Nro.	Transcripción	Relación con el concepto de Bien Jurídico	Comentario
1			
2			
3			
4			
5			

Tercer Módulo: Congruencia entre el bien jurídico y la decisión adoptada en la resolución

P9. Decisión adoptada en la resolución	
Decisión a favor del peticionante ¿es congruente con su posición acerca del bien jurídico del delito de peculado?	Decisión en contra del peticionante ¿es congruente con su posición acerca del bien jurídico del delito de peculado?
¿El sentido de lo resuelto en la Resolución Suprema está debidamente motivada?	

Encuesta “Factores que inciden en la incorrecta aplicación del principio de lesividad en sentencias de peculado doloso de los juzgados penales de Moquegua”

*Obligatorio

1. Año de Colegiatura *

2. USTED SE DESEMPEÑA COMO *

Selecciona todos los que correspondan.

- LITIGANTE
 DEFENSOR PÚBLICO
 FISCAL
 JUEZ

Otro: _____

3. En base a la respuesta anterior, señale en qué fecha empezó a desempeñarse como... *

4. SEÑALE EL ÚLTIMO GRADO ACADÉMICO ALCANZADO *

Selecciona todos los que correspondan.

- Bachiller
 Licenciado
 Magister
 Doctor

5. ¿CUENTA CON UNA LABOR ADICIONAL A SU CARRERA PROFESIONAL?

6. NRO. DE CAPACITACIONES EN LOS ÚLTIMOS 12 MESES *

7. ¿ALGUNA VEZ SE CAPACITÓ SOBRE TEMAS DE DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA? *

Marca solo un óvalo.

- SÍ
 NO

8. FECHA DE ÚLTIMA CAPACITACIÓN SOBRE DELITOS CONTRA LA ADM. PÚBLICA (MES/AÑO)

Ejemplo: 7 de enero del 2019 _____

9. Señale en qué Artículo del CP se encuentra el tipo base de Delito de Peculado Doloso *

Marca solo un óvalo.

- 388
 387
 392
 384
 Otro: _____

10. Señale entre las siguientes opciones, a quiénes se consideran como SUJETOS ACTIVOS del Delito de Peculado Doloso por Apropiación *

Selecciona todos los que correspondan.

- Sujetos Particulares
 Funcionarios Públicos
 Servidores y Funcionarios Públicos Sujetos
 Particulares y Servidores Públicos
 Funcionarios Públicos y Sujetos Particulares

11. Indique a quién se considera como SUJETO PASIVO del Delito de Peculado Doloso por Apropiación *

12. ¿Cuáles son las modalidades del Delito de Peculado previsto en el Art. 387º CP? *

Marca solo un óvalo.

- Doloso
 Apropiación
 Doloso y Culposo
 Culposo
 Otro: _____

13. ¿Cuáles son las conductas típicas del Delito de Peculado Doloso previsto en el Art. 387º CP? *

Marca solo un óvalo.

- De uso y apropiación
 Malversación de caudales
 Uso indebido de caudales y efectos
 Apropiación y Utilización
 De uso y utilización
 Otro: _____

14. ¿Cuál es el instrumento emitido por la Corte Suprema que desarrolla la estructura típica del Delito de Peculado Doloso? *

Marca solo un óvalo.

- Acuerdo Plenario Nro. 08-2012/CJ-120
- Casación Nro. 1004-2017/Moquegua
- Acuerdo Plenario Nro. 04-2005/CJ-116
- Recurso de Nulidad Nro. 1211-2016/Apurímac
- Otro: _____

15. Según el Acuerdo Plenario Nro.04-2005/CJ-116 el BIEN JURÍDICO PROTEGIDO en el Delito de Peculado Doloso es: *

Marca solo un óvalo.

- Garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública
- Garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública y evitar el abuso de poder del que se haya facultado el funcionario o servidor público, resguardando así los deberes funcionales de lealtad y probidad.
- El correcto funcionamiento de la administración pública
- Evitar el abuso de poder del que se haya facultado el funcionario o servidor público, resguardando así los deberes funcionales de lealtad y probidad
- Otro: _____

16. Según la respuesta anterior ¿usted comparte la posición del Acuerdo Plenario Nro. 04-2005/CJ-116? *

Selecciona todos los que correspondan.

- Sí
- No

17. ¿Por qué?

18. ¿Considera usted necesario el perjuicio patrimonial para que se configure el Delito de Peculado Doloso? *

Marca solo un óvalo.

- Sí
- No

19. ¿Por qué? *

20. ¿Considera que es necesaria la actuación de la Pericia Contable para determinar la comisión del Delito de Peculado Doloso? *

Marca solo un óvalo.

Sí

No

21. ¿Por qué? *

22. En base a las respuestas señaladas ¿a qué teoría sobre el Bien Jurídico del Delito de Peculado se adscribe?

Marca solo un óvalo.

Teoría Patrimonialista Clásica

Teoría Patrimonialista Funcional

Teoría Pluriofensiva

Teoría de la Infracción de Deberes Propios de la Función

Este contenido no ha sido creado ni aprobado por Google.

Google Formularios

	UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA Escuela de Posgrado Centro de Investigación Formato de Validación por expertos			
	Codificación CEIN fve - 001	Versión 00	Vigencia 2015	Páginas 02

INFORME DE OPINIÓN DE EXPERTOS DEL INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN

I. DATOS GENERALES:

- 1.1. Apellidos y nombres del informante (Experto): Risado Jiménez Pablos
- 1.2. Grado Académico: Magister
- 1.3. Profesión: Abogado
- 1.4. Institución donde labora: Universidad Privada de Tacna
- 1.5. Cargo que desempeña: Docente
- 1.6. Denominación del Instrumento:
Guía de revisión documental para su aplicación en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en torno al Delito de Reclusión Cubica
- 1.7. Autor del instrumento: Dr. Nuse César Calle Mamani
- 1.8. Programa de postgrado: Maestría en Derecho con mención en Ciencias Penales

II. VALIDACIÓN

1

INDICADORES DE EVALUACIÓN DEL INSTRUMENTO	CRITERIOS Sobre los ítems del instrumento	Muy Malo	Malo	Regular	Bueno	Muy Bueno
		1	2	3	4	5
1. CLARIDAD	Están formulados con lenguaje apropiado que facilita su comprensión					✓
2. OBJETIVIDAD	Están expresados en conductas observables, medibles					✓
3. CONSISTENCIA	Existe una organización lógica en los contenidos y relación con la teoría					✓
4. COHERENCIA	Existe relación de los contenidos con los indicadores de la variable					✓
5. PERTINENCIA	Las categorías de respuestas y sus valores son apropiados					✓
6. SUFICIENCIA	Son suficientes la cantidad y calidad de ítems presentados en el instrumento					✓
SUMATORIA PARCIAL						30
SUMATORIA TOTAL		30				

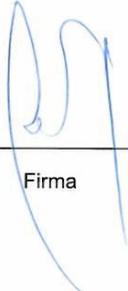
	UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA Escuela de Posgrado Centro de Investigación Formato de Validación por expertos		
	Codificación CEIN fve - 001	Versión 00	Vigencia 2015

III. RESULTADOS DE LA VALIDACIÓN

- 3.1. Valoración total cuantitativa: 30
- 3.2. Opinión: FAVORABLE DEBE MEJORAR _____
 NO FAVORABLE _____
- 3.3. Observaciones: _____

2

Tacna, 02 de Noviembre de 2019.



