

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS POLÍTICAS**

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

TESIS:

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE SUSTENTAN EL INCREMENTO DE LA
PENA EN EL DELITO DE PECULADO CULPOSO**

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

Presentada por:

Bachiller: NEYSER DAGOBERTO HUAYAC HUAMÁN

Asesor:

Mg. LORENZO PÉREZ LIVIA

Cajamarca - Perú

2021

COPYRIGHT © 2021 by
NEYSER DAGOBERTO HUAYAC HUAMÁN
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

TESIS APROBADA:

FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE SUSTENTAN EL INCREMENTO DE LA PENA EN EL DELITO DE PECULADO CULPOSO

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

Presentada por:

Bachiller: NEYSER DAGOBERTO HUAYAC HUAMÁN

JURADO EVALUADOR

Mg. Lorenzo Pérez Livia
Asesor

Dr. Juan Carlos Tello Villanueva
Jurado Evaluador

M. Cs. Sandra Maribel Bringas Flores
Jurado Evaluador

M.Cs. Saúl Alexander Villegas Salazar
Jurado Evaluador

Cajamarca – Perú

2021



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



PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL DE TESIS

Siendo las 17: 12 horas del día 15 de noviembre de dos mil veintiuno, reunidos a través de Gmeet meet.google.com/uzm-thgh-yxn, creado por la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **Dr. JUAN CARLOS TELLO VILLANUEVA, M.Cs. SANDRA MARIBEL BRINGAS FLORES, M.Cs. SAÚL ALEXANDER VILLEGAS SALAZAR**, y en calidad de Asesor el **Mg. LORENZO PÉREZ LIVIA**. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno de la Escuela de Posgrado y la Directiva para la Sustentación de Proyectos de Tesis, Seminarios de Tesis, Sustentación de Tesis y Actualización de Marco Teórico de los Programas de Maestría y Doctorado, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada: **FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE SUSTENTAN EL INCREMENTO DE LA PENA EN EL DELITO DE PECULADO CULPOSO**; presentada por el **Bach. en Derecho y Ciencia Política NEYSER DAGOBERTO HUAYAC HUAMÁN**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó APROBAR con la calificación de QUINCE (15) la mencionada Tesis; en tal virtud, el **Bach. en Derecho y Ciencia Política NEYSER DAGOBERTO HUAYAC HUAMÁN**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**.

Siendo las 18: 28 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.

.....
Mg. Lorenzo Pérez Livia
Asesor

.....
Dr. Juan Carlos Tello Villanueva
Jurado Evaluador

.....
M.Cs. Sandra Maribel Bringas Flores
Jurado Evaluador

.....
M.Cs. Saúl Alexander Villegas Salazar
Jurado Evaluado

DEDICATORIA

Dedico el presente trabajo a Dios, ente poderoso y sabio que me ha sabido guiar por el camino de la sabiduría y la realización profesional.

A mi madre, por su sabia formación en mi desarrollo de niñez, por inculcarme con valores y principios para ser una persona de bien.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a mi familia, sustento y motivación principal de cada uno de mis logros profesional, a mis amigos, que estuvieron para mí cuando los necesité, y a todos los profesionales que supieron encaminarme y tuvieron un papel en la elaboración de esta investigación.

TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA.....	v
AGRADECIMIENTO.....	vi
RESUMEN.....	ix
ABSTRACT	x
INTRODUCCIÓN.....	xi
CAPÍTULO I	1
ASPECTOS METODOLÓGICOS	1
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	1
1.1.1. Contextualización o problemática.....	1
1.1.2. Descripción del problema.....	4
1.1.3. Formulación del problema.....	5
1.2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	5
1.3. OBJETIVOS	6
1.3.1. General.....	6
1.3.2. Específicos	6
1.4. DELIMITACIÓN Y LIMITACIONES	7
1.4.1. Delimitación.....	7
1.4.2. Limitaciones.....	8
1.5. TIPOS Y NIVEL DE TESIS	8
1.5.1. De acuerdo al fin que persigue.....	8
1.5.2. De acuerdo al diseño de investigación.....	9
1.5.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan.....	10
1.6. HIPÓTESIS.....	11
1.7. MÉTODOS.....	11
1.7.1. Genéricos.....	11
1.7.2. Propios del Derecho.....	12
1.8. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN	13
1.8.1. Técnicas.....	13
1.8.2. Instrumentos.....	13
1.9. UNIDADES DE OBSERVACIÓN	14
1.10. POBLACIÓN Y MUESTRA	14
1.11. ESTADO DE LA CUESTIÓN.....	14
CAPÍTULO II	15
MARCO TEÓRICO	15
2.1. MARCO IUS FILOSÓFICO.....	15
2.1.1. Positivismo metodológico	15

2.1.2. Derecho Penal y positivismo jurídico	18
2.2. PRINCIPIOS DEL PROGRAMA PENAL CONSTITUCIONAL.....	20
2.2.1. Principio de proporcionalidad	21
2.3. TEORÍA DEL DELITO	27
2.3.1. Acción	30
2.3.2. Tipicidad.....	36
2.3.3. Antijuricidad.....	48
2.3.4. Culpabilidad o reprochabilidad	53
2.4. TEORÍA DE LA PENA	58
2.4.1. Teorías Retributivas	59
2.4.2. Teorías Preventivas.....	64
2.4.3. Teorías Dialécticas.....	67
2.5. NATURALEZA DEL DELITO DE PECULADO CULPOSO.....	69
2.6. ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL DELITO DE PECULADO CULPOSO	71
2.6.1. Comportamiento típico.....	72
2.6.2. Relación con la antijuricidad	79
2.6.3. Bien jurídico protegido.....	79
2.6.4. Sujeto activo	81
2.6.5. Sujeto Pasivo	83
2.6.6. Elemento subjetivo.....	83
2.6.7. Consumación y tentativa	84
2.7. NORMATIVOS	86
2.8. OPERACIONALES	87
CAPÍTULO III	91
CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.....	91
3.1. Resultados.....	91
3.2. Contrastación de la hipótesis	99
CONCLUSIONES.....	111
RECOMENDACIONES.....	113
LISTA DE REFERENCIAS.....	114

RESUMEN

Existen diversos delitos que tutelan el bien jurídico de la administración pública; estos no solo pueden ser cometidos por funcionarios o servidores públicos como se podría pensar debido al aspecto nominal, por lo que generalmente se hace una distinción entre los tipos que pueden imputarse al ciudadano común y corriente, y aquellos que pueden ser imputados a los considerados como funcionarios o servidores públicos por el ordenamiento jurídico peruano.

El delito de Peculado Culposo se encuentra regulado en el artículo 387 del Código Penal peruano, y se avoca a regular la conducta omisiva del *intrañeus* del delito, es decir, la culpa del funcionario o servidor público que frente a la existencia de un deber objetivo de cuidado consistente en la salvaguarda de los efectos o caudales que forman parte del patrimonio de la administración pública, y que origina que un tercero sustraiga aquello que se percibe, administre o custodie.

A *prima facie* se trata de un tipo penal bastante cuestionable, no solo por haberse regulado en el mismo artículo que contiene la forma dolosa del delito, sino que por poseer una pena bastante atenuada en relación a los demás delitos contra la administración pública.

El presente trabajo versa sobre los fundamentos jurídicos que sustentarían un incremento en la pena del delito de Peculado Culposo, por lo que ha sido planteado que la pena actualmente observada en el tipo penal es desproporcionada en tanto no existe una correspondencia entre la pena y la conducta del autor del delito, que se trata de un delito que no protege al objeto de tutela, y que no se cumple con los fines preventivos de la pena.

Palabras Clave: *Peculado Culposo, delitos contra la administración pública, fundamentos jurídicos, pena.*

ABSTRACT

There are various crimes that protect the legal good of the public administration; These can not only be committed by officials or public servants as one might think due to the nominal aspect, so a distinction is generally made between the types that can be attributed to the common citizen, and those that can be considered as officials or servants public by the Peruvian legal system.

The crime of Guilty Embezzlement is regulated in article 387 of the Peruvian Penal Code, and it is advocated to regulate the omissionate conduct of the intraneus of the crime, that is, the guilt of the official or public servant who in the face of the existence of an objective duty of Consistent care in the safeguarding of the effects or flows that are part of the patrimony of the public administration, and that causes a third party to subtract what is perceived, administered or guarded.

To *prima facie* it is a questionable criminal type, not only because it has been regulated in the same article that contains the fraudulent form of the crime, but also because it has a fairly attenuated penalty in relation to other crimes against the public administration.

The present work deals with the legal foundations that would support an increase in the penalty for the crime of Guilty Embezzlement, for which it has been proposed that the penalty currently observed in the criminal type is disproportionate as there is no correspondence between the penalty and the conduct of the perpetrator of the crime, that it is a crime that does not protect the object of guardianship, and that the preventive purposes of the penalty are not fulfilled.

Keywords: *Guilty embezzlement, crimes against public administration, legal grounds, penalty.*

INTRODUCCIÓN

La creación del Derecho Penal ha pasado por una evolución bastante amplia. Puede que algunas personas consideren que el establecimiento de una teoría del delito por von Liszt marca un antes y después para esta rama jurídica (Hurtado P., 1987), pero incluso así no es posible identificar con precisión su antecedente más lejano.

No solo las teorías o el proceso sufren cambios, teniendo en cuenta que el contexto peruano en el que se desarrolla el presente trabajo es presidido por la “constitucionalización del Derecho”, sino que también los diferentes textos legales emitidos por el legislador, que varían tanto en sus elementos como en sus penas. Al respecto, el papel del legislador peruano ha sido modificado varias veces, pasando de tener un poder excesivo sobre la dación de la Ley, a encontrarse supeditado a la Norma Suprema.

Lo que no ha sido modificada es la potestad del Estado para imponer sanciones o consecuencias a determinadas conductas dentro de la sociedad, en tanto el delito es concebido como una afectación pública y no privada, en donde se lesionan bienes jurídicos que constituyen intereses concretos de la población. Desde este punto de vista, está plenamente justificado que en el proceso penal la víctima se constituya como actor civil y no como parte del proceso.

El *ius puniendi* limita a las personas en lo relacionado a pena, pero ¿qué ocurre cuando una pena demasiado leve?

Lo principal es la afectación a diferentes principios del Estado Constitucional de Derecho, resaltando la vulneración al principio de proporcionalidad, que no

únicamente es practicado por el juez que conoce el proceso, sino que impide al legislador establecer pena nimias o excesivas en correspondencia con el comportamiento desplegado, que puede ser omisivo o comisivo (Castillo, 2004).

Otra consecuencia de esta *mala praxis* ocurre en torno a la protección que se puede brindar al bien jurídico que pretende proteger el tipo penal, pues una pena radicalmente baja puede devenir en que los sujetos activos no puedan orientarse a través de la norma penal, lo que a su vez encuentra relación con los fines de la teoría de la pena, entre otras reacciones, pues como Hurtado (1987) ha establecido con anterioridad, el Derecho Penal es un medio de control social, y cualquier modificación puede generar cambios sustanciales en el ámbito de lo fáctico.

Lo anterior puede ser el caso del delito de Peculado Culposo, regulado en el artículo 387° del Código Penal de manera conjunta con el delito cometido por el elemento subjetivo del dolo; considerando que la pena varías de un *quantum* máximo de dos años para su forma base, y que va desde los tres hasta los cinco años cuando se encuentra agravada, se puede percibir que existe un riesgo mínimo para aquel funcionario o servidor público que no cumpla con el deber de cuidado que se le ha establecido.

Por lo anterior, la tesis planteada a versado sobre la concretización del principio de proporcionalidad en el ámbito penal, la materialización de la protección del objeto de tutela en el delito de Peculado Culposo y el cumplimiento de los fines preventivos de la pena como fundamentos jurídicos que sustentan el incremento de la pena en el tipo penal aludido.

Para demostrar ello, la investigación ha sido trabajada en tres diferentes capítulos: El primero concerniente a los aspectos metodológicos, comenzando por el planteamiento del problema, la justificación de la investigación, los objetivos generales y específicos, la delimitación y limitación de la tesis, los tipos y niveles que presenta el trabajo, el planteamiento de la hipótesis, la descripción de los métodos utilizados y las unidades de observación.

El segundo capítulo se avocó al marco teórico, en donde existió un trabajo sobre la filosofía del Derecho que sustenta la investigación, los principios del Estado Constitucional de Derecho, la teoría del delito, la teoría de la pena, y el análisis dogmático del delito de peculado culposo, necesario para conocer los elementos que lo conforman y establecer su naturaleza.

Finalmente, se ha realizado una contrastación de la hipótesis, para lo cual se ha dedicado el tercer y último capítulo del presente trabajo de investigación.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1.1. Contextualización o problemática

La corrupción de funcionarios y servidores públicos, constituye un problema de carácter y dimensión mundial que atenta contra la estabilidad y los valores de la democracia de un país, así como también contra la ética y la justicia, al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la Ley.

En el marco de estudio de Vargas (2016), la actual dogmática del Derecho Penal se encuentra caracterizada por el predominio de la orientación teleológica, y, en consecuencia, por una tendencia hacia la normativización en la elaboración de los conceptos jurídicos penales, la forma de comprender el tipo penal, ha sufrido bastantes modificaciones. El “dogma causal”, según el cual el tipo se reduce a una mera relación de causalidad entre la realización de comportamiento del autor y el resultado producido. Teniendo en cuenta que el “Estado”, construcción jurídica que concentra y monopoliza el poder político, elabora diseños de política penal (política criminal) frente a la delincuencia, con la finalidad de eliminarla, reducirla o, más sensatamente, controla bajo estándares de mínima lesividad. Estos diseños de política criminal se

viabilizan a través del Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y del ámbito penitenciario (pág. 233).

La libertad física es un Derecho fundamental reconocido en la Constitución Política de 1993 y los Tratados sobre Derechos Humanos. Se trata de un Derecho particularmente importante, pues, por lo general, las medidas orientadas a garantizar el orden público están relacionadas con normas que limitan su ejercicio, situación que se pone de manifiesto de modo particular en coyunturas de alta inseguridad ciudadana. Tales restricciones, generalmente, se enmarcan dentro del desarrollo de las investigaciones de un delito y de los procesos penales, lo que explica la necesidad de que los operadores jurídicos involucrados (policías, fiscales, jueces y abogados defensores) interpreten y apliquen de forma adecuada el marco normativo vigente que regula los supuestos en los que corresponde privar a una persona de su libertad física. En tal sentido, el Código Procesal Penal de 2004, en el artículo VI de su Título Preliminar, establece de forma clara lo siguiente respecto de las medidas por medio de las cuales, en el marco del proceso penal, se restringen los Derechos Fundamentales, entre ellos la libertad física.

En la actualidad según Reátegui (2015) establece que ningún país es inmune a la corrupción y muchos son especialmente vulnerados como consecuencia de la debilidad de su legislación o de sus instituciones. En el Perú, la percepción ciudadana considera que la corrupción es un grave problema. En la búsqueda de mecanismos para frenar a la

corrupción, la organización de las naciones unidas ha aprobado el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley y el Código Internacional de Conducta para los Titulares de Cargos Públicos, la Declaración de las Naciones Unidas contra la Corrupción y el Soborno en las Transacciones Internacionales Comerciales, además del Manual de medidas Prácticas contra la Corrupción. En américa, la Organización de Estados Americanos (OEA) viene promoviendo, además de la CICC, el Programa Interamericano de Cooperación para combatir la Corrupción, (...) este estudio busca señalar acciones y propuestas para ser desarrolladas en el ámbito de la legislación penal y procesal penal en los casos que corresponda (tipificando o modificando) los delitos de corrupción contemplados en la convención (p. 47).

En ese contexto, el problema que he decidido abordar en la presente investigación surge a raíz del cuarto párrafo del artículo 378° del Código Penal, respecto al delito de Peculado Culposo, ya que, hoy en día los jueces emiten sentencias sobre este tipo penal, con una pena privativa de libertad no mayor a los 2 años tal como lo establece el Código Penal vigente; sin embargo, aquella pena no resulta proporcional al hecho, específicamente en aquellas situaciones en las que un funcionario o servidor público da ocasión o permite que un tercero sustraiga caudales o efectos de la administración pública, ergo, resultaría insuficiente y requeriría un aumento de la pena.