 Firma

	UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA Escuela de Posgrado Centro de Investigación Formato de Validación por expertos			
	Codificación CEIN fve - 001	Versión 00	Vigencia 2015	Páginas 02

INFORME DE OPINIÓN DE EXPERTOS DEL INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN

I. DATOS GENERALES:

- 1.1. Apellidos y nombres del informante (Experto): Ricardo Jiménez Palacios
- 1.2. Grado Académico: Magister
- 1.3. Profesión: Fisico
- 1.4. Institución donde labora: Universidad Privada de Tacna
- 1.5. Cargo que desempeña: Docente
- 1.6. Denominación del Instrumento:
Guía de revisión documental para su aplicación en las secciones de Primera Instancia del Delito de Foulado Polaco en la Corte Superior de Justicia de Tarma
- 1.7. Autor del instrumento: Dr. Mike César Calle Mamani
- 1.8. Programa de postgrado: Maestría en Derecho con mención en Ciencias Penales

II. VALIDACIÓN

1

INDICADORES DE EVALUACIÓN DEL INSTRUMENTO	CRITERIOS Sobre los ítems del instrumento	Muy Malo	Mal	Regular	Bueno	Muy Bueno
		1	2	3	4	5
1. CLARIDAD	Están formulados con lenguaje apropiado que facilita su comprensión					X
2. OBJETIVIDAD	Están expresados en conductas observables, medibles					X
3. CONSISTENCIA	Existe una organización lógica en los contenidos y relación con la teoría					X
4. COHERENCIA	Existe relación de los contenidos con los indicadores de la variable					X
5. PERTINENCIA	Las categorías de respuestas y sus valores son apropiados					X
6. SUFICIENCIA	Son suficientes la cantidad y calidad de ítems presentados en el instrumento					X
SUMATORIA PARCIAL						30
SUMATORIA TOTAL						30

	UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA Escuela de Posgrado Centro de Investigación Formato de Validación por expertos		
	Codificación CEIN fve - 001	Versión 00	Vigencia 2015

III. RESULTADOS DE LA VALIDACIÓN

- 3.1. Valoración total cuantitativa: 30
- 3.2. Opinión: FAVORABLE X DEBE MEJORAR _____
 NO FAVORABLE _____
- 3.3. Observaciones: _____

2

Tacna, 02 de Noviembre de 2019.



 Firma

	UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA Escuela de Posgrado Centro de Investigación Formato de Validación por expertos			
	Codificación CEIN fve - 001	Versión 00	Vigencia 2015	Páginas 02

INFORME DE OPINIÓN DE EXPERTOS DEL INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN

I. DATOS GENERALES:

- 1.1. Apellidos y nombres del informante (Experto): *Ricardo Jiménez Palacios*
- 1.2. Grado Académico: *Magister*
- 1.3. Profesión: *filósofo*
- 1.4. Institución donde labora: *Universidad Privada de Tacna*
- 1.5. Cargo que desempeña: *Docente*
- 1.6. Denominación del Instrumento:
Cuestionario de encuesta que estará dirigida a jueces, asistentes judiciales, fiscales y asistentes del Ministerio Público del Distrito Judicial de Iloquegua.
- 1.7. Autor del instrumento: *Br. Nilsa Sofía Calle Flomani*
- 1.8. Programa de postgrado: *Maestría en Derecho en ejecución en Ciencias Penales*

II. VALIDACIÓN

1

INDICADORES DE EVALUACIÓN DEL INSTRUMENTO	CRITERIOS Sobre los ítems del instrumento	Muy Malo	Malo	Regular	Bueno	Muy Bueno
		1	2	3	4	5
1. CLARIDAD	Están formulados con lenguaje apropiado que facilita su comprensión					X
2. OBJETIVIDAD	Están expresados en conductas observables, medibles					X
3. CONSISTENCIA	Existe una organización lógica en los contenidos y relación con la teoría					X
4. COHERENCIA	Existe relación de los contenidos con los indicadores de la variable					X
5. PERTINENCIA	Las categorías de respuestas y sus valores son apropiados					X
6. SUFICIENCIA	Son suficientes la cantidad y calidad de ítems presentados en el instrumento					X
SUMATORIA PARCIAL						30
SUMATORIA TOTAL		30				

	UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA Escuela de Posgrado Centro de Investigación Formato de Validación por expertos		
	Codificación CEIN fve - 001	Versión 00	Vigencia 2015

III. RESULTADOS DE LA VALIDACIÓN

- 3.1. Valoración total cuantitativa: 30
- 3.2. Opinión: FAVORABLE DEBE MEJORAR _____
 NO FAVORABLE _____
- 3.3. Observaciones: _____

2

Tacna, 02 de Noviembre de 2019.



 Firma

	UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA Escuela de Posgrado Centro de Investigación Formato de Validación por expertos			
	Codificación CEIN fve - 001	Versión 00	Vigencia 2015	Páginas 02

INFORME DE OPINIÓN DE EXPERTOS DEL INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN

I. DATOS GENERALES:

- 1.1. Apellidos y nombres del informante (Experto): Jesús Erasán Macedo Gonzales
- 1.2. Grado Académico: Magister
- 1.3. Profesión: Abogado
- 1.4. Institución donde labora: Universidad Nacional de Moquegua
- 1.5. Cargo que desempeña: Docente
- 1.6. Denominación del Instrumento:
Cuestionario de encuesta que estará dirigida a jueces, asistentes judiciales fiscales y asistentes del Ministerio Público del Distrito Judicial de Moquegua
- 1.7. Autor del instrumento: Dr. Nilsa César Calle Tamayo
- 1.8. Programa de postgrado: Maestría en Derecho con mención en Ciencias Penales

II. VALIDACIÓN

1

INDICADORES DE EVALUACIÓN DEL INSTRUMENTO	CRITERIOS Sobre los ítems del instrumento	Muy Malo	Malo	Regular	Bueno	Muy Bueno
		1	2	3	4	5
1. CLARIDAD	Están formulados con lenguaje apropiado que facilita su comprensión					X
2. OBJETIVIDAD	Están expresados en conductas observables, medibles				X	
3. CONSISTENCIA	Existe una organización lógica en los contenidos y relación con la teoría					X
4. COHERENCIA	Existe relación de los contenidos con los indicadores de la variable					X
5. PERTINENCIA	Las categorías de respuestas y sus valores son apropiados					X
6. SUFICIENCIA	Son suficientes la cantidad y calidad de ítems presentados en el instrumento					X
SUMATORIA PARCIAL					4	25
SUMATORIA TOTAL		29				

	UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA Escuela de Posgrado Centro de Investigación Formato de Validación por expertos		
	Codificación CEIN fve - 001	Versión 00	Vigencia 2015

III. RESULTADOS DE LA VALIDACIÓN

- 3.1. Valoración total cuantitativa: 29
- 3.2. Opinión: FAVORABLE DEBE MEJORAR _____
 NO FAVORABLE _____
- 3.3. Observaciones: _____

2

Tacna, 08 de Noviembre de 2019.



 Firma

	UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA Escuela de Posgrado Centro de Investigación Formato de Validación por expertos			
	Codificación CEIN fve - 001	Versión 00	Vigencia 2015	Páginas 02

INFORME DE OPINIÓN DE EXPERTOS DEL INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN

I. DATOS GENERALES:

- 1.1. Apellidos y nombres del informante (Experto): Jesús Escarín Ilacdo Gonzales
- 1.2. Grado Académico: Magister
- 1.3. Profesión: Abogado
- 1.4. Institución donde labora: Universidad Nacional de Illeguagua
- 1.5. Cargo que desempeña: Docente
- 1.6. Denominación del Instrumento:
Guía de revisión documental para su aplicación en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en torno al Delito de Pezado Peleto
- 1.7. Autor del instrumento: Ricardo César Calle Tamani
- 1.8. Programa de postgrado: Maestría en Derecho con mención en Ciencias Penales