Reátegui (2015), indica que en los delitos contra la administración pública, quizá los de mayor protagonismo en la administración de justicia, sean, los delitos de corrupción de funcionarios públicos; ello es fácilmente evidenciable en tanto los distintos medios de comunicación social en el Perú, en los últimos años, se encuentran cubriendo las situaciones de aquellos Presidentes Regionales o Alcaldes de alguna ciudad, que, abusando de su cargo funcional, sustraían dinero y bienes de las arcas de sus respectivas jurisdicciones para uso exclusivo y personal (pág. 49); dada la relevancia del delito, es prioritario formular una pena adecuada en torno a la protección del objeto de tutela, que cumpla los fines preventivos de la pena y muestre una mejor correlación con el principio de proporcionalidad

Ante esta complicación, se ha optado por analizar el delito de Peculado Culposo, buscando determinar los fundamentos jurídicos que sustentan un incremento de su pena.

1.1.2. Descripción del problema

La presente investigación buscó analizar el tipo penal de Peculado Culposo (cuarto párrafo del artículo 387° del Código Penal vigente) bajo la óptica de la desproporcionalidad de la pena en el delito, en relación a que un funcionario o servidor público, que ha sido negligente en los mecanismos de custodia de caudales o efectos, y que ha dado ocasión a que un tercero sustraiga los mismos de la administración pública,

siendo menester el establecimiento de su objeto de protección, desarrolló los alcances de la teoría de la sanción penal en relación a los fines de la pena, y finalmente, en base a lo concluido, propuso el incremento de la pena establecida en el artículo aludido.

1.1.3. Formulación del problema

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que sustentan el incremento de la pena en el delito de Peculado Culposo?

1.2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La presente investigación jurídica, se justifica debido a la apreciación de que, en la actualidad, dentro de la determinación de la pena existe una aprensión de injusticia – desproporcionalidad- entre los hechos con el tipo penal.

Es por ello que el trabajo de investigación radicó en los fundamentos jurídicos que sustentan el incremento de la pena en el delito de Peculado Culposo, en cuanto se procese y sentencie a aquellos funcionarios y/o servidores públicos, que perciban, administran y custodian los caudales del Estado, y permitan o den ocasión a que un tercero sustraiga los mismos, pues la pena del extremo máximo resulta insuficiente en correspondencia a la adecuada protección del objeto de tutela en el delito y no parece cumplir con los fines preventivos de la pena. La trascendencia práctica del presente trabajo se encausa a proponer razones jurídicas sobre las que los operadores jurídico-penales y, en especial los Jueces, sean capaces de determinar una sanción penal proporcional a un

funcionario o servidor público, mejorando la protección del correcto funcionamiento de la administración pública.

1.3. OBJETIVOS

1.3.1. General

Determinar los fundamentos jurídicos que sustentan el incremento de la pena en el delito de Peculado Culposos.

1.3.2. Específicos

- a) Analizar el delito de Peculado Culposos desde la teoría del delito.
- b) Establecer el objeto de protección en los delitos contra la administración pública; y en específico, en el delito de Peculado Culposos.
- c) Desarrollar los alcances de la teoría de la sanción penal en relación los fines de la pena.
- d) Proponer de *lege ferenda* la modificación del cuarto párrafo del artículo 387° del Código Penal, en relación a la sanción penal.

1.4. DELIMITACIÓN Y LIMITACIONES

1.4.1. Delimitación

1.4.1.1. Espacial.

La presente investigación se desarrolló en el espacio geográfico del territorio peruano al hacer referencia a los fundamentos jurídicos que sustentan el incremento de la pena en el delito de Peculado Culposo, artículo 387° del Código Penal, 4to párrafo; pues cuando se sancione a los funcionarios y/o servidores públicos que perciban, administren y custodien los caudales del Estado, el problema se sitúa en la norma penal peruana vigente, y la modificación será de aplicación a los alcances de nuestro territorio.

1.4.1.2. Temporal

La presente investigación se ubica en la dogmática jurídica penal y doctrina (ámbito temporal implícito), con miras al respeto irrestricto de los Derechos Fundamentales, que se expondrán para sustentar un incremento de la pena en el delito de Peculado Culposo cuando sancionen a los funcionarios y/o servidores públicos que perciban, administren y custodien los caudales del Estado.

1.4.2. Limitaciones

No se han presentado limitaciones en el desarrollo de la investigación.

1.5. TIPOS Y NIVEL DE TESIS

1.5.1. De acuerdo al fin que persigue

1.5.1.1. Básica.

La investigación básica consiste en la búsqueda desinteresada de nuevos conocimientos científicos (Bunge, 1972, pág.149). Esta ciencia, indaga sobre nuevos eventos científicos que crean o refutan teorías y proposiciones fundamentales de la ciencia en general, con validez más o menos universal. Es decir, su finalidad es incrementar el conocimiento doctrinario, dogmático o jurídico.

Respecto de este tipo de investigación, en el presente trabajo, se formuló una propuesta de modificación de la pena en el delito de Peculado Culposos, ergo, se propusieron razones jurídicas a fin de establecer los fundamentos que sustentan el incremento de la pena de la pena en el delito de Peculado Culposos, cuando se sancione a los funcionarios y/o servidores públicos que han dado ocasión a la sustracción de los caudales o efectos del Estado por culpa.

1.5.2. De acuerdo al diseño de investigación

1.5.2.1. Descriptiva.

El diseño descriptivo ha sido de utilidad para el proceso de planteamiento y descripción del problema de investigación, pues, ha permitido formular convenientemente la presente investigación, para posteriormente proceder a su contrastación dentro de un sistema teórico-normativo garantista. Su ejecución se dará identificando la dificultad para establecer los fundamentos jurídicos que sustenten el incremento de la pena de la pena en el delito de Peculado Culposo cuando sancionen a los funcionarios y/o servidores públicos que perciban, administren y custodien los caudales del Estado. Es decir, se describirán los alcances de la teoría de la sanción penal en relación los fines de la pena, así como lo relacionado al delito estudiado.

1.5.2.2. Propositiva.

En la investigación propositiva se formula una propuesta de modificación, derogación o creación de una norma jurídica Tantaleán (2016). En este sentido, un estudio propositivo, necesariamente tendría que ser dogmático, pues la modificación de una norma implica la alteración de una institución jurídica, y una variación de esta naturaleza implica

una revisión de la dogmática del Derecho (págs. 8-9).

En aquella dirección, el trabajo tuvo un corte propositivo, toda vez que propusieron fundamentos jurídicos que sustentaron el incremento de la pena en el delito de Peculado Culposo cuando se sancione a los funcionarios y/o servidores públicos que perciban, administren y custodien los caudales del Estado, con la finalidad de la elaboración de realizar una propuesta doctrinal, argumentativa (incremento de la pena del cuarto parrado del artículo 387 del Código Penal), en cuanto se alcanzó la validez de la hipótesis.

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

1.5.3.1. Cualitativa.

Sobre los métodos cualitativos de investigación, Jiménez (2000), refiere que parten del supuesto básico de que el mundo social está construido de significados y símbolos. Luego, la investigación cualitativa puede ser vista como el intento de obtener una comprensión profunda de los significados y definiciones de la situación tal como nos la presentan las personas, más que la producción de una medida cuantitativa de sus características o conducta (pág. 30). Por ser una investigación en donde se plantearon fundamentos jurídicos que permitieron describir, comprender e interpretar los

fenómenos a través de las percepciones y significados producidos por las experiencias de los participantes, se utilizó la recolección de datos sin medición numérica como las descripciones y las observaciones para descubrir o afinar preguntas de investigación en el proceso de interpretación de las teorías de la pena para la maximización del tipo penal, el trabajo es de tipo cualitativo.

1.6. HIPÓTESIS

Los fundamentos jurídicos que sustentan el incremento de la pena en el delito de Peculado Culposos, son:

- a)** Concretización del principio de proporcionalidad en el ámbito penal.
- b)** Materialización de la protección del objeto de tutela en el delito de Peculado Culposos.
- c)** Cumplimiento de los fines preventivos de la pena.

1.7. MÉTODOS

1.7.1. Genéricos

1.7.1.1. Inductivo.

Por medio de este método obtuvimos conocimientos partiendo de lo particular a lo general; es decir, del análisis de cada institución jurídica o teoría involucrada en nuestro objeto de

investigación, pudimos efectuar generalizaciones con relevancia científica que permitirá sustentar las afirmaciones realizadas en relación a la hipótesis planteada.

1.7.2. Propios del Derecho

1.7.2.1. Hermenéutica jurídica.

Mediante este método, buscamos el contexto histórico, social y, todo factor que ocasiona la determinación de los fundamentos jurídicos que sustentan el incremento de la pena en el delito de Peculado Culposos.

La hermenéutica tiene un conjunto de reglas o principios a tener en cuenta, como: Contexto, Gramática, Semántica, Sintaxis, y las Circunstancias Histórico Culturales (Sánchez, 2011, pág. 25).

1.7.2.2. Método dogmático.

El problema jurídico se resuelve con la determinación de los fundamentos jurídicos que sustentan el incremento de la pena en el delito de Peculado Culposos, para lo que se recurrió a la doctrina nacional y extranjera; al Derecho comparado y ocasionalmente a la jurisprudencia.

El método dogmático permitió la descomposición del texto en elementos simples (dogmas), con los que luego se procedieron

a constituir en una teoría interpretativa, en una combinación de cuatro juegos del lenguaje: la referencia al texto de la ley (interpretación literal), análisis conceptual, las fuentes del Derecho (interpretación operativa) y la presentación de las evaluaciones. De allí que el delito haya podido ser analizado con éxito en el marco teórico de esta investigación sin la necesidad de recurrir a algún saber empírico, pero también se ha podido arribar a conclusiones que no se podrían haber obtenido a través del texto (Gascón A. & García, 2015).

1.8. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

1.8.1. Técnicas

1.8.1.1. Recopilación y análisis documental.

Se empleó la técnica de fichaje o recopilación documental para captar la información existente del problema estudiado. Esta técnica nos permitirá seleccionar, sistematizar y analizar los argumentos contenidos en las posturas doctrinales, teóricas, filosóficas y jurisprudenciales sobre el objeto de estudio.

1.8.2. Instrumentos

1.8.2.1. Hoja guía de recopilación y análisis documental

Se utilizaron las hojas guía de recopilación en sus diversas modalidades, preferentemente las fichas bibliográficas y de

contenido: textuales y de resumen; las mismas que nos sirvieron para elaborar la bibliografía final, las citas correspondientes y anotar las ideas extraídas de los trabajos leídos.

1.9. UNIDADES DE OBSERVACIÓN

La normativa relativa al tipo penal del cuarto párrafo del artículo 387° del Código Penal vigente.

1.10. POBLACIÓN Y MUESTRA

No es aplicable para la presente investigación.

1.11. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Haciendo la búsqueda respectiva en el RENATI, no se ha encontrado ningún trabajo de investigación relacionado a la tesis que se sustenta en esta ocasión, siendo que, de lo buscado, guardando cercanía únicamente con lo propuesto por Díaz (2017) en la legislación nacional, en la investigación “La Imputación en el Delito de Peculado”.

No obstante, las conclusiones a las que se llegan versan sobre un análisis del delito de Peculado Culposo, estableciendo su especialidad, su configuración y su naturaleza como infracción del deber, algo completamente distinto de la presente tesis, que busca determinar los fundamentos jurídicos que sustentan el incremento de la pena en el delito de Peculado Culposo.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. MARCO IUS FILOSÓFICO

En este acápite se discurrirá sobre las principales corrientes *iusfilosóficas* que configuran el sustento del presente trabajo de investigación, para lo que se ha optado por desarrollar lo relativo al positivismo metodológico en tanto se relacione con la temática, y de igual manera al Derecho Penal en relación al positivismo jurídico.

2.1.1. Positivismo metodológico

La investigación trata sobre la determinación de los fundamentos jurídicos que sustentan el incremento de la pena en el delito de Peculado Culposos, por lo que es menester realizar un análisis del artículo 387 del Código Penal peruano vigente; ante aquello, y en un primer momento, podemos relacionar al presente trabajo con la corriente del positivismo jurídico.

A diferencia del iusnaturalismo o el realismo jurídico, el iuspositivismo considera que el único Derecho con validez es el que se constituye como una expresión positiva de un conjunto de normas dictadas por el Estado; ergo no sería fundado en un ser superior como Dios o la naturaleza o un orden justo y trascendental, sino sería emanado de un procedimiento formal (Marcone, 2005, págs. 127-128). En este sentido,

pueden esbozarse tres trascendentales acepciones sobre el positivismo jurídico: el positivismo metodológico, que considera que no existe una relación conceptual necesaria entre el Derecho y la moral; el positivismo teórico que sostiene la carencia de “fisuras” en el Derecho, y que, por tanto, este podría dar solución a todos los problemas que se susciten; y el positivismo ideológico, que articula la obediencia al Derecho por el hecho de ser Derecho (Gascón A. & García, 2015, págs. 220-223).

De las acepciones de positivismo antes rescatadas, podemos vincular a la investigación con el positivismo metodológico, pues se trataría de un significado abierto a la moralidad y no obstaculizador, entendiendo que el Derecho siempre, y por más que sea “fruto de la mayor autonomía posible de los ciudadanos y contenga «cotos vedados» para evitar que esa autonomía acabe con la de todos, con la de la mayoría o con la de una minoría”, debe dejar abierta la posibilidad de realizar una “crítica moral externa” (Rodríguez U., 2000, pág. 506).

Tras establecer de manera general que el positivismo metodológico encuentra diferencia entre tomar al Derecho como lo que es y como lo que debería o no ser, y que respalda la determinación de los fundamentos jurídicos que sustentan el incremento de la pena en el delito de Peculado Culposos, es necesario hacer mención de aquellas

tesis “implícitas o conexas” al positivismo metodológico¹: la primera sería la tesis de la neutralidad, la que define al Derecho sin considerar su valor moral, lo establece como conjunto de normas y no de hechos², y disocia a la teoría del Derecho de la política del Derecho; la tesis de las fuentes sociales, considera que el Derecho se relaciona con las prácticas sociales, siendo que el “único Derecho es el Derecho positivo” que ha sido creado y desarrollado por las personas a través de “prácticas y convenciones”; finalmente, la tesis de la discreción, que considera al Derecho como una obra humana y falible de manera técnica³ y moral (Gascón A. & García, 2015, págs. 220-221).

El trabajo de investigación encontraría relación con la última tesis, es decir, la tesis de la discreción, pues se optaría por cuestionar lo establecido en el cuarto párrafo del artículo 387 del Código Penal peruano, es decir, se cuestiona el Derecho positivizado desde el análisis de la propia norma en función al principio de proporcionalidad, la adecuada protección del objeto tutelado, y el cumplimiento de los fines preventivos de la pena, configurando ello una crítica que busca subsanar un aspecto falible dentro del Derecho.

¹ Aunque según Gascón y García (2015), “no todos los positivistas metodológicos las asumen, y cuando es así, no siempre lo hacen con el mismo alcance” (pág. 220).

² Lo que se contrapone con la tesis ontológica del realismo de Guastini (2014), por la que el Derecho sería un conjunto de hechos y no de entidades abstractas, postula que las normas jurídicas son existencias lingüísticas que nacen de un legislador, y el Derecho no es un conjunto de textos normativos sino de significados extraídos a través de la interpretación, mismos que además son aceptados y se encuentran vigentes (pág. 93).

³ De donde derivan problemas como las antinomias y lagunas jurídicas.

2.1.2. Derecho Penal y positivismo jurídico

Como se ha adelantado, no existe un consenso unitario sobre el significado del término “positivismo”; por el contrario, podemos decir que el positivismo jurídico ha sido utilizado para designar tesis heterogéneas y contradictorias sobre el Derecho, ya que, mientras unas separan a la moral del Derecho, otras se ocupan de vincular el Derecho con la fuerza⁴ (Prieto S., 2000, pág. 161).