II. VALIDACIÓN

1

INDICADORES DE EVALUACIÓN DEL INSTRUMENTO	CRITERIOS Sobre los ítems del instrumento	Muy Malo	Malo	Regular	Bueno	Muy Bueno
		1	2	3	4	5
1. CLARIDAD	Están formulados con lenguaje apropiado que facilita su comprensión					X
2. OBJETIVIDAD	Están expresados en conductas observables, medibles				X	
3. CONSISTENCIA	Existe una organización lógica en los contenidos y relación con la teoría					X
4. COHERENCIA	Existe relación de los contenidos con los indicadores de la variable					X
5. PERTINENCIA	Las categorías de respuestas y sus valores son apropiados				X	
6. SUFICIENCIA	Son suficientes la cantidad y calidad de ítems presentados en el instrumento				X	
SUMATORIA PARCIAL					12	15
SUMATORIA TOTAL		27				

	UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA Escuela de Posgrado Centro de Investigación Formato de Validación por expertos		
	Codificación CEIN fve - 001	Versión 00	Vigencia 2015

III. RESULTADOS DE LA VALIDACIÓN

- 3.1. Valoración total cuantitativa: 27
- 3.2. Opinión: FAVORABLE DEBE MEJORAR _____
 NO FAVORABLE _____
- 3.3. Observaciones: _____

2

Tacna, 08 de Noviembre de 2019



Firma

	UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA Escuela de Postgrado Centro de Investigación Formato de Validación por expertos			
	Codificación CEIN fve - 001	Versión 00	Vigencia 2015	Páginas 02

INFORME DE OPINIÓN DE EXPERTOS DEL INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN

I. DATOS GENERALES:

- 1.1. Apellidos y nombres del informante (Experto): Jesús Escalón Masado Gonzales
- 1.2. Grado Académico: Magister
- 1.3. Profesión: Abogado
- 1.4. Institución donde labora: Universidad Nacional de Moquegua
- 1.5. Cargo que desempeña: Docente
- 1.6. Denominación del Instrumento:
Caja de revisión documental para su aplicación en los sentencias de Primera Instancia del delito de Falsedad Probada en la Corte Superior de Justicia de Moquegua.
- 1.7. Autor del instrumento: Dr. Nive Sañas Salk Mamani
- 1.8. Programa de postgrado: Maestría en Derecho con mención en Ciencias Penales

II. VALIDACIÓN

1

INDICADORES DE EVALUACIÓN DEL INSTRUMENTO	CRITERIOS Sobre los ítems del instrumento	Muy Malo	Malo	Regular	Bueno	Muy Bueno
		1	2	3	4	5
1. CLARIDAD	Están formulados con lenguaje apropiado que facilita su comprensión					X
2. OBJETIVIDAD	Están expresados en conductas observables, medibles				X	
3. CONSISTENCIA	Existe una organización lógica en los contenidos y relación con la teoría				X	
4. COHERENCIA	Existe relación de los contenidos con los indicadores de la variable					X
5. PERTINENCIA	Las categorías de respuestas y sus valores son apropiados				X	
6. SUFICIENCIA	Son suficientes la cantidad y calidad de ítems presentados en el instrumento					X
SUMATORIA PARCIAL					12	15
SUMATORIA TOTAL		27				

	UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA Escuela de Posgrado Centro de Investigación Formato de Validación por expertos		
	Codificación CEIN fve - 001	Versión 00	Vigencia 2015

III. RESULTADOS DE LA VALIDACIÓN

- 3.1. Valoración total cuantitativa: 27
- 3.2. Opinión: FAVORABLE DEBE MEJORAR _____
 NO FAVORABLE _____
- 3.3. Observaciones: _____

2

Tacna, 08 de Noviembre de 2019.