Gracias a ello, la tarea de relacionar al Derecho Penal con el positivismo jurídico se vuelve tediosa y confusa; por ello, antes de enlazar aquellas ideas debemos atender esencialmente lo concerniente a la tesis de identificación del Derecho desde el positivismo: el primer modo de comprender a la tesis de identificación del Derecho aboga por una concepción formalista, en la que “la determinación de lo que es Derecho no puede depender de criterios o argumentos morales”, siendo que el razonamiento jurídico sería “autónomo o insular” (Moresso, 2002, p 46).

La segunda versión de la tesis determina que “lo que es el Derecho no necesita depender de criterios o argumentos morales”, por lo que también podría ser, o no, posible identificar el Derecho mediante argumentos morales; el tercer y último modo aboga que la determinación del Derecho “no debe depender de criterios o argumentos morales”, avocándose a la problemática sobre los

⁴ En donde, aparentemente, el Derecho no puede cuestionarse.

comportamientos moralmente correctos, la autonomía moral y la certeza (Moreso, 2004, págs. 46-55).

Una vez desarrolladas las versiones de la tesis de identificación del Derecho, se podría colegir que la legislación penal peruana trata al positivismo jurídico desde el segundo modo, en tanto, en concordancia con Moreso (2004) se permiten comportamientos morales y se excluyen los que no lo son, siendo que los jueces recurren frecuentemente a la argumentación moral (págs. 59-62). Sin embargo, debemos considerar también el contexto del Derecho Penal en el Perú con el fin de sustentar el trabajo de investigación, pues se busca incrementar la pena sobre el delito de Peculado Culposos.

Para ello debemos ubicar al positivismo y al positivismo penológico del Perú, al igual que sucede en Chile, entre un modelo de “positivismo contenido” en razón de limitaciones procesales para determinar si un hecho constituye o no delito, y “por la cuantía de la pena determinada judicialmente” (Matus A., 2007, pág. 198). Por aquello surge la siguiente interrogante: ¿Qué atenúa al positivismo jurídico en el Perú?

Prieto Sanchís (2000), refiere que la justicia constitucional ha lesionado un aspecto del positivismo jurídico, que se corresponde con el “legalismo”; gracias a esta afirmación podemos encontrar un punto de quiebre entre aquella proposición que aboga por la soberanía de la Ley y la supremacía de la norma constitucional en un Estado Constitucional

de Derecho (pág. 162).

Una vez entendida la relación entre positivismo jurídico y Derecho Penal, podemos concebir que la determinación de los fundamentos jurídicos que sustentan el incremento de la pena en el delito de Peculado Culposos sean buscados desde el análisis del artículo 387 del Código Penal, desde el objeto de protección del delito, desde el ámbito externo a lo tipificado con los alcances de la teoría de la sanción penal en relación a los fines de la pena, y en relación al principio de proporcionalidad, la adecuada protección del objeto de tutela del delito aludido, y el cumplimiento de los fines preventivos de la pena. Ello se encontraría justificado en que el Derecho es criticable desde el positivismo metodológico, y puede ser sustentado en argumentos morales como la proporcionalidad, o, en todo caso, la norma de rango legal se supedita a la justicia de rango constitucional, lo que brinda la posibilidad de proponer la modificación del cuarto párrafo del artículo 387 del Código Penal.

2.2. PRINCIPIOS DEL PROGRAMA PENAL CONSTITUCIONAL

Naturalmente, el significado que se le da al vocablo “principio” es impreciso; aquella generalidad puede ocasionar confusiones entre otros términos como el de “regla”, y es sumamente necesario identificar a ambos términos de manera precisa.

Robert Alexy (2011) realiza una distinción “teórico - normativa” entre lo que se conoce como regla y como principio; la regla puede o no ser satisfecha, empero el principio constituye un “mandato de optimización”, y, por tanto, su cumplimiento se dará según las posibilidades y la delimitación que se dé según los otros principios (pág. 12).

En base a lo manifestado, el presente acápite trata al principio de proporcionalidad en el marco del Derecho penal subyugado al Estado Constitucional de Derecho, ya que el principio mencionado, tal como se apreciará más adelante, obtiene su fundamento en relación a la norma de carácter constitucional.

2.2.1. Principio de proporcionalidad

Hablar del principio de Proporcionalidad sin antes referirse necesariamente a la razonabilidad del Derecho, resulta una tarea, por decir lo menos, complicada. Sin embargo, y a fin de lo que aquí compete, conviene realizar dicha labor, en consecuencia, se puede afirmar que, cuando nos referimos a razonabilidad, esto supone forzosamente un examen de las razones, en este caso, del Derecho (Sapag, 2008).

En tal sentido, resulta lógico que la razonabilidad sirva en estos casos como un medio para justificar el ordenamiento jurídico. En efecto, cuando el legislador opta por emitir una determinada ley, o cuando un magistrado o jurista realizan determinada interpretación respecto a una

ley en cuestión, deben optar por elegir una salida, frente a otras que puedan presentarse (Sapag, 2008).

Ahora bien, como ya se tiene entendido, dentro de un Estado Constitucional de Derecho, el análisis que frente a una norma se realice, tendrá como derrotero el verificar que se ha seguido el cauce constitucional respectivo. Sin embargo, dicho examen no solo debe verificar que se siga lo indicado por la normativa aplicable, sino que, al ser un estudio de la Constitución, debe regirse, desde el punto de vista sustancial, por el principio de Proporcionalidad o razonabilidad (Sapag, 2008).

En cuanto a la evolución que el principio aquí tratado ha tenido. Cabe indicar que su evolución deviene del sistema anglosajón, aunque también ha sido desarrollado en el Derecho euro continental con alcances similares. De esta manera, el principio de proporcionalidad o razonabilidad, como se le conoce en la cultura anglo sajona, empezó a ser tratado con mayor detenimiento tras las reformas al debido proceso legal, que fueron introducidas en la constitución de Estados Unidos (Sapag, 2008).

Es así que, las reformas antes indicadas permitieron un control de razonabilidad que frente a una referida ley (estatal y federal) podían aplicar los jueces encargados de resolver el caso. Sin embargo, el debido proceso legal no es un concepto reciente ni tampoco

estadounidense, sino que, al contrario, tiene orígenes en la constitución de Juan sin Tierra del año 1215, pues en ella ya se establecía el derecho de cada ciudadano a ser ajusticiado por la autoridad competente (Caminos, 2014).

En la época previa a la guerra civil estadounidense, la suprema corte norteamericana logró aplicar esta cláusula, aunque con muchas limitaciones, pues carecía de reglas para poder emplear la razonabilidad en el control constitucional. No obstante, fue con la victoria de los estados del norte que recién inició un corte sustancial en la interpretación constitucional por parte de la Suprema Corte (Sapag, 2008).

Un punto de inflexión frente al tópico aquí tratado, es el de la era Lochner en Estados Unidos, pues aquí, la Suprema Corte derogó distintas normativas referentes al caso.

El principio de proporcionalidad, a diferencia de lo que se podría llegar a suponer, no se condice con una “reminiscencia del talión”, por el contrario, se relaciona con la correspondencia entre la pena y el bien jurídico que ha sido lesionado; no es una operación matemática, sino, tiene una dimensión axiológica y compleja (Castillo A., 2004, pág. 282).

El concepto de proporcionalidad para autores como Barnes (1998), se integra de “criterios y herramientas” que son utilizados para sopesar los límites de la licitud de los límites normativos (pág. 16). Para el caso del

Derecho Penal, la proporcionalidad se dirigiría a restringir la sanción en su tipo y cuantía.

El principio de proporcionalidad, para (Diez Ripolles, p. 162 citado por Peña Cabrera 2015)

Como principio independiente dentro de los principios de la sanción, recoge la creencia de que la entidad de pena, la cual se refiere a la aflicción que ella origina debido a su naturaleza e intensidad o por los efectos socio personales que se generan, debe adecuarse a la importancia de la afección del objeto tutelado y también a la intensidad de la responsabilidad concluyente.

Según Villavicencio Terreros (2006), Este principio el cual también es conocido como prohibición en exceso, tiene como finalidad conseguir establecer un equilibrio entre el poder penal que tiene el Estado, la sociedad y el imputado. Este principio es básico pues evita toda intervención gravosa por parte del poder estatal y guarda una relación directa con el principio de estado de derecho El principio de proporcionalidad considera que la pena debe ser adecuada al daño ocasionado por el agente, según el grado de culpabilidad y perjuicio socialmente ocasionado Este principio es de suma importancia debido a que establece una jerarquía en las lesiones y llega a establecer un grado de coherencia mínima. Entre las magnitudes de penas relacionadas a cada conflicto criminalizado. (págs. 116-117)

Castillo Alva (2004), desarrolla la naturaleza del principio de proporcionalidad⁵ en relación al concepto de justicia⁶, específicamente se señala a la justicia distributiva, pues ambas implican una distribución de sanciones o cargas o una especie de límite que no se puede rebasar (págs. 286-291). Desde aquel punto de vista, no se puede negar la dependencia que adscribe la definición de la proporcionalidad en base a la justicia material, de tal manera que, si no es justo tampoco parece ser proporcional.

Una vez entendido el principio de proporcionalidad en el marco de la legislación penal peruana de un Estado Constitucional de Derecho, debemos ocuparnos justamente sobre el cimiento constitucional sobre el que se construye en nuestro ordenamiento.

En relación con el párrafo anterior, y en cuanto a su fundamento, podemos admitir que se trata de una “fundamentación compleja” que posee dos dimensiones: por una parte tenemos a la dignidad de la persona, pues el sometimiento a un castigo desproporcionado se contradice con aquel fin estatal en tanto se realiza la reducción del ser humano a un instrumento; la segunda se condice con criterios inmanentes de justicia que se correlacionan con los valores constitucionales y sociales conformantes de la idea de Estado, en tanto

⁵ De manera conjunta con la igualdad.

⁶ Según Castillo Alva (2004), la justicia no puede ser definida desde la doctrina ius filosófica, pero, se pueden describir sus elementos y algunas notas que la incluyen o excluyen.

la igualdad y la proporcionalidad son elementos de la justicia (Castillo A., 2004, págs. 295-296).

En el caso de la legislación española, Barnes (1998) da a entender que su fundamento también merece una naturaleza constitucional, de tal manera que el legislador se encontraría vinculado a este principio bajo sanción del Tribunal Constitucional español (pág. 20).

En opinión de Castillo Alva (2004), el principio aludido se delimitaría por su función, es decir, es aplicable únicamente para encontrar la correlación entre la pena y el delito que vulnera el bien jurídico; también hace alusión a una función mediante la que coadyuva a la selección de los bienes jurídicos que el Derecho tutelaré (págs. 298-299).

Entonces, sería coherente afirmar que aquellos delitos que son percibidos como “graves” o de más relevancia, bajo el principio de proporcionalidad, deben ser reprimidos con sanciones consecuentemente más graves.

Pero para poder comprender la idea del párrafo anterior, se debe diferenciar de dos tipos de proporcionalidad según su ámbito de aplicación: una dirigida hacia el legislador y también llamada como abstracta; otra dirigida hacia el juez al momento de sentenciar y también llamada como proporcionalidad concreta⁷ (Castillo A., 2004, págs. 301-

⁷ Autores como Ferrajoli pueden diferenciar otra proporcionalidad relacionada con la función ejecutiva (Castillo A., 2004, pág. 301).

302). Sobre la última, retomando a los principios desde el punto de vista de Robert Alexy (2011), es decir, como mandato de optimización, la proporcionalidad se refiere a tres subprincipios: idoneidad, referida a la relación entre el medio y el fin; necesidad, que versa sobre los medios; y proporcionalidad en sentido estricto (págs. 13-15).

Efectivamente, el test de proporcionalidad es bastante utilizado en la argumentación jurídica, pues al momento de sentenciar o incluso imponer medidas coercitivas⁸, los operadores jurídicos buscarán manifestar a este principio en la medida que sea posible. Por otra parte, la disminución, aumento o modificación de las penas recaerán en el ámbito de la proporcionalidad legislativa, ergo, se busca mantener una correspondencia entre el acto y su consecuencia jurídica, ante lo que es idóneo que el actuar de aquella función se relacione íntimamente con este principio.

2.3. TEORÍA DEL DELITO

Para la interpretación del tipo penal que nos avocamos a estudiar, es menester desarrollar un conjunto de categorías que coadyuven a la sistematización de los elementos del delito, es decir, debemos desarrollar lo que se conoce en el Derecho Penal como “teoría del delito”.

⁸ Como es el caso de la prisión preventiva.

La teoría del delito, entonces, puede definirse desde diferentes puntos de vista en el marco del Derecho Penal. Desde su génesis, podríamos señalar que la misma se ha manifestado como una serie de criterios y reglas para establecer la responsabilidad penal, y cuyas categorías se encuentran en una evolución constante; es un instrumento de carácter científico que se avoca a analizar los comportamientos humanos (Valarezo Trejo, Valarezo Trejo, & Durán Ocampo, 2019, pág. 332). De esta manera, la teoría del delito se constituye como un camino que da lugar al establecimiento de la existencia de un delito y la imputación de su consecuencia jurídica.

Otra versión de la teoría del delito podría partir desde su finalidad misma, en otras palabras, desde lo que se materializa al final del análisis que se realiza sobre el comportamiento del individuo. Bajo este punto de vista, una teoría del delito no sería otra cosa que una “teoría de la imputación”, en tanto se busca justamente “imputar” al delincuente la comisión del hecho punible como propia (Donna, Teoría del delito y de la pena: Tomo II, 1996, pág. 1).

En correspondencia con la anterior definición, Plascencia (2000) ha mencionado en un mismo sentido que, la teoría del delito se encarga de analizar y estudiar los comportamientos humanos, tanto las omisiones como las acciones, que recaigan bajo la posibilidad de aplicarles una consecuencia jurídico penal (pág. 12).

Según Peña Cabrera (2015) la teoría del delito ha poder entenderse como una construcción teórica conceptual, la cual se encuentra compuesta por una serie

de niveles o categorías dogmáticas, que tienen como principal objetivo, cuando una conducta humana debe merecerse una sanción punitiva, en cuanto a la concurrencia de punición que se identifican con los elementos teóricos que componen la teoría del delito (p. 41).

(Bacigalupo citado por Peña Cabrera 2015) que la teoría del delito viene a ser un instrumento conceptual que tiene por finalidad permitir una aplicación racional de la ley a un caso, como tal pretende establecer básicamente un orden para el planteamiento y la regulación de los problemas que implica la aplicación de la ley penal, valiéndose para ello de un método analítico, es decir que busca separar los diversos problemas que existen en niveles y categorías.

Teniendo en cuenta lo anterior, Bacigalupo (1999) considera que la teoría del delito tiene una doble función mediadora, ya que, por un lado, se encarga de mediar entre la ley y la solución del caso concreto, es decir entre la norma general que expresa la valoración del legislador, y la concreción de este en una norma particular que termina por decidir un caso concreto. Por otro lado, se cuenta con una mediación entre la ley y los hechos objeto del juicio, pues cada una de las categorías de la teoría del delito se refieren a determinados aspectos del hecho que constituyen el material objetivo al que se debe aplicar la ley (pág. 203).

Para Villavicencio (2006) la teoría del delito o teoría de la imputación penal es aquella encargada de definir las características generales que debe tener una conducta para que pueda ser imputada como un hecho punible. Ha sido

producto de una extensa evolución de la dogmática penal (pág.223). La teoría del delito según (Naquira Riveros citado por Villavicencio 2006) no se encarga de los tipos delictivos concretos si no de aquellos aspectos del concepto de delito que son comunes a todos los hechos punibles (pág.223).

De esta manera, no existe ninguna duda de que la teoría del delito se compone para determinar la imputación de un individuo a fin de imponerle una pena o una medida de seguridad, en tanto se logrará identificar cada uno de los elementos a observar en el tipo penal que regule la conducta.

2.3.1. Acción

El considerar a un hecho como punible, se realiza sobre la base de que la conducta desplegada debe ser humana, de esta manera todo delito siempre será, en un primer momento, un comportamiento humano, ya sea por acción u omisión (Mezger, 1958).

Frente a lo expuesto, surgen en torno a esta categoría distintos problemas respecto a su conceptualización, de entre los cuales destaca aquel referido a su naturaleza ontológica o normativa. Otra de las controversias que genera la conducta como categoría delictiva es aquel alusivo a sus formas de aparición, concernientes a la omisión o acción en su génesis (Hurtado, 1987).