 Firma

	UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA Escuela de Posgrado Centro de Investigación Formato de Validación por expertos			
	Codificación CEIN fve - 001	Versión 00	Vigencia 2015	Páginas 02

INFORME DE OPINIÓN DE EXPERTOS DEL INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN

I. DATOS GENERALES:

- 1.1. Apellidos y nombres del informante (Experto): *Carmen Rosa Chipana Quispe*
- 1.2. Grado Académico: *Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales*
- 1.3. Profesión: *Abogada*
- 1.4. Institución donde labora: *Ministerio Público*
- 1.5. Cargo que desempeña: *Asistente*
- 1.6. Denominación del Instrumento:
Guía de revisión documental para su aplicación en los sentencias de Primera Instancia del delito de Peleado Delato en la Corte Superior de Justicia de Moquegua
- 1.7. Autor del instrumento: *Dr. Nilda Céspedes Calle Mamani*
- 1.8. Programa de postgrado: *Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales*

II. VALIDACIÓN

1

INDICADORES DE EVALUACIÓN DEL INSTRUMENTO	CRITERIOS Sobre los ítems del instrumento	Muy Malo	Malo	Regular	Bueno	Muy Bueno
		1	2	3	4	5
1. CLARIDAD	Están formulados con lenguaje apropiado que facilita su comprensión					X
2. OBJETIVIDAD	Están expresados en conductas observables, medibles					X
3. CONSISTENCIA	Existe una organización lógica en los contenidos y relación con la teoría					X
4. COHERENCIA	Existe relación de los contenidos con los indicadores de la variable					X
5. PERTINENCIA	Las categorías de respuestas y sus valores son apropiados				X	
6. SUFICIENCIA	Son suficientes la cantidad y calidad de ítems presentados en el instrumento					X
SUMATORIA PARCIAL					4	25
SUMATORIA TOTAL		29				

	UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA Escuela de Posgrado Centro de Investigación Formato de Validación por expertos		
	Codificación CEIN fve - 001	Versión 00	Vigencia 2015

III. RESULTADOS DE LA VALIDACIÓN

- 3.1. Valoración total cuantitativa: 29
- 3.2. Opinión: FAVORABLE DEBE MEJORAR _____
 NO FAVORABLE _____
- 3.3. Observaciones: Ninguna.
- _____
- _____
- _____

2

Tacna, 11 de Noviembre de 2019.



 Firma

	UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA Escuela de Posgrado Centro de Investigación Formato de Validación por expertos			
	Codificación CEIN fve - 001	Versión 00	Vigencia 2015	Páginas 02

INFORME DE OPINIÓN DE EXPERTOS DEL INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN

I. DATOS GENERALES:

- 1.1. Apellidos y nombres del informante (Experto): *Carmen Rosa Chipana Quispe*
- 1.2. Grado Académico: *Maestra en Derecho con mención en Ciencias Penales*
- 1.3. Profesión: *Abogada*
- 1.4. Institución donde labora: *Ministerio Público*
- 1.5. Cargo que desempeña: *Asistente*
- 1.6. Denominación del Instrumento:
Guis de revisión documental para su aplicación en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en torno al Delito de Cambiada Pelero
- 1.7. Autor del instrumento: *Dr. Nery Cajas Calle Harawi*
- 1.8. Programa de postgrado: *Maestría en Derecho con mención en Ciencias Penales*

II. VALIDACIÓN

1

INDICADORES DE EVALUACIÓN DEL INSTRUMENTO	CRITERIOS Sobre los ítems del instrumento	Muy Malo	Malo	Regular	Bueno	Muy Bueno
		1	2	3	4	5
1. CLARIDAD	Están formulados con lenguaje apropiado que facilita su comprensión					X
2. OBJETIVIDAD	Están expresados en conductas observables, medibles					X
3. CONSISTENCIA	Existe una organización lógica en los contenidos y relación con la teoría					X
4. COHERENCIA	Existe relación de los contenidos con los indicadores de la variable					X
5. PERTINENCIA	Las categorías de respuestas y sus valores son apropiados					X
6. SUFICIENCIA	Son suficientes la cantidad y calidad de ítems presentados en el instrumento					X
SUMATORIA PARCIAL						30
SUMATORIA TOTAL		30				

	UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA Escuela de Posgrado Centro de Investigación Formato de Validación por expertos		
	Codificación CEIN fve - 001	Versión 00	Vigencia 2015

III. RESULTADOS DE LA VALIDACIÓN

- 3.1. Valoración total cuantitativa: 30
- 3.2. Opinión: FAVORABLE DEBE MEJORAR
 NO FAVORABLE
- 3.3. Observaciones: Ninguna.
-
-
-

2

Tacna, 01 de Noviembre de 2019.