No obstante, existe un consenso en la dogmática penal para considerar a la conducta como un suceso del mundo externo direccionado por el

espíritu humano. A fin de explicar ello cabe servirse de lo planteado – prima facie – por la teoría causalista, según la cual se considera a la conducta como aquel comportamiento humano guiado por la voluntad, ajeno a la finalidad que haya podido prever el agente (Hurtado, 1987).

Frente a lo expuesto en el párrafo precedente, surge – hacia inicios de la década de 1930 – la teoría finalista de la acción, propuesta por Welzel (Muñoz y García, 2010). Según esta, contrario a lo señalado por las teorías causalistas, se debe considerar como acción a aquella conducta guiada por la voluntad humana, pero con un objetivo en concreto (fin ontológico), esto es, hacia una finalidad en específico; lo expresado fue planteado sobre la base de que el ser humano, de cierta manera, puede pronosticar el resultado de su comportamiento, así como las circunstancias concomitantes que este generase (Hurtado, 1987).

Es así, que según lo expuesto por la teoría de la finalidad de la acción – a diferencia de lo planteado por los postulados causalistas – se vislumbra más allá de la mera voluntad humana, la finalidad que se busca con esta, ya que lo propuesto por la teoría causal abarca un concepto muy extensivo de aquello que debe entenderse por acción, los cuales podrían resultar o no conexos con el suceso delictivo acontecido (Muñoz y García, 2010).

No obstante, lo expresado anteriormente, también cabe señalar que frente a la teoría finalista de la acción, se han esgrimido varias críticas

que hacen patentes sus deficiencias, siendo una de las más resaltantes aquella referida al comportamiento omisivo, dado que, bajo el prisma de dicha teoría, las actuaciones indicadas quedarían excluidas del ámbito penal, puesto que en estas no logra vislumbrarse la finalidad delictiva del actuar humano (Hurtado, 1987), empero, se ha buscado defender ello con la alusión a una finalidad potencial, según la cual el agente en el despliegue de sus actividades tuvo la posibilidad de prever el resultado lesivo que ocasionaría (Mezger, 1958).

Frente a las teorías expuestas, se alza una tercera que busca situarse en un punto intermedio entre lo ontológico y lo normativo, de esta manera se encuentra la teoría social, según la cual más allá del hacer u omitir, debe importar para el derecho penal la relevancia social que dicho actuar pueda tener, de esta manera, se entiende por socialmente relevante a aquella interacción del ser humano con el mundo exterior la cual queda determinada – para efectos del derecho penal – por los efectos que la actuación indicada tenga en el plano fáctico (Hurtado, 1987).

De lo expuesto en el presente acápite, se podría concluir que aquello que se entiende como la categoría de acción, es una mera construcción normativa que determina cual será aquella conducta penalmente relevante que para ser considerada como delito deberá pasar por los análisis de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad (Muñoz y García, 2010). No obstante, el debate entre las teorías finalistas y causalistas

ha pasado a un segundo plano, para dar paso en su lugar a una discusión político criminal respecto a lo que el concepto de acción comprende (Hurtado, 1987).

Ahora bien, en cuanto a la acción como categoría del delito, resulta necesario indicar que esta posee una función limitadora o clasificatoria respecto de las conductas, siendo un primer filtro; en el Perú se acoge una concepción finalista, que cumple plenamente su función de delimitar y se establece como aquel acto humano voluntario y dirigido hacia una finalidad (Campoverde Nivicela, Orellana I., & Sánchez Cuenca, 2018, págs. 316-317).

En conexión con la primera definición otorgada por Campoverde, Orellana y Sánchez (2018), autores como Donna (1996), resuelven descartar a la tesis causalista de la acción por sus diversos problemas en la teoría del delito⁹, y se inclinan más por lo establecido por Wezel sobre la acción finalista, es decir sobre aquella que considera a la voluntad dirigida hacia un fin dentro del comportamiento, estableciendo la existencia de una dirección en el comportamiento (pág. 12).

Sobre aquello, un autor como Hurtado Pozo (1987), que describe a la acción desde un punto de vista histórico como parte del análisis que realiza, considera que el apoyo a la tesis causalista de acción, que en su concepción no dio cabida al elemento de voluntad, es una postura

⁹ Un ejemplo de ellos es el relativo a la omisión.

que no es mayoritaria, pues incluso quienes optan por apoyar a esta tesis no lo hacen de una manera absoluta. Además de ello, también es rescatable que la tesis de la acción social es mencionada como complemento de la acción finalista, en el sentido de que la institución de ciertos comportamientos de relevancia dentro del contexto peruano, ayudaría a la acción finalista a superar de manera más sencilla el problema de la omisión.

Para Bacigalupo (1999) la acción cumple con la función mínima de establecer el mínimo de elementos que determinen la relevancia que tiene un comportamiento humano para el derecho penal. En ese sentido se entiende que el concepto de acción está referido a comportamientos que eventualmente se pueda predicar la culpabilidad del autor (pág. 245).

Según Bacigalupo (1999) lo largo del tiempo en el que existió el concepto de acción, esta se convirtió en el eje central de las discusiones relativas a la estructura del delito. Pues existió un enfrentamiento entre 2 grupos, uno grupo a favor de la teoría causal y otro grupo a favor de la teoría finalista de la acción, confrontación que termino con terminó con la imposición de las transformaciones sistemáticas propugnadas por la última. (pág.246).

El comportamiento, por otra parte, puede manifestarse como una acción, que es un concepto utilizado desde el origen del Derecho Penal

y hace referencia a un comportamiento en sentido positivo; la omisión, que configura una especial forma de llevar a cabo el hecho punible y es excluido por la acción; y como omisión impropia (Plascencia V., 2000, págs. 51-58).

Entonces, una acción podría ser establecida como el comportamiento voluntario, ejecutado mediante acción, omisión u omisión impropia, que se dirige hacia una finalidad.

De acuerdo con Villavicencio (2006) La acción cumple una serie de funciones, tales como política, de base, de enlace y delimitación. (pág. 265).

Función de política e ideológica pues “solo el derecho penal basado en el acto cometido puede ser controlado y limitado democráticamente”

Cumple una función de base ya que en esta recaen las categorías del delito, ya que es la acción la base sobre la cual logra descansar el concepto del delito. La acción también cumple una función de enlace, pues la conducta actúa como un instrumento que une los elementos de la estructura del delito. Esto se debe a que la acción pasa a través de todas las categorías del delito asumiendo determinadas características hasta que se configure como como un delito propiamente dicho. La Función de delimitación ya que se establecen un número mínimo de condiciones para que se pueda determinar la relevancia de un comportamiento para el Derecho Penal (pág. 265).

Según Bacigalupo (1999) es necesario tener en cuenta las causas de exclusión de la acción para entender cuando no encontramos en una las causas de exclusión de la acción vienen a ser las siguientes: a) Los

actos reflejos (por ejemplo, las reacciones producidas por un estornudo, que hacen imposible controlar el movimiento corporal como consecuencia del cual se lesiona a otro). *b)* La fuerza física irresistible (ejemplo: el caso en el que se produce la muerte de un niño, al ser violentamente despedido por una avalancha incontenible de personas) *c)* Los estados de inconsciencia absoluta (el supuesto de la madre que, dormida, ahoga con su cuerpo al niño que duerme a su lado) (pág. 265).

2.3.2. Tipicidad

Desde el ocaso del siglo XIX e inicios del siglo XX, las ciencias de la naturaleza se hallaban en auge y siendo que, por aquel entonces, se propusieron los primeros atisbos de lo que hoy en día se entiende como delito, la dogmática penal de esa época trató de imitar la comprensión de este – siguiendo una lógica positivista – al modelo propuesto por dichas ciencias, es así que el delito siguió un método causalista caracterizado principalmente, por valorarlo tal y como las ciencias naturales pudieran describir un hecho ocurrido en el plano fáctico (Mir, 2016).

De esta manera, el análisis de la parte objetiva del tipo formaba parte de la antijuricidad penal, no concibiéndose a la tipicidad como una categoría delictiva (Hurtado, 1987), antes bien, del examen antijurídico a realizarse, resultaba necesario efectuar el desvalor de resultado, pero para realizar dicha indagación era necesario – en algunos casos –

recurrir a elementos subjetivos de la conducta (dolo y culpa), sin embargo, ello resultaba contradictorio a un análisis antijurídico propio de un positivismo naturalista que examinaba al delito de manera análoga al cómo lo hacían las ciencias naturales respecto a su objeto de estudio; rezagando el estudio de los elementos subjetivos a la categoría de culpabilidad (Mir, 2016).

Es así, que un punto de inflexión en la superación del problema advertido, llega hacia la década de 1930, pues en estos años es que se proponen las teorías finalistas de Welzel, la cuales parten de estructuras lógico-objetivas precedentes al derecho en sí, de las cuales el legislador no puede hacer otra más que respetarlas y partir de ello tipificar las conductas delictivas (Hurtado, 2010).

Teniendo como marco el escenario planteado, es que según el análisis advertido a partir de lo que se entiende como acción final – y siendo que la antijuricidad consiste en un examen sobre el hecho –, resulta imposible deslindar a la acción de la finalidad que lo preside, “así, en los delitos dolosos, el dolo ha de considerarse componente esencial del injusto, y no de la culpabilidad” (Mir, 2016, p. 164).

Llegado a este punto, resulta necesario – para entender efectivamente la concepción de tipicidad que se tiene hoy en día – establecer la relación existente entre tipicidad y antijuricidad, de esta manera la idea moderna de lo que hoy se concibe como tipo penal, halla su origen en

los postulados de Beling (Mir, 2016), quién lo forja como una mera subsunción de la conducta fácticamente realizada con lo descrito en la ley penal, sin realizar juicio alguno de desvalor sobre el hecho realizado (Hurtado, 1987).

Sin embargo, con el arribo del pensamiento neo-Kantiano, mediante el cual se introdujo la idea de valor en el análisis del delito, es que dejó de entenderse a la tipicidad como una categoría completamente ajena a la antijuricidad, sino por el contrario esta halla su razón de ser en la tipicidad, por ello, se señaló que en el análisis típico de la conducta se realiza un juicio provisional de desvalor, toda vez que la tipicidad constituye el medio que utiliza la antijuricidad penal, para que una conducta tenga relevancia penal (Mir, 2016).

Dado así el contexto, se puede afirmar que la tipicidad acarrea consigo una sospecha de antijuricidad, ello en vista a que el legislador regula una conducta cómo delito pensando que esta resulta contraria al Derecho Penal, no obstante, es en base a las ideas finalistas que nuevamente vuelve a entenderse a la conducta típica como un indicio de que pueda ser antijurídica, separando para ello ambas categorías, pero además añadiendo una valoración en el tipo, toda vez que este presenta los elementos que son relevantes para el derecho penal (Muñoz y García, 2010).

De lo señalado, cabe resaltar que, para calificar a una conducta como contraria al Derecho Penal esta debe, en primer lugar, lesionar o poner en peligro un bien jurídico protegido por el Derecho Penal, además de no encontrar una causa de justificación; siendo, así las cosas, con la tipicidad se valoran los elementos necesarios que debe revestir la conducta para lesionar o poner en peligro el bien jurídico merecedor de protección penal (con lo cual se justificaría su indicio de comportamiento antijurídico) relegando el examen de las causas de justificación a la antijuricidad (Hurtado, 1987).

Frente a esto último es que surge la teoría de los elementos negativos del tipo, según la cual, la admisión provisional de que la conducta típica supone su antijuricidad, no debe ser provisional, sino definitiva, ello en vista a que, en caso se evidencie la concurrencia de alguna causa de justificación en el respectivo examen antijurídico también supone la exclusión de la tipicidad (Muñoz y García, 2010).

A pesar de lo expuesto, lo cierto es que dicha teoría da un alcance muy general a lo que debe entenderse por tipo, no obstante, del planteamiento que realiza se evidencia la presencia de un aspecto positivo y de otro negativo, pero en esta ocasión ya no del tipo en sí, sino del supuesto de hecho, siendo que el aspecto positivo constituye la conducta típicamente regulada y el negativo se refiere a la ausencia de causas de justificación; en síntesis, podría decirse que el supuesto de hecho (para su realización) trasciende a la conducta típica, porque

además, requiere la carencia de alguna causa que justifique a dicha conducta (Mir, 2016).

Por su parte no todas las conductas, que – en un sentido estricto – encajen perfectamente en lo descrito por la norma primaria, supondrán que efectivamente resultan típicas, pues para realizar un correcto desvalor de resultado, este deberá ser atribuido a una conducta lo suficientemente grave, ya sea a título de dolo o culpa (desvalor de conducta) capaz de producirlo; del mismo modo pueda que el daño ocasionado resulte insignificante, sea aceptado socialmente o que el bien jurídico protegido sea de libre disponibilidad del titular (Hurtado, 1987).

Ahora bien, siendo que, para realizar el análisis típico es necesario recurrir al desvalor de resultado, cabe señalar que este supondrá la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido, es por ello, que resulta crucial poner en contexto aquello que debe entenderse por bien jurídico, a fin de lograrlo se debe acudir a su conceptualización tanto dogmática como político criminal, siendo que por esta última se entiende a aquello que resulta merecedor de la protección del derecho penal, mientras que en el plano dogmático consiste en aquel objeto protegido por la transgresión de la norma que se trate (Mir, 2016).

Sin embargo, más allá de lo expresado, también es necesario acudir a la diferenciación entre la esencia misma de aquello que es el bien

jurídico con su contraparte en el plano objetivo, ante ello Mir (2016) indica que el punto básico que sirve como parámetro y del cual se puede establecer en qué realmente consiste el bien jurídico penal, es la funcionalidad del mismo, sin importar si es que este tiene un sustrato material o inmaterial, concibiéndolo de esta manera como “una relación dialéctica de realidad y valor” (p. 176).

Como someramente se adelantó líneas atrás la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido (desvalor de resultado) deberá ser objetivamente imputable a una conducta, que bajo el prisma de un observador común, resulte lo suficientemente grave para producir dicho efecto típico (desvalor de conducta), por ello se indica que el análisis que recae sobre tal comportamiento se realiza ex ante, ya que, admitir lo contrario supondría, en uno u otro caso, prohibir todas aquellas conductas capaces de generar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, aunque desde una observación previa no puedan vislumbrarse como generadoras de tal resultado (Mir, 2016).

Lo previamente expuesto guarda cercana relación con los elementos subjetivos del tipo, ello en vista a que, el desvalor de conducta a realizarse – como comportamiento efectivamente grave capaz de producir el resultado lesivo o la puesta en peligro – no puede ser entendido sin acudir al dolo o culpa, ello en vista a que la conducta constituye una unidad objetivo-subjetiva inescindible, sobre la cual también tendrá efectos la valoración se realice para efectos del derecho

penal, pues la consecuencia jurídica (imposición de una pena), difiere tanto si tratase de un delito doloso como de uno culposo (Muñoz y García, 2010).

Por su parte, para Villavicencio (2006) la tipicidad viene a ser el resultado de una coincidencia entre una conducta y el tipo penal. Al proceso de verificación se le conoce como juicio de tipicidad, el cual es un proceso de imputación en el cual el intérprete, teniendo como base al bien jurídico protegido, va a establecer si un hecho en específico puede ser atribuido a lo contenido en el tipo penal (p. 295).

Cuando se habla de tipicidad, no podemos obviar aquellos cambios que surgieron a la teoría del tipo original planteada por Beling, pues, ella no comprendía a varios elementos como los relativos al ámbito subjetivo, que iba a parar a un análisis en la categoría de reprochabilidad (Hurtado P., 1987); actualmente, se reconoce que la tipicidad consta de elementos objetivos, referidos a aspectos como el bien jurídico protegido o el sujeto activo, y subjetivos, referidos al dolo y la culpa que pudiese recaer en la acción típica, así como elementos normativos y descriptivos del tipo.

La teoría del tipo penal puede tener dos sentidos según Wessels, Beulke y Satzger (2018) los cuales son el tipo en sentido amplio el cual se refiere al conjunto de todos los requisitos de la punibilidad. Y el tipo en sentido restringido (p. 74).