 Firma

	UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA Escuela de Posgrado Centro de Investigación Formato de Validación por expertos			
	Codificación CEIN fve - 001	Versión 00	Vigencia 2015	Páginas 02

INFORME DE OPINIÓN DE EXPERTOS DEL INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN

I. DATOS GENERALES:

- 1.1. Apellidos y nombres del informante (Experto): *Carmen Rosa Chipana Quipe*
- 1.2. Grado Académico: *Maestría en Derecho con mención en Ciencias Penales*
- 1.3. Profesión: *Abogada*
- 1.4. Institución donde labora: *Ministerio Público*
- 1.5. Cargo que desempeña: *Asistente*
- 1.6. Denominación del Instrumento:
Gestionario de encuesta que está dirigida a jueces, asistentes judiciales, fiscales y asistentes del Ministerio Público del Distrito Judicial de Moquegua
- 1.7. Autor del instrumento: *Dr. Nils César Calle Mamani*
- 1.8. Programa de postgrado: *Maestría en Derecho con mención en Ciencias Penales*

II. VALIDACIÓN

1

INDICADORES DE EVALUACIÓN DEL INSTRUMENTO	CRITERIOS Sobre los ítems del instrumento	Muy Malo	Mal	Regular	Bueno	Muy Bueno
		1	2	3	4	5
1. CLARIDAD	Están formulados con lenguaje apropiado que facilita su comprensión					X
2. OBJETIVIDAD	Están expresados en conductas observables, medibles					X
3. CONSISTENCIA	Existe una organización lógica en los contenidos y relación con la teoría					X
4. COHERENCIA	Existe relación de los contenidos con los indicadores de la variable					X
5. PERTINENCIA	Las categorías de respuestas y sus valores son apropiados					X
6. SUFICIENCIA	Son suficientes la cantidad y calidad de ítems presentados en el instrumento				X	
SUMATORIA PARCIAL					4	25
SUMATORIA TOTAL		29				

	UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA Escuela de Posgrado Centro de Investigación Formato de Validación por expertos		
	Codificación CEIN fve - 001	Versión 00	Vigencia 2015

III. RESULTADOS DE LA VALIDACIÓN

- 3.1. Valoración total cuantitativa: 29
- 3.2. Opinión: FAVORABLE DEBE MEJORAR _____
 NO FAVORABLE _____
- 3.3. Observaciones: Ninguna.
- _____
- _____
- _____

2

Tacna, 11 de Noviembre de 2019.



 Firma

PROYECTO DE LEY N° XXXX/2021

Proyecto de Ley que modifica el artículo 387 del Código Penal

Los Congresistas de la República que suscriben, miembros del grupo parlamentario XXXXXXXX, a iniciativa del congresista XXXXXXXX, ejerciendo el derecho a iniciativa legislativa señalado en el artículo 107 de la Constitución Política del Perú y en concordancia con los artículos 22, 67, 75 y 76 del Reglamento del Congreso de la República, presentan el siguiente:

PROYECTO DE LEY

El Congreso de la República;

Ha dado la siguiente Ley:

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 387 DEL CÓDIGO PENAL.

ARTÍCULO PRIMERO. – Modifica artículo 387 del Código Penal.

Agréguese dentro del primer párrafo del artículo 387 del Código Penal, aprobado mediante Decreto Legislativo 635, el siguiente texto

“Artículo 387 Peculado Doloso y Culposo. -

El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo y que genere entorpecimiento del servicio público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años, y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. La pena será privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de naturaleza perpetua, y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos:

(...)