Como lo mencionan Wessels, Beulke y Satzger (2018) este concepto de tipo amplio comprende los elementos del tipo de injusto, de la antijuridicidad y de la culpabilidad, así como de las condiciones objetivas de punibilidad. Este concepto es fundamental en lo referido a la función de garantía de la ley penal (ya que incluye todos los requisitos de la punibilidad previstos legalmente, la cual no puede ser fundamentada ni ampliada con base en el derecho consuetudinario ni en la analogía en perjuicio del autor (se le denomina tipo de garantía) (p. 74).

Y por otro lado tal como indican Wessels, Beulke y Satzger (2018) el tipo en sentido restringido (tipo de injusto) ya que se agota en la descripción de aquellos elementos que termina otorgando al delito correspondiente determinando así las características individuales y determinan el contenido del injusto típico. La tipicidad en sentido restringido solo termina dando lugar a un juicio general-provisional más no a un juicio definitivo sobre la antijuridicidad y el carácter material de injusto del hecho; es más, el indicio respecto a la antijuridicidad que puede ser excluido por medio de la concurrencia de una causa de justificación (p. 75).

El tipo penal, para Bacigalupo (1999) viene a ser la descripción de la conducta prohibida por una norma; "matar a otro" (art. 138, Cód. Penal), por ejemplo, describe la acción que infringe la norma que prescribe "no matarás". Realizar un tipo penal significa, por ende, llevar a cabo la

conducta por él descripta como lesiva de la norma (p. 220).

Bacigalupo (1999) considera la existencia de dos conceptos de tipo, según el contenido que poseen:

El Tipo de Garantía: este se encuentra directamente ligado con el principio de legalidad puesto que, “contiene todos los principios que condicionan la aplicación de la pena” (p. 221).

El tipo sistemático: se refiere directamente al tipo, ósea que es el tipo en sentido estricto. El que hace una descripción de la acción prohibida por la norma. El tipo sistemático coincide con el tipo de error: pues los elementos objetivos de este tipo son los que, en su caso, debe haber conocido el autor para que pueda afirmarse que obró con dolo; el error sobre uno de esos elementos excluye el dolo y, consecuentemente, la tipicidad (p. 221).

Un concepto actual de tipo penal puede ser aquel que englobe al conjunto de presupuestos materiales, en referencia también a los elementos descritos en el párrafo anterior, que permitan fundamentar y condicionar la aplicación de una consecuencia jurídica, considerando que la “amenaza de pena” debe ser restringida a solo algunas acciones que infrinjan una norma que a su vez justifica su creación en la protección de un determinado bien jurídico (Donna, Teoría del delito y de la pena: Tomo II, 1996, págs. 64-65). Ello se condice con una perspectiva más garantista de lo que es el tipo penal, ergo, la

consecuencia recaería únicamente sobre algunos supuestos preexistentes en la legislación penal, siendo que toda actuación estatal que exceda lo mencionado vulneraría derechos y principios con contenido constitucional.

El tipo penal se compondría de una “serie de elementos”; en su vertiente objetiva permitiría colegir la responsabilidad penal de un individuo lejos de la causalidad material y acogiendo argumentos razonables, por lo que se analizan elementos de carácter objetivo como el autor, el verbo rector, el resultado, el bien jurídico protegido, entre otros elementos; en su vertiente subjetiva, se analiza la actitud psicológica de la persona que ha cometido el delito, por lo que se toma en cuenta al dolo y a la culpa (Valarezo Trejo, Valarezo Trejo, & Durán Ocampo, 2019, págs. 333-335).

Para Villavicencio (2006) El tipo penal es una figura conceptual muy necesaria pues es a través del tipo que es posible delimitar el campo de lo prohibido en el que interviene el derecho penal. El tipo penal viene a ser la consecuencia más importante del principio de legalidad, ya que al ser un concepto límite de gran trascendencia este termina por fortalecer este principio es por ello que el tipo penal ha terminado convirtiéndose en uno de los instrumentos más útiles de la dogmática penal (p. 296).

Debido a su conexión con la protección brindada por el Derecho Penal, se torna como pertinente realizar un análisis sobre los bienes jurídicos, y contrastarlo con la teoría de la vigencia de la norma para optar por una de las posturas de esta discusión clásica.

2.3.2.1. El objeto de protección en el Derecho penal: bienes jurídicos y la vigencia de la norma

Avocándonos a la evolución histórica de la teoría del bien jurídico, podríamos ubicar su origen con Birnbaum, que lo estableció en contraposición a la teoría de la lesión del Derecho de Feuerbach, en tanto el bien del primero era anterior al Derecho del segundo; Junto a Birnbaum, Welzel y von Liszt, integrarán una corriente que consideraría al bien jurídico algo independiente a la legislación penal, con la contraposición de Binding, Honig y Mezger, que sostendrían que el bien jurídico se encuentra delimitado por el Derecho Penal y no al revés (Szczaranski V., 2012, págs. 382-387). Actualmente en el Perú, el Derecho Penal se encuentra regido por la teoría del bien jurídico, lo que se puede percibir claramente desde la instauración de principios como el de lesividad.

En aquel sentido, podemos afirmar que el concepto de bien jurídico es originado u ostenta un vínculo con la Constitución, ya que el legislador no puede justificarse en sus funciones para

determinar algún bien jurídico, sino que requiere de las “decisiones valorativas fundamentales” contenidas en la Constitución o las normas de rango constitucional para que el Estado cumpla con la finalidad de brindar protección de las condiciones de vida de la sociedad (Donna, Teoría del delito y de la pena: Tomo II, 1996, págs. 50-52).

Mayer (2017), explica que el bien jurídico se constituye como un requisito para que el Estado ejerza el *ius puniendi*, siendo que permite organizar los delitos, así como determinar su injusto, y a riesgo de dar una definición criticable, asume que los bienes jurídicos son materiales o inmateriales, y se manifestarían como condiciones ligadas al desarrollo del individuo bajo el marco del Estado Democrático de Derecho (págs. 235-236). A pesar de que la generalidad del concepto, podemos establecer una conexión con los bienes jurídicos y los intereses dentro de una convivencia social.

Cuando, por el contrario, tratamos sobre la vigencia de la norma, la debemos relacionar con la prevención general como función de la pena, mayormente en una perspectiva intimidatoria, pues se correspondería como único objeto de protección del Derecho Penal (Duran Migliardi, 2016, págs. 279-285). Evidentemente ello no nos permite delimitar la capacidad de imponer penas por parte de un Estado, y sería

relacionado a estrategias propias de un Derecho Penal del enemigo.

La vigencia de la norma como fundamento del Derecho Penal es obsoleta en el Perú; existen pocos autores que defienden aquella postura, y los tribunales suelen pronunciarse en base a los bienes jurídicos; por ello, para este trabajo de investigación se deberá entender que nos posicionamos sobre el bien jurídico como objeto de protección del Derecho Penal.

2.3.3. Antijuricidad

De acuerdo con Plascencia (2000), la antijuricidad, que puede ser entendida como el elemento que diferencia los comportamientos contrarios a Derecho de los que no, presenta una grave aflicción en relación a lo establecido por Binding, que explicaba que el delincuente cumple con lo establecido en la descripción del supuesto de la fórmula legal; debido a aquello se deberá entender a la antijuricidad como una carga valorativa sobre el comportamiento, en cuanto se procederá a verificar aquello desde su aspecto negativo (págs. 131-132).

Si no existe alguna causa de justificación¹⁰ que pueda inclinar la valoración hacia la postura de que no existe un delito, entonces se establecerá que el comportamiento es antijurídico; por aquella lógica,

¹⁰ Legítima defensa, estado de necesidad justificante, e cumplimiento de un deber o el ejercicio legítimo de algún Derecho, o el consentimiento entre otros.

los operadores jurídicos suelen priorizar la parte negativa de esta categoría en sus argumentos por sobre una parte positiva.

Otro aspecto a destacar en cuanto a la antijuricidad como categoría delictiva, cabe resaltar que, es un elemento fundamental el analizar si la conducta desplegada del supuesto sujeto activo del delito se ha constituido como una vulneración o perjuicio hacia el ordenamiento jurídico penal. En tal sentido, la antijuricidad se construye sobre el carácter de determinar si la conducta desplegada es contraria al Derecho Penal, lo cual, cabe destacar es distinto a la que se puede conceptualizar como antijuricidad administrativa o civil (Hurtado, 1987).

De esta manera, ha de quedar efectivamente acreditada que la conducta desplegada ha cumplido con la prohibición expresada en el tipo penal; sin embargo, para que cumpla con la absoluta expresión de “antijuricidad” es necesario analizar que la conducta no se encuentre justificada por alguna norma permisiva establecida como causa de justificación de la conducta, ante ello, y como se adelantó en el examen respectivo a tipicidad, el que una conducta encuadre con la conducta prevista en el tipo penal no supone plenamente que sea contraria al derecho penal, pues se puede presentar el caso de que se esté ante una causa de justificación (Mir, 2016).

Es así que, las causas de justificación vienen a constituir una eximente o atenuación de la responsabilidad penal cuando estas se establecen

en el análisis de determinado caso en concreto, entre ellas tenemos: la legítima defensa; el estado de necesidad justificante; el ejercicio legítimo de un deber, derecho u profesión; y, por último, el consentimiento (Muñoz y García, 2010).

A su vez, Villavicencio (2006) indica que existen diferencias entre La antijuridicidad Formal, la cual viene a ser la contradicción entre la conducta y el ordenamiento jurídico, esto se refiere a la oposición al mandato normativo el cual desobedece el deber de actuar o de abstención que se establecen en las normas jurídicas. Y por otro lado tenemos a la antijuridicidad material viene a ser concebida como una ofensa nociva a un bien jurídico que la norma busca proteger.

La afeción al bien jurídico que se produzca puede ser una lesión o una puesta en peligro la antijuridicidad. La antijuridicidad materia tiene una importancia práctica debido a que permite realizar graduaciones del injusto y darle un provecho dogmático. El autor considera que la antijuridicidad es un concepto único el cual cuenta con 2 aspectos el formal y el material. Es formal debido a que su punto de partida es el ordenamiento jurídico y Es material porque termina implicando la afectación de un bien jurídico (p. 529).

Ahora bien, en cuanto a las causas de justificación que se presentan, desarrollar La legítima defensa

En lo que respecta a la legítima defensa, podemos decir que esta se puede tornar en perfecta o imperfecta, esto en referencia a que se hayan cumplido los requisitos exigidos para su valoración, será perfecta cuando concurren adecuadamente todos los requisitos, por otro lado, será imperfecta cuando unos de los requisitos exigidos se vean insatisfechos o mermados considerablemente. Es necesario mencionar que la legítima defensa puede ser en pro de la protección de un bien jurídico propio o en pro del bien jurídico de un tercero (Mir, 2016).

Para la concurrencia de una legítima defensa se ha de presentar: una agresión ilegítima; una necesidad racional del medio empleado; y, por último, una falta de provocación suficiente. En lo concerniente al primer elemento, se requiere que el bien jurídico se encuentre en un efectivo peligro, en una situación real donde este se pueda verse mermado (si esto no se presenta podemos caer en una legítima defensa putativa) y necesariamente que la situación peligrosa sea una situación actual (no se permite legítima después de que ha acabado el peligro) (Mir, 2016).

En lo que refiere al segundo elemento, se menciona que el medio del cual se sirve el sujeto pasivo para defender el bien jurídico sea prudente y necesario para afrontar la situación delictuosa, sin sobrepasarse o cometer un acto independiente que desborda el ánimo de proteger y donde se puede corroborar un exceso (Hurtado, 1987).

Respecto del tercer elemento se puede decir que es necesario que el sujeto activo no hay sido quien haya deliberado la agresión por el sujeto activo y que no haya sido aquel que incentive o motive a que el sujeto activo despliegue una conducta nociva para el bien jurídico.

2.3.3.1. Estado de necesidad justificante

El estado de necesidad justificante es aquella situación que compromete a determinado sujeto a realizar una valoración de bienes jurídicos en pro de salvaguardar el más valioso, es así que, exige una ponderación de bienes jurídicos donde uno se ve necesariamente sacrificado para que otro prevalezca, en el mismo sentido se ha de considerar que el sujeto ha adoptado un medio adecuado para vencer el peligro y que este ha sido un peligro actual (Mir, 2016).

2.3.3.2. El ejercicio legítimo de un deber, derecho u profesión.

El código penal actual ha creído conveniente mencionar que determinadas conductas serán justificadas cuando estas se desprendan del ejercicio legítimo de un deber, derecho u profesión. Por ello se debe identificar los casos cuando determinados sujetos estén realizando un acto que en primer momento se ha de considerar como punible, pero que, sin embargo, este acto ha de tener una permisibilidad por las esferas profesionales o de derechos que se le han otorgado

(Hurtado, 1987).

2.3.3.3. El consentimiento

Existe debate por parte de la doctrina en considerar al consentimiento como una causa de justificación o como elemento objetivo del tipo penal ubicado en el análisis de la tipicidad objetiva. Observándolo como una causa de justificación, mencionaremos que el consentimiento actúa como una permisión otorgada por el sujeto pasivo de menoscabar un bien jurídico de categoría disponible y que por esa misma razón el Estado no puede interferir más allá de la libre valoración del titular del bien jurídico protegido, considerando a la conducta como justificada (Hurtado, 1987).

2.3.4. Culpabilidad o reprochabilidad

La culpabilidad viene a constituir el análisis de reprochabilidad moral deducida por el autor del injusto penal, ello debido a que la sola característica típica y antijurídica de una conducta no supone el que una conducta sea castigada con pena, sino que además se requiere que la misma sea “personalmente imputable” (Mezger, 1958, p. 189), dando así origen a la responsabilidad jurídico penal.

En tal sentido, de la categoría delictiva aquí tratada, se entiende que, si el sujeto activo del injusto penal ha podido comprender los mandatos

que exige la norma penal y de la misma manera ha podido verse motivados a cumplirlos, se busca encontrar si el sujeto ha tenido la suficiente capacidad para poder encaminar su conducta de una manera adecuada y no lo ha hecho, solo ahí, podremos decir que el sujeto es culpable de la conducta delictiva (Mezger, 1958).

La culpabilidad parte del análisis de un sujeto imputable, es decir, si por las características psíquicas y físicas el sujeto se ha visto en la capacidad de responder por sus propios actos y de entender las prohibiciones que expresa el tipo penal, de esta manera, si encontramos en el sujeto alguna condición que cambie su estado a “inimputable”, no podrá atribuírsele una conducta culpable, como ejemplo de cuestiones de inimputabilidad tenemos: sujetos menores de edad, sujetos con oligofrenia severa, sujetos con esquizofrenia severa, sujetos con severa alteración de la conciencia y percepción, entre otros (Muñoz y García, 2010).

Otro elemento a destacar en la culpabilidad que da determinado por el conocimiento de la antijuricidad, de esta manera, en los casos de delitos dolosos, se considera, por regla general que el autor tiene conocimiento de la ilicitud de su actuación (Muñoz y García, 2010). De esta manera establecemos que un elemento que puede excluir la culpabilidad de la conducta es el nivel de conocimiento de la antijuricidad que ostentaba el sujeto activo a la hora de realizar un delito.

En el derecho peruano a esta clase de error en la antijuricidad se lo considera como un “error de prohibición” teniendo una categorización de este como vencible invencible, donde el segundo (dependiendo de las circunstancias y el análisis que se hace de cuan efectivo fue el desconocimiento de la antijuricidad de la conducta) puede llegar a eximir de penal. El error de prohibición puede ser “directo o indirecto”, en el primero, el sujeto no conoce la norma penal y por esa razón no puede conocer que su conducta desarrollada es delito, en el error de prohibición indirecto el sujeto actúa pensando que su conducta era comprendida por una norma permisiva que lo facultaba de desplegarla, en este sentido, el sujeto actúa en el pensamiento de que se encuentra dentro de una causa de justificación (Hurtado, 1987).

En esa línea de ideas, también se considera que como un análisis de la culpabilidad, la posición que ostentaba el sujeto que ha realizado el injusto y la exigibilidad que tenía de su comportamiento en determinada situación, así entra en consideración lo conocido como el estado de necesidad exculpante donde se puede verificar una ponderación de dos bienes jurídicos de igual categoría, importancia y significancia, en este estado que involucra situaciones extremas no se ha de valorar el reproche de la conducta porque no se considerará una exigibilidad de comportamiento al sujeto realizador del injusto y donde la colisión de bienes jurídicos ha provocado la valoración de uno en detrimento de otro para la prevalencia y protección del bien jurídico salvaguardado

(Mir, 2016).

Finalmente, tenemos la consideración del miedo insuperable, teniendo como aquel que nubla la conciencia del sujeto y lo someto a la realización de actos que los realizará por el inigualable terror que le provoca una determinada situación (por ejemplo: un sujeto es amenazado a colaborar con el terrorismo o los terroristas mataran a su familia).La culpabilidad según Bacigalupo (1999) culpabilidad constituye el conjunto de condicione que determinan que el autor de una acción típica y antijurídica sea criminalmente responsable de la misma.

Por su lado, Para Peña Cabrera (2015) indica que:

La culpabilidad constituye la simbolización de garantías y logros para el adecuado desarrollo de la personalidad, sin duda la valoración debe incidir sobre el hombre en concreto y sus capacidades igualmente concretas: al estar inmersos en un sistema social se deduce la exigencia de que cada individuo sea responsable de los hechos atribuibles a su ámbito organizativo interno, como un rol basado en la integración del sistema (pág. 440).

En tal sentido, este autor considera lo siguiente con respecto a la culpabilidad, para él la culpabilidad es:

- a) El campo donde se van valorar jurídicamente las características personales del autor del delito (Imputación Individual).
- b) La conciencia de la antijuridicidad viene a ser la base central de la culpabilidad, ya que esta debe ser non nativa y no de naturaleza moral.
- c) Deber de exigibilidad, solo se le puede al autor aquellos actos que tenía el deber de realizarlos u omitirlos y cuando en virtud de sus conocimientos especiales y en base a las circunstancias en

concreto se encontraba en la capacidad de realizarlos (p. 441). La culpabilidad deberá ser entendida, en lo que respecta a esta investigación, como aquellos presupuestos que son satisfechos dependiendo de la imputabilidad de una infracción descrita en el tipo penal hacia un determinado sujeto (Mañalich R., 2011, pág. 98). En todo caso tiene sentido que se la llame reprochabilidad, pues constituye el examen sobre si se puede reprochar a un individuo por un comportamiento que, a nivel de antijuricidad, calza en lo que regula el supuesto de la norma penal.

La idea de culpabilidad se sustenta en un análisis básico que se hace teniendo como consideración a, no únicamente la capacidad de tomar decisiones libremente que posee el individuo, sino que, abarca la valoración sobre la capacidad para tomar decisiones correctas (Donna, Teoría del delito y de la pena: Tomo II, 1996, pág. 185).

Partiendo de ello, afirmamos que esta categoría consta de un examen para determinar si, quien se erigió como sujeto activo en la tipicidad del delito, posee una capacidad suficiente para diferenciar lo bueno y lo malo, misma que puede ser afectada por factores como la edad del individuo, la existencia de un estado de necesidad exculpante o las capacidades inferiores a la persona promedio que este podría ostentar.

2.4. TEORÍA DE LA PENA

Bacigalupo (2010), considera a la “filosofía o la ideología” referente a las teorías de la pena, como un “conjunto” de razones dirigidas a la legitimación de una limitación del derecho de libertad mediante el Estado de Derecho con el ejercicio del *ius puniendi*; aquellas ideas contienen una “noción de criminalidad” ligada a un orden social, y una reacción que recae en la sociedad y que discurre sobre la limitación de un derecho del sujeto activo (pág. 17).

Villavicencio (2006) señala toda concepción de la pena es necesariamente, una concepción del derecho penal, de su función y del modo de cumplir esta función Villavicencio citando a Bacigalupo indica que: toda teoría de la pena es una teoría de la función que debe cumplir el derecho penal (pág. 45).

Además, Villavicencio (2006) menciona que las teorías son conocimientos estructurados sobre un determinado tema, por lo que, la teoría de la pena no sería otra cosa que un conjunto de subteorías que tratan a la pena desde una perspectiva particular. En el presente apartado, de la teoría de la pena, versaremos sobre las principales teorías que buscan justificar a la pena, ergo, dichas concepciones serán utilizadas posteriormente para cumplir con los objetivos de la presente investigación (pág. 45).

Bacigalupo (1999) señala que existe una estrecha relación entre la función del derecho penal y las teorías de la pena esto se debe a que: toda teoría de la pena es una teoría de la función que debe cumplir el derecho penal. De forma más clara se tiene que hay dos líneas de pensamiento. Por un lado, se

sostiene que el derecho penal tiene una función metafísica la cual consiste en la realización de un ideal de justicia, y por otro lado que el derecho penal tiene una función social, la cual se caracteriza por la prevención del delito con miras a proteger determinados intereses de la sociedad los cuales se encuentran reconocidos por el derecho positivo (pág. 29.).

2.4.1. Teorías Retributivas

Históricamente, el surgimiento de las llamadas teorías retributivas o absolutas se sustentan en la “revaloración” de la persona, resaltando que incluso en su situación como condenado, se intentó preservar su dignidad; las concepciones de Kant o Hegel deben entenderse como un producto sintomático del dominio de las teorías relativistas de la época (Durán M., 2011, pág. 125).

Para estas teorías la pena es la retribución por el delito cometido: lo que se busca es producirle un daño a un individuo con la finalidad de que se pueda compensar el daño que se ha causado libremente, equilibrándose así la culpabilidad del autor por el ilícito cometido. Es por ello que se entiende a la pena como aquella que atiende al pasado al hecho que se cometió. Cuando se habla de retribución esa idea se no se encuentra referida al concepto de venganza si no de medida. (Villavicencio 2006 pág. 47).

Villavicencio (2006) Señala que esta idea de retribución se tiene como base tres presupuestos esenciales. Primero la potestad estatal para

castigar al responsable mediante la pena. Segundo, la necesaria existencia de una culpabilidad que pueda ser medida según la gravedad del injusto cometido. Tercero, la necesidad de armonizar el grado de culpabilidad y la gravedad de la pena. De tal forma que la pena, dictada en la sentencia, sea considerada justa por el autor y la colectividad.

En lo que concierne a las teorías retributivas de la pena, estas podrán ser divididas en finalidades absolutas y relativas, según se refiera a compensar el acto ilícito o a evitar la comisión futura de un hecho punible (Cordini, 2014, pág. 674). Aquellas serán las dos principales corrientes que contemplará el presente trabajo de investigación.

Debido a que, tal como o menciona Feijoo (2007), las teorías de Kant y Hegel ocupan un lugar importante en las teorías de la pena, algo constante no solo en Alemania, sino en las demás partes del mundo (pág. 63), es sumamente menester estudiar las concepciones que tenían estos dos juristas en el marco de las teorías retributivas de la pena, ya que, ambos serían sus máximos exponentes, y nos permitirán diferenciarlas de manera idónea debido al distinto camino que estos tomaron, muy diferente el uno del otro.

2.4.1.1. Concepción ética de Kant

Mediante el desarrollo de la concepción de Kant, no estaríamos haciendo otra cosa que discurrir sobre la concepción absoluta de la pena más clásica; desarrollando una noción *talional* de

justicia, Kant no consideraba que el ser humano debería instrumentalizarse en favor de utilitarismo, por lo que, si se debía imponer una pena no era por un fin preventivo especial o preventivo general, sino sobre la base suficiente del merecimiento de la pena debido a que el sujeto habría delinquido (Feijoo S., 2007, págs. 71-72). Conociendo ello, lo desarrollado por el autor bajo comentario se debe entender desde un profundo respeto hacia la naturaleza humana, lo que se refleja en que, aún tras haber cometido un delito, Kant considera que el ser humano no debería ver menoscabada su esencia como humano.

Kant puede partir de la idea de que el derecho es un conjunto de condiciones para que el arbitrio de los humanos se concilie, para luego establecer al Derecho Penal como un derecho del soberano (Durán M., 2011, págs. 126-127).

En aquel sentido, Durán (2011), manifiesta que Kant realiza fuertes críticas sobre el sistema penal erigido bajo el principio de igualdad, por lo que, aun admitiendo que las circunstancias sociales pueden influir en las consecuencias, defendía un sistema *talional*, en el que si cometes una acción la consecuencia debería ser similar para “no decantarse por ningún lado”, estableciendo de esta manera, inclusive, la pena de muerte en aquellos casos en los que el *talión* lo exigiese

(pág. 131). Actualmente, en el Perú, esta concepción sería ciertamente muy criticada, sobre todo tras la celebración de diversos Convenios y pactos relacionados a los Derechos Humanos, o el establecimiento de un modelo penal garantista.

Los principales ataques que se pueden realizar a la teoría de Kant, parten desde un panorama actual, pues, el aludido se habría interesado más por tomar a la pena desde una perspectiva moral que de justificar la potestad estatal de penar, así como que, en el panorama contemporáneo, ha dejado de importar versar sobre la pena independientemente de sus efectos, sino que la teoría de la pena se ha centrado en estos en vínculo con la pena (Feijoo S., 2007, pág. 78).

2.4.1.2. Concepción jurídica de Hegel

Las posturas hegelianas sobre la teoría de la pena poseen un lugar privilegiado en la actual discusión, ergo, Hegel suele ser tomado como un precursor de las teorías preventivas generales sobre las que discurriremos en el siguiente título (Feijoo S., 2007, pág. 63). Lo cierto es que a simple vista se puede encontrar varias similitudes como diferencias con respecto a la teoría de la pena de Hegel y las teorías preventivas.

Feijoo (2007) considera al modelo establecido por Hegel, “el mejor modelo de retribución de carácter objetivo”, en tanto a

diferencia de Kant, sus principales argumentos no iban en contra de las teorías de prevención, siendo ello una consecuencia de sus principales fundamentos, y vinculaba a su teoría de la pena con su teoría del Estado, optando por darle prevalencia al valor simbólico que pudiese tener el establecimiento de una pena (pág. 103).

Por su parte, Botero Bernal (2001), precisa que el modelo del autor comentado es lógico en relación a la pena, ergo se busca afirmar al Derecho y la negación de un delito (pág. 203); en otras palabras, Hegel consideraría al vínculo estatal para justificar la pena, en tanto, a pesar de que esta se manifiesta como una retribución, solo lo hace en la medida de que haya vulnerado el orden implantado por el Estado; de allí que se niegue el delito.

Hegel poseía, a diferencia de Kant, no solo una dimensión subjetiva sino también una dimensión objetiva, pues la pena no sería establecida directamente como retribución sin más, sino que se la desarrollaría como garantía en cuanto solo se adquiere una pena tras la comisión de un comportamiento anterior (Feijoo S., 2007, pág. 104).

2.4.2. Teorías Preventivas

Las teorías preventivas, generalmente, se perciben como contrapuestas a las retributivas, en cuanto se opta por un enfoque sobre las consecuencias sociales que esta acarrea, buscando la maximización de la prevención ante la comisión de algún delito.

Roxin ha criticado este tipo de teorías desde tres aspectos, pues ninguna teoría preventiva ha determinado en sí a aquellos comportamientos que se deban intimidar, así como tampoco se puede decir que funcione intimidando al delincuente, y no le parecería correcto utilizar a un individuo para enseñarle a los demás que la comisión de un delito no es correcta (Bernal, 2001, pág. 205). Consideramos que Roxin omite hacer mención de la teoría preventiva general positiva, ya que se avoca a los aspectos negativos de la prevención.

Por ello, en este subtítulo, y superando aquellas críticas, se desarrollarán las teorías de carácter preventivo tanto general positivo como general negativo, a fin de establecer una noción completa sobre la pena desde su finalidad preventiva.

2.4.2.1. Prevención General (positiva y negativa)

El autor clásico que se puede mencionar como defensor de esta teoría es Feuerbach, quien planteaba que toda lesión jurídica

iba en contra del objetivo del Estado, y que de allí se originaba un deber estatal de impedir aquellas lesiones dando como resultado que las “instituciones jurídicas” debían poseer una naturaleza coactiva; la coacción para este autor tenía una perspectiva psicológica y física, optando por cancelar el impulso criminal desde la primera, es decir, mediante el mensaje a la sociedad de que la comisión del delito acarrearía un “mal mayor” (Donna, 1992, págs. 67-68).

La prevención general positiva se encuentra íntimamente relacionada con una serie de ciencias empíricas como la psicología, en tanto se busca que la pena genere comportamientos en los individuos de la sociedad que haga percibir lealtad y sean valiosos desde la perspectiva ética y social (Feijoo S., 2007, págs. 301-302). Aunque finalmente estos planteamientos no resultan suficientemente aceptables por sí solos, debemos rescatar que la construcción de una teoría preventiva general positiva depende tanto de factores normativos como empíricos, por lo que se reafirmaría la búsqueda de efectos socialmente relevantes que se produzcan por la pena.

La prevención general negativa, en cambio, se vincularía con la intimidación de los ciudadanos a través de la pena, encontrando que en la medida que se logre aquello, el *ius puniendi* será

legitimado (Bernal, 2001, pág. 204). Las críticas de Roxin aludidas en la introducción de las teorías preventivas son aplicables a ella, y al igual que la anterior, resulta inconveniente manejar a la pena desde esta perspectiva sola.

2.4.2.2. Prevención Especial (positiva y negativa)

El mayor representante de esta teoría es von Liszt, quien aseguraba que el Derecho no es únicamente dogmática, sino se trata de una disciplina compuesta; de esta manera el autor aludido consideraba que el delito poseía diversas causas que podrían ser personales o sociales, y la pena tenía como fin la protección de un determinado bien jurídico; un concepto de pena que fue relacionado con el de venganza en sus inicios, actualmente ha evolucionado a una pena finalista que sirve de coacción ante el accionar del delincuente, por lo que este evitaría cometer el crimen por motivos que pueden ser altruistas o relacionados con la intimidación (Donna, 1992, págs. 58-64).

Feijoo (2007), esboza que la teoría de prevención especial como finalidad de la pena parece ser insuficiente si tratamos únicamente la perspectiva de peligrosidad del individuo, a quien se le intercambian las penas por medidas de seguridad, aunque, sin evitar que la peligrosidad aparezca; el fin resocializador y de reinserción del individuo con la sociedad,

que posee la pena, no es fundamento para establecer una pena como tal, sino que, pasa a encontrar especial utilidad en el sistema penitenciario (págs. 226-231).

Consideramos que, sin embargo, para el caso peruano, no se utiliza únicamente una teoría sobre la pena, sino muchas, que pueden o no complementarse; el tomar a la prevención especial negativa nos parece un desacierto si la consideramos desde una perspectiva unidimensional, principalmente debido a los efectos nocivos relacionados a un derecho de terror que tendría en su aplicación, lo que también parece ocurrir en el caso de la prevención especial positiva.

2.4.3. Teorías Dialécticas.

La dialéctica desde su perspectiva original, era referida al método por el que los filósofos griegos extraían consecuencias de hipótesis contrarias a través de la discusión; lo que a su vez fue reformado por la llamada dialéctica Kantiana que registró la necesidad que arrastraba a la razón a contradecirse; por su parte, Hegel, trató de brindar un mayor enfoque científico a la dialéctica, pues se habría percatado de una falta de rigor metódico, que subsanó mediante una progresión que no partía de alguna tesis impuesta, sino que buscaba seguir el “movimiento de los conceptos” (Gadamer, 2000, pág. 11).

En relación a la teoría dialéctica de la pena, Botero Bernal (2001), desarrolla la teoría de Roxin sobre la pena, en cuanto el Derecho Penal se relacionaría con los individuos mediante el uso de la amenaza, mediante la imposición, y mediante la ejecución de medidas; mientras el establecimiento de un delito se relaciona con las teorías preventivas, las retributivas surgen en torno a la comisión del mismo, buscándose siempre un balance entre las teorías de la pena (págs. 205-206).

De allí que sea razonable afirmar que la teoría propuesta por Roxin, y que sería de mayor influencia entre este tipo de teorías, buscaba obtener un equilibrio entre todas las demás teorías mediante la “neutralización” de los efectos dañosos que podían tener de manera mutua; sin embargo, la teoría dialéctica de la unión de Roxin puede tener un corte más preventivo que retributivo, dejando a estas teorías con una ocupación garantista o limitativa, por lo que en la actualidad se ha considerado que no ha logrado obtener completamente su finalidad (Feijoo S., 2007, págs. 242-244).