(...)

(...)

(...)”

Tacna, julio de 2021

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El Perú es un Estado Constitucional de Derecho, en tal situación el instrumento jurídico que por excelencia se encuentra en la cima del ordenamiento normativo es la Constitución Política y, siendo así, todo precepto legal motiva su contenido en ésta, obteniendo de esa manera su legitimidad. Los defensores de la vigencia e interpretación de sus preceptos en un primer orden es el Tribunal Constitucional y en segundo orden los Jueces de todos los niveles.

Los Jueces de orden penal y en especial los llamados por Ley a imponer una sentencia, son actores importantes en un Estado Constitucional de Derecho, puesto que son estos quienes materializan el *ius punendi* del Estado y siendo así, su labor está enmarcada dentro de estándares y parámetros que fija la propia Constitución y que la Ley desarrolla en algunos casos, todo con el objeto de evitar decisiones no ajustadas a Ley y sobre todo a la Constitución, y el abuso de decisiones con una exagerada cuota de discrecionalidad.

Dentro de estos estándares y parámetros tenemos al principio de lesividad que si bien no es desarrollado explícitamente en la Constitución Política (1993) sí lo es en el Código Penal (1991), en donde en su Título Preliminar describe “La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley” (Artículo IV), es decir, el Juez debe identificar claramente cuál es el bien jurídico que en el caso en particular se tutela y luego observar si éste se lesionó o puso en peligro.

Sin embargo, en el delito de Peculado Doloso se ha podido advertir que los jueces encargados de administrar justicia a través de una sentencia no vienen aplicando correctamente este principio, esto dado que, no se tiene claro qué es exactamente lo que salvaguarda este delito o como en la doctrina se conoce su bien jurídico. Ahora, si bien es cierto, se tiene el Acuerdo Plenario Nro. 04-2005/CJ-116 que, entre otras cosas, menciona cual es el bien jurídico de este delito; en la actualidad dicha teoría pluriofensiva no es la más acertada porque se viene interpretando en un sentido más patrimonialista.

Por lo tanto, la posición teórica respecto del bien jurídico del delito de peculado doloso que mejor se ajusta a un Estado Constitucional de Derecho es la Teoría Patrimonialista Funcional, pues como bien lo refieren la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de la Naciones Unidas contra la Corrupción (de donde el Perú es parte) la realización de actos de corrupción –como el delito de peculado doloso- no necesariamente deben producir un perjuicio patrimonial al Estado. En ese sentido, se propone una modificación legislativa en el texto del artículo 387° del Código Penal, esto con el objeto de que a través de una ley se agregue como un elemento más el “entorpecimiento del servicio público”, es decir, ahora el texto de dicho artículo sería el siguiente: “*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 y que genere entorpecimiento del servicio público, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años, y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. La pena será privativa de libertad no menor de ocho ni*

mayor de quince años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de naturaleza perpetua, y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos (...)". De esa manera, será más sencillo para los operadores de justicia identificar el bien jurídico y el momento de su lesión. Asimismo, permitirá crear uniformidad de criterios en las instancias supremas, lo cual obviamente repercutirá en las instancias inferiores.

EFFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Se consolida el interés superior de lucha contra la corrupción en su dimensión como derecho y a su vez se establece un parámetro para poder lograr una mayor predictibilidad en las sentencias, esto dado que, en la situación actual existe demasiada discrecionalidad a la hora de sentenciar bajo los alcances del delito de Peculado Doloso. Además, es importante resaltar que la Administración Pública no debe ser vista solo desde su componente patrimonial sino también desde su componente funcional.

ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO

Presupuestalmente, la iniciativa legislativa al sólo proponer una modificación sustantiva del Código Penal, no implica para su aplicación exoneraciones tributarias, arancelarias o creación de nuevas entidades orgánicas. Por ende, no implica alguna iniciativa de gasto público; consecuentemente, no se colisiona ni transgrede funciones o separación de poderes, en su dimensión orgánica.