La importancia de aquella teoría se daría en su planteamiento inicial, pues consideraría que ninguna de las teorías esbozadas anteriormente puede justificar plenamente al concepto de pena, ante lo que busca una armonización entre todas para no llegar a tratar sobre algunos extremos.

2.5. NATURALEZA DEL DELITO DE PECULADO CULPOSO

Para encontrar la naturaleza del delito bajo comentario deberemos observar lo que es mencionado por la doctrina sobre el tema.

En su aspecto histórico es necesario tener en cuenta el aspecto etimológico de la palabra Peculado de acuerdo con Salina Siccha (2009) el término "Peculado" proviene de dos latinazgos: *pecus* que significa ganado y *latus* que significa hurto. En consecuencia en un inicio el significado etimológico era hurto de ganado, esto se debe a que en la época del imperio romano, la importancia del ganado era equiparable a la de las tierras, ya que el ganado servía como un medio de comercio, y terminaba definiendo el status de una persona, Es así que el roma en su periodo de Republica comenzó a aplicar es termino *peculatus* para referirse al hurto de cosas de valor, y es en su época de imperio que comenzó a utilizar el término *criminis peculatus* el cual se refiere al hurto de dinero o de bienes públicos, definición que ha prevalecido hasta estos días (pág. 209).

Con respecto al Peculado Culposo, podemos apreciar que no se encuentra referido a la sustracción de un determinado bien realizada por el funcionario que comete el delito, sino que discurre sobre un tercero, que, dolosamente, se apropia de los caudales o efectos debido a un descuido imputable al funcionario o servidor (Rojas V., 2007, pág. 524). Habiendo establecido que el Peculado Culposo necesita de la presencia de una persona diferente a quien es imputada por el tipo penal para consumarse, podríamos asegurar que lo

imputable se relaciona con el incumplimiento de las obligaciones.

Abanto Vásquez (2003), establece que el delito de Peculado Culposo se trata de una “infracción al deber de cuidado”, haciendo referencia a que quien administra, percibe o custodia es, a su vez, quien “da ocasión” a la desaparición del bien faltando su deber de cuidado (pág. 367). Esta postura parece ser la mayoritaria en la doctrina peruana.

En un mismo sentido se pronuncian Hugo Álvarez y Huarcaya Ramos (2018), que desarrollan esta modalidad de Peculado desde la posición de garante que ocupa el funcionario o servidor en referencia a los caudales o efectos sustraídos, precisando que se trataría de un deber activo (pág. 263). La falta del deber imputable al funcionario no podrá atenuar la existencia de otro delito doloso en el que se constituye la infracción.

Naturalmente el cuidado que le es exigible al funcionario o servidor público no deberá exceder lo razonable según sea establecido en los reglamentos pertinentes, de manera que, lo que no pueda ser contemplado en lo exigible y en sus capacidades no constituirá delito (Abanto V., 2003, pág. 367).

Hasta este punto, podemos colegir que la naturaleza de este delito se condice con una infracción a un deber propio del cargo que el sujeto activo ocupa, de donde los caudales o efectos son sustraídos por un ajeno que comete un delito doloso, y que el reproche sobre el primero deriva de su posición de garante frente a los bienes.

El tercero que sustraiga el bien puede o no ser un funcionario; se discute que en el primer caso este cometería Peculado Doloso, no obstante, si se trata de alguien ajeno a ello, únicamente existiría un delito contra la propiedad (Abanto V., 2003, págs. 368-369). Bajo nuestra consideración, ello no es relevante para la presente investigación en la medida que la existencia de un Peculado Doloso no llegue a afectar la existencia del delito de Peculado Culposo.

2.6. ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL DELITO DE PECULADO CULPOSO

El artículo que tipifica el delito de Peculado Culposo en el Perú, posee como antecedente más próximo al artículo 346 del Código Penal del año 1924; a su vez, este artículo se encontraría inspirado en el Código Penal español de 1870, además de guardar cierta coincidencia con la fórmula argentina, específicamente en la “precisión del tercero” (Rojas V., 2007, págs. 525-524). Tras aquellas circunstancias, en la actualidad tenemos al delito bajo cuestión, tipificado, en el artículo 387 junto con el tipo de Peculado por Utilización.

Para poder comprender de una forma adecuada el delito de Peculado Culposo es necesario establecer a que se refiere el termino culpa, según Rojas Vargas 2006 viene a ser un término global para incluir en él todas las formas que se conozcan de comisión de un hecho diferentes del dolo, la fuerza mayor y el caso fortuito. La culpa llegara a existir en un sujeto activo cuando este no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones (pág. 525).

En el marco del estudio sobre el delito de Peculado Culposo realizado por Hugo y Huarcaya (2018), podemos establecer que la tipificación del delito bajo

comentario en el último párrafo del artículo 387 no es idónea; así también se pronuncia la jurisprudencia de los jueces supremos, aunque parecen exceder sus atribuciones cuando añaden el vocablo “perder” además del de sustraer propio de la tipificación en el Código Penal peruano ; en lo que respecta al fundamento octavo del Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116, este se referiría al delito de Peculado Culposo como uno en donde existe una sustracción, que puede traer provecho económico o no al tercero, a causa de un “descuido” del funcionario público (pág. 259).

En otra línea, Rojas (2007), finalmente insta que las fases negativas que podrían concurrir en el delito revisado son la atipicidad, ya sea por la existencia de una fuerza física irresistible, cuando el funcionario o servidor tiene interacciones administrativas sin la ocurrencia de alguna sustracción, o cuando los bienes que el tercero sustrajo no son de propiedad pública ni se encuentren sometidos a su disponibilidad jurídica; y las causas de justificación y exculpación en cuanto la desprotección derive de la orden de una autoridad debidamente competente (pág. 532).

El presente acápite se decantará por realizar un análisis dogmático del Peculado Culposo en torno a los elementos y categorías instaurados anteriormente en el acápite relacionado con la teoría del delito.

2.6.1. Comportamiento típico

En el marco de estudio de Vargas (2016), la actual dogmática del Derecho Penal se encuentra caracterizada por el predominio de la

orientación teleológica, y, en consecuencia, por una tendencia hacia la normativización en la elaboración de los conceptos jurídicos penales, la forma de comprender el tipo penal, ha sufrido bastantes modificaciones. El “dogma causal”, según el cual el tipo se reduce a una mera relación de causalidad entre la realización de comportamiento del autor y el resultado producido. Teniendo en cuenta que el “Estado”, construcción jurídica que concentra y monopoliza el poder político, elabora diseños de política penal (política criminal) frente a la delincuencia, con la finalidad de eliminarla, reducirla o, más sensatamente, controla bajo estándares de mínima lesividad. Estos diseños de política criminal se viabilizan a través del Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y del ámbito penitenciario (p. 233).

La libertad física es un Derecho fundamental reconocido en la Constitución Política de 1993 y los Tratados sobre Derechos Humanos. Se trata de un Derecho particularmente importante, pues, por lo general, las medidas orientadas a garantizar el orden público están relacionadas con normas que limitan su ejercicio, situación que se pone de manifiesto de modo particular en coyunturas de alta inseguridad ciudadana. Tales restricciones, generalmente, se enmarcan dentro del desarrollo de las investigaciones de un delito y de los procesos penales, lo que explica la necesidad de que los operadores jurídicos involucrados (policías, fiscales, jueces y abogados defensores) interpreten y apliquen de forma adecuada el marco normativo vigente que regula los supuestos en los

que corresponde privar a una persona de su libertad física. En tal sentido, el Código Procesal Penal de 2004, en el artículo VI de su Título Preliminar, establece de forma clara lo siguiente respecto de las medidas por medio de las cuales, en el marco del proceso penal, se restringen los Derechos Fundamentales, entre ellos la libertad física.

En la actualidad según Reátegui (2015) establece que ningún país es inmune a la corrupción y muchos son especialmente vulnerados como consecuencia de la debilidad de su legislación o de sus instituciones. En el Perú, la percepción ciudadana considera que la corrupción es un grave problema. En la búsqueda de mecanismos para frenar a la corrupción, la organización de las naciones unidas ha aprobado el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley y el Código Internacional de Conducta para los Titulares de Cargos Públicos, la Declaración de las Naciones Unidas contra la Corrupción y el Soborno en las Transacciones Internacionales Comerciales, además del Manual de medidas Prácticas contra la Corrupción. En América, la Organización de Estados Americanos (OEA) viene promoviendo, además de la CICC, el Programa Interamericano de Cooperación para combatir la Corrupción, (...) este estudio busca señalar acciones y propuestas para ser desarrolladas en el ámbito de la legislación penal y procesal penal en los casos que corresponda (tipificando o modificando) los delitos de corrupción contemplados en la convención (p. 47).

En ese contexto, el problema aquí abordado frente al art. 378 del Código Penal, respecto al delito de Peculado Culposo, en el cual los jueces emiten sentencias sobre este tipo penal, con una pena privativa de libertad no mayor a los 2 años tal como lo establece el Código Penal vigente; sin embargo, aquella pena no resulta proporcional al hecho, específicamente en aquellas situaciones en las que un funcionario o servidor público da ocasión o permite que un tercero sustraiga caudales o efectos de la administración pública, ergo, resultaría insuficiente y requeriría un aumento de la pena.

Reátegui (2015), indica que en los delitos contra la administración pública, quizá los de mayor protagonismo en la administración de justicia, sean, los delitos de corrupción de funcionarios públicos; ello es fácilmente evidenciable en tanto los distintos medios de comunicación social en el Perú, en los últimos años, se encuentran cubriendo las situaciones de aquellos Presidentes Regionales o Alcaldes de alguna ciudad, que, abusando de su cargo funcional, sustraían dinero y bienes de las arcas de sus respectivas jurisdicciones para uso exclusivo y personal (p. 49); dada la relevancia del delito, es prioritario formular una pena adecuada en torno a la protección del objeto de tutela, que cumpla los fines preventivos de la pena y muestre una mejor correlación con el principio de proporcionalidad

La figura penal regularía las situaciones por las que el funcionario público o servidor posee un descuido imputable sobre los efectos o

caudales que a razón de su cargo custodia, percibe o administra, ergo requiere la presencia de un tercero que sustraiga aquellos bienes; la conducta por la que el propio funcionario o servidor decida sustraer no se encuentra regulada en el Código Penal peruano, recayendo en un ámbito fuera del Derecho Penal (Rojas V., 2007, pág. 524).

Es necesario tener claro el concepto de sustracción para Salinas Siccha (2009). La sustracción viene a ser el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la administración pública por parte de un tercero, que se aprovecha así del estado de culpa incurrido por el funcionario o servidor público (p. 356).

Para Rojas Vargas (2007). La disponibilidad es un elemento el cual no es necesariamente exigible para poder perfeccionar la sustracción, lo cual implica que no se requiere que el agente disponga del bien o que este sea irrecuperable. Sustraer es extraer retirar alejar el bien del lugar donde se encuentra en este caso bajo el dominio de la administración pública (p. 525).

Existirá culpa en el sujeto activo del delito, cuando este no toma las precauciones adecuadas y necesaria para evitar sustracciones (en el caso del Peculado este solo se encuentra referido netamente a sustracciones mas no al termino impreciso de perdidas), los deberes que no se lleguen a cumplir son todos aquellos referidos al debido cuidado de los efectos a los que está obligado por su vinculación

funcional que mantiene con el patrimonio público.

El acuerdo plenario N° 4-2005/CJ-116 establece como doctrina respecto a la conducta culposa en el párrafo 8, que: esta figura de no se encuentra referida a la sustracción por el propio funcionario o servidor público de los caudales o efectos, sino que se hace referencia directamente a la sustracción producida por tercera persona, aprovechándose del estado de descuido imputable al funcionario o servidor público. Es decir, se trata de una culpa que termina por originar (propiciando, facilitando, permitiendo de hecho) un delito doloso de tercero; sea que lo sustrajo con la intención de apropiación o de utilización, sea que obtuvo o no un provecho. El tercero puede ser un particular u otro funcionario o servidor público que no tenga la percepción, administración o custodia de los bienes sustraídos, no se castiga la sustracción de caudales o efectos, sino el dar lugar culposamente a que otro lo sustraiga dolosamente.

Existe también un supuesto agravado (Abanto V., 2003; Rojas V., 2007; Hugo & Huarcaya, 2018), que se desprende del mismo artículo que regula al Peculado Culposo, y agrava la pena que le será impuesta al sujeto activo por la calidad de los caudales o efectos, que habrían estado destinados a fines asistenciales, problemas de apoyo o inclusión social, aumentando la pena a una no menor de tres ni mayor de cinco años.

Lo que se considerará materia de regulación a afectos del comportamiento criminal analizado, no es más que la infracción que el servidor o funcionario presenta en relación a un deber de cuidado; la conducta del tercero es diferente, siendo que este puede o no ser otro funcionario o servidor público, lo que no alterará la imputación por Peculado Culposo en el primero (Abanto V., 2003, págs. 367-368).

Por su parte, Rojas Vargas (2007) establece la existencia de dos componentes típicos en el delito: el primero se referiría a la sustracción, que se diferencia de la disponibilidad en tanto esta no es exigible para la configuración del presente delito, y se refiere más bien al apartamiento de los caudales o efectos de la vigilancia de la administración pública por culpa imputable al servidor o funcionario público; el segundo componente se constituye por la culpa del funcionario o servidor público, ergo, habría culpa en aquel funcionario que no toma las precauciones necesarias y viola los deberes de cuidado que posee respecto de los caudales o efectos que son exigibles y posibles (págs. 525-526).

Por último, Abanto Vásquez (2003), vincula al resultado típico con la sustracción; no significa que se exija una “apropiación” por parte de un tercero, sino simplemente la “aprehensión” de los bienes para alejar los caudales o efectos que pertenecen y son custodiados por la entidad pública (pág. 368).

2.6.2. Relación con la antijuridicidad

Es necesario tener en cuenta también la relación que existe con la antijuridicidad ya que este elemento termina admitiendo la imputación objetiva para extraer del ámbito punible a aquellas infracciones del deber de cuidado que no han derivado en un resultado típico por falta de aumento de riesgo, de realización de riesgo en el resultado o también por estar fuera del ámbito de protección de la norma que origina el deber de cuidado. La sustracción de los bienes debe ser facilitada o posible debido a la imprudencia del funcionario y no por otra causa. Y tampoco puede responder el funcionario por el dolo o la propia culpa de otros, es que este ha realizado su conducta dentro de lo que se encuentra establecido por ley.

2.6.3. Bien jurídico protegido

El bien jurídico que este delito tutelar no se diferenciaría de ninguna manera con el bien contemplado en el tipo penal de Peculado Doloso (Rojas V., 2007, pág. 524). Ello tiene sentido si consideramos que se trata de un delito de naturaleza semejante y ubicado en el mismo artículo y parte del Código Penal.

Conforme a lo mencionado por Rojas Vargas (2007), el “objeto genérico” que tutela el tipo es el normal desarrollo de las actividades de la administración pública; específicamente, el bien jurídico se desdoblaría en dos diferentes objetos merecedores de protección: por

un lado, tenemos a la garantía del principio de no lesividad en los intereses de carácter patrimonial que pudiera tener la administración pública, resaltando el aseguramiento de la correcta administración de su patrimonio; y por el otro, la evitación de conductas que constituyan algún abuso de poder en el funcionario o servidor público, por razón de su cargo (pág. 480). En este caso deberíamos entender que el último aspecto no se relaciona con un “abuso de poder” en sentido estricto, sino que haría referencia a una falta de diligencia, impericia o imprudencia por la que tendría que responder al recaer sobre él una calidad especial en relación a los caudales o efectos sustraídos

Conviene resaltar que según Rojas Vargas (2007) el delito de Peculado, afecta: los intereses patrimoniales del Estado. La correcta administración de ese patrimonio y también los deberes del funcionario (pág. 237).

Con respecto a proteger el patrimonio este señala como afectado al patrimonio del Estado a al “Estado” sin embargo esto debe ser definido por las reparticiones públicas. Es por eso que se dice que el afectado no es propiedad del estado si no que se hace referencia a determinada institución como el ministerio de educación, la municipalidad, el Poder Judicial, etc. Es esta una versión más moderna y actual del sujeto pasivo del delito

En lo que se refiere a una correcta administración del patrimonio, este se refiere a observar el destino que se le va a dar.

En lo que respecta a proteger o garantizar deberes que tiene el funcionario público con la administración pública. En este caso los deberes vendrían a ser un correcto uso del patrimonio público. 237

Es necesario aclarar que lo que se encuentra en juego no es la honradez o probidad del funcionario si no una correcta administración del patrimonio público y la preservación del mismo. Rojas Vargas (2007) Pág. 256

2.6.4. Sujeto activo

Una de las diferencias más notables entre el Peculado por Utilización, contenido en el artículo 387 del Código Penal, y el Peculado por Uso, del artículo 388, recae sobre los sujetos activos; mientras que en el primer delito solo podría ser sujeto activo aquella persona que goza de ser funcionario público o servidor público, y que utilizará los caudales o efectos que por razón de su cargo haya percibido, administrado o custodiado; en el segundo delito, quien sería el servido o funcionario, no utiliza caudales o efectos, sino que usa vehículos, herramientas, o cualquier instrumento relacionado con su cargo, o permite que otra persona realice el uso (Hugo A. & Huarcaya R., 2018, págs. 254-255).

Desde el punto de vista de Rojas Vargas (2007), el único que puede llegar a ser autor del delito de Peculado Culposo es el funcionario o servidor público al que se le imputa la falta del deber de cuidado; este no encuentra una relación subjetiva de continuidad de propósito con el tercero que sustrae los caudales, siendo el accionar del último completamente ajeno al conocimiento del primero, ya que su comportamiento se podría corresponder con un comportamiento doloso, mientras que en el servidor o funcionario solo recae la culpa (págs. 528-529). De esta manera, también se niega que el tercero responda por el delito de Peculado Culposo, en tanto este no posee la calidad de funcionario o servidor público que exige el tipo penal, y se le imputaría un elemento subjetivo diferente de la culpa.

Abanto Vázquez (2003) agrega también que consiste en el funcionario con la "tenencia jurídica" de los bienes, pues lo que se reprocha es precisamente la infracción culposa de su deber de conservarlos (pág. 366).

Para comprender de una forma adecuada el tema del sujeto activo es necesario tener en claro el concepto de deber de cuidado el cual para Abanto Vázquez (2003) viene a ser una conducta reprochable por parte del funcionario y esta consiste en "dar ocasión" a la sustracción del bien por parte de un tercero. Esto significa faltar a los deberes del cuidado debido en la administración, percepción o custodia de los caudales o efectos que le son exigibles para que se puedan evitar sustracciones

por partes de terceros (pág. 367).

Debe además tenerse en cuenta que el debido cuidado debe ser exigible al funcionario esto significa que no se le puede exigir más cuidado que el establecido en los propios reglamentos o por encima de lo que este puede cumplir por sus capacidades limitadas. Sin embargo, si el cargo exigiera una serie de determinados conocimientos con los que el funcionario no contaba, y por motivo de ello estos viernes se extravían, seguirá existiendo la infracción de deber de cuidado, pues este consistía en la aceptación de ejercer una función sin tener los conocimientos suficientes (pág. 367).

2.6.5. Sujeto Pasivo

Realizando un razonamiento *a priori*, no es imposible negar la razón a Rojas Vargas (2007), quien ubica a la afectada como la administración pública “en la amplia diversidad de sus manifestaciones y reparaciones” (pág. 483). De esta manera, podemos establecer que el daño no recae sobre un particular en específico, sino en un ente colectivo de naturaleza pública.

2.6.6. Elemento subjetivo

El funcionario o servidor que actúe dolosamente es imputado por el delito de Peculado de Utilización establecido en los primeros párrafos del artículo 387 del Código Penal. Rojas (2007) esboza que, de llegarse

a presentar la situación en la que el funcionario público concierte la sustracción del tercero u omite dolosamente su deber de cuidado con respecto a los caudales o efectos, no responderá por el delito de Peculado Culposo sino Peculado Doloso (págs. 530-531).

La anterior es una postura unilateral, en tanto autores como Abanto (2003) también excluyen el dolo y se decantan por la culpa o imprudencia, misma que propiciaría la sustracción dolosa de los caudales o efectos (pág. 370).

2.6.7. Consumación y tentativa

El delito contenido en el artículo 387, párrafo cuarto, del Código Penal peruano, requiere de la existencia de culpa para la realización de su consumación; es to significa que, en caso que el elemento subjetivo de la culpa no se llegue a identificar en los hechos por la asunción de una conducta debida y diligente por parte del funcionario, no existirá ninguna conducta punible. En el caso de la tentativa, por otra parte, podemos utilizar la misma naturaleza para dar respuesta a la cuestión de su posibilidad, pues los delitos cometidos mediante culpa no la admiten, siendo reprochable únicamente en los delitos dolosos, ya que resulta imposible que el funcionario público pudiese “intentar” la sustracción sin que se considere como un delito reprochable a título de dolo (Hugo A. & Huarcaya R., 2018, pág. 265).

Aparte de lo anterior, Rojas (2007) encuentra que la naturaleza de del delito es eminentemente omisiva; por ello la tentativa debe estudiarse no desde la perspectiva del tercero que comete la sustracción, sino del funcionario o servidor que omite cumplir culposamente un deber de cuidado, siendo para el caso irrelevante jurídico penalmente (págs. 530-531).

2.6.8. *Extraneus e intraneus*

Según Fidel Rojas (2007), se puede considerar como *extraneus* a aquella persona que aporta o contribuye a la realización del delito por parte de quien se manifieste como obligado especial o *intraneus*, pero, que debido a su condición no pueda considerarse como autor de tal; Pese a que a *prima facie* pueda considerarse que en el caso del Peculado se trata únicamente de un tercero ajeno a la administración pública, lo cierto es que el *extraneus* también puede ser un funcionario o servidor público mientras no manifieste alguna obligación en relación a los caudales o efectos; el problema, sin embargo, se daría en cuanto no sabríamos optar por la teoría de la autonomía o ruptura del título de imputación, en la cual el *extraneus* respondería por un delito diferente al del *intraneus*, o la tesis de la unidad del título de imputación, empero, a consideración del autor aludido las “recientes orientaciones doctrinarias” optarían por la primera (págs. 194-199).

En correlación con lo esbozado autores como Abanto Vásquez (2003), precisan que para el caso del delito de Peculado Culposo no habría concurso entre el funcionario o servidor y el tercero, debiendo tomar cada conducta por separado, y coligiendo que cada uno de los sujetos es autor de su propio delito (pág. 371). Gracias a ello podemos considerar que el tercero, funcionario o servidor o no, cometería un delito doloso contra el patrimonio en cuanto el deber solo le corresponde al sujeto activo del Peculado Culposo.

2.7. NORMATIVOS

En la presente investigación, se sustentarán fundamentos jurídicos en relación al delito de Peculado Culposo, cuarto párrafo del artículo 387 del Código Penal vigente, mismo que prescribe:

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 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.

2.8. OPERACIONALES

2.8.1. Funcionario o servidor público

Este concepto deberá ser entendido en relación al artículo 425 del Código Penal peruano, en donde se establece una definición amplia y diferente a la que pueda ser manejada en otras materias del Derecho como lo es el Derecho Administrativo.

Una definición de funcionario público para el derecho administrativo según Leal, Benavente, Calderón (2015) el funcionario público es toda persona individual, incorporada al Estado o a cualquier otra administración pública a la que presta sus servicios en un régimen de Derecho público. Tal incorporación está sujeta a las denominadas normas base de la carrera administrativa. (pág. 54)

Leal, Benavente, Calderón (2015) indican que para que se pueda adquirir la calidad de servidor o funcionario público se tienen en consideración una serie de requisitos tales como:

El título o fundamento jurídico mediante el cual el funcionario o servidor llega a acceder a la administración pública; este viene a ser el componente material del acceso a la carrera, el cual debe ser legítimo o provenir de una fuente u origen válidos.

Se tiene también la investidura o juramentación o asunción del cargo, es el elemento formal del acceso a la carrera administrativa, es debido a este acto que el funcionario o servidor asume objetiva y de forma real el cargo para el cual ha sido nombrado o elegido.

Estabilidad y permanencia, esto se refiere a que, para que un funcionario o servidor se llegue a incorporar de forma válida a la carrera administrativa, lo hará a un cargo o plaza que tenga el carácter permanente. pág. 55).

Remuneración: Comúnmente, todo cargo o servicio, cuenta con una remuneración, esto quiere decir que, el servidor público o funcionario público va a percibir un sueldo o remuneración, precisamente como contraprestación a la labor que se encuentra desempeñando, Sin embargo, se debe tener en cuenta que, que este no es un requisito imprescindible, debido a que, pueden llegar a existir funcionarios ad honorem.

Para, Leal, Benavente, Calderón (2015) el concepto administrativo descansa en el ingreso a la carrera administrativa. En cambio, para el derecho penal es la función pública la clave para definir a mencionado personaje.

Una definición dada por El Decreto Supremo N.º 005-90-PCM (Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, Decreto Legislativo N.º 276) define al **funcionario público** como aquel que es elegido o designado por autoridad competente, para desempeñar cargos del más alto nivel en los poderes públicos y los organismos con autonomía. A su vez, expresa que **servidor público** es el ciudadano en ejercicio que presta servicios en entidades de la administración pública con nombramiento o contrato de autoridad competente, con las formalidades de ley, en jornada legal y sujeto a retribución remunerativa

permanente en periodos regulares.

Para el ámbito penal el artículo 425 de código Penal Peruano ha establecido quienes son los funcionarios o servidores públicos dentro de estos tenemos a:

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.
4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
6. Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.
7. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.

2.8.2. *Extraneus*

Deberá ser interpretado en el marco del delito de Peculado Culposo, es decir, aquella persona que no guarda algún deber relacionado a los efectos y caudales, y que realiza la sustracción por culpa imputable al funcionario o servidor que tenga dichas obligaciones.

2.8.3. *Intraneus*

En este caso el *intraneus* se manifiesta como el servidor o funcionario público que presenta un deber de cuidado con respecto a los efectos o caudales, y que, por culpa, da lugar a su sustracción.

2.8.4. Caso:

Para entender mejor estos conceptos podemos utilizar el siguiente caso:

Juan trabaja en una municipalidad desempeñando la función de tesorero municipal, a él se le ordena resguardar el presupuesto municipal. El cual guarda en un cajón en su oficina, un día, se le olvida el cajón abierto con el dinero dentro de él, más tarde Felipe quien se encontraba pasando al observar el dinero los sustrae. En este caso, Juan sería el *Intraneus* y Felipe sería el *Extraneus*.

CAPÍTULO III

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

La presente investigación se encuentra enmarcada entre el método dogmático y la hermenéutica jurídica, métodos de investigación propios del Derecho que han sido esgrimidos para dar respuesta al problema de investigación: ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que sustentan el incremento de la pena en el delito de Peculado Culposos?

El método dogmático ha sido utilizado para descomponer el artículo objeto de estudio en dogmas sin emplear aspectos empíricos, así como versar sobre otros temas correspondientes a la teoría del delito o a la teoría de la pena, a fin de arrojar una teoría jurídica, lo que ha sido asistido mediante la aplicación del método hermenéutico-jurídico, ya que debido al uso de sus diferentes principios en conjunción con la dogmática es que se puede desarrollar la contrastación de la hipótesis esbozada: los fundamentos jurídicos que sustentan el incremento de la pena en el delito de Peculado Culposos, son: a) Concretización del principio de proporcionalidad en el ámbito penal; b) Adecuada protección del objeto de tutela en el delito de Peculado Culposos; y c) Cumplimiento de los fines preventivos de la pena.

3.1. Resultados

3.1.1. El delito de Peculado Culposos desde la teoría del delito

La teoría del delito consta de una serie de categorías, que, siendo analizadas respecto de un determinado comportamiento, puede dar como resultado la imputación de un delito; por ello, y para fines de la

presente investigación, examinar mediante el método dogmático en lo que respecta de la descomposición de sus diferentes elementos y mediante las reglas que establece la hermenéutica jurídica, se ha manifestado como una necesidad imperante para versar sobre el delito de Peculado Culposo. Gracias a ello, han sido planteados distintos conceptos vinculados al desarrollo contemporáneo que ha tenido la teoría del delito en el Perú.

Una vez establecidas las respectivas categorías que conforman la teoría del delito, y realizada la contrastación correspondiente para obtener aquellas tesis o razones en relación al trabajo elaborado, se ha realizado un análisis dogmático sobre el tipo contenido en el último párrafo del artículo 387 del Código Penal peruano.

De esta manera, se efectuó un examen sobre el delito mediante diferentes elementos como su comportamiento típico, el bien jurídico que protege, el sujeto activo y el sujeto pasivo, su elemento subjetivo, su consumación y tentativa, y, el papel del *extraneus* y el *intraneus* en la consumación del mismo; ello guarda relación con la teoría del delito, ergo, las diferentes distinciones entre aquellos subtítulos ha partido de esta misma, teniendo en cuenta que se ha trabajado desde la misma fórmula legal, las consideraciones doctrinarias y aspectos jurisprudenciales en correspondencia a lo que previamente ha sido establecido dentro de la dogmática penal en conexidad con la teoría aludida.

Se ha identificado que el sujeto activo del delito bajo escrutinio, no es un tercero, incluso si este posee una calidad de servidor o funcionario público¹¹, sino que dicha posición recae bajo el servidor o funcionario público que presenta la obligación o el deber de cuidado de los caudales o efectos; en ese sentido, quien forme parte de la administración pública pero no ostente ningún deber no podrá ser imputado como sujeto activo del delito de Peculado Culposo regulado en el Código Penal peruano de 1991.

En el mismo sentido, se ha identificado que el sujeto pasivo del delito no se encontraría en el ámbito de los particulares, sino que se trataría de una entidad de naturaleza pública debido al ámbito jurídico en donde recaen los caudales o efectos: El Estado peruano. La tipicidad subjetiva ha sido desarrollada desde la postura de autores como Abanto (2003), y se ha identificado que, de manera unilateral, se considera que el delito de Peculado Culposo únicamente puede ser cometido por culpa debido a la existencia de un delito de Peculado Doloso en nuestro ordenamiento jurídico.

Sobre su consumación, de Hugo y Huarcaya (2018) y Fidel Rojas (2007) se desprende que al ser un delito culposo no admite la tentativa, pues si el servidor o funcionario público ha intentado sustraer los caudales se encontraría cometiendo un delito doloso y no culposo; de esta manera,

¹¹ Pues a esta persona le correspondería la imputación de un delito de peculado doloso.

el análisis dogmático se delimita únicamente a la consumación como objeto de análisis.

Finalmente, Abanto (2003) y Rojas (2007) desarrollan los conceptos de *extraneus* e *intraneus*, de tal manera que queda instituido que el *intraneus* siempre tendrá la calidad de funcionario o servidor público con un deber que lo vincule con la protección de los caudales o efectos sustraídos, mientras que el *extraneus* puede o no tener la calidad de servidor o funcionario público, y debido a la teoría de la ruptura en el nexo de imputación, se considera que le será imputado un delito de naturaleza dolosa.

3.1.2. El objeto de protección en los delitos contra la administración pública y en el delito de Peculado Culposos

El método dogmático ha permitido identificar el objeto de protección del delito de Peculado Culposos, empero, antes de desarrollarlo en apoyo de la hermenéutica, se debe analizar la naturaleza del delito eje de la investigación.

Así, el delito de Peculado Culposos se correspondería con los delitos contra la administración pública, recogidos en el Código Penal peruano. Evidentemente, el bien jurídico tutelado de esta clase de delitos se relaciona de manera directa con la administración pública, y pueden ser cometidos por funcionarios o servidores públicos, o por terceros ajenos al ámbito de la función pública, tal como lo indican Hugo y Huarcaya

(2018).

El delito de Peculado Culposo, por su parte, estaría englobado dentro de los primeros, es decir, por aquellos delitos que pueden ser cometidos por funcionarios o servidores públicos, pero no por terceros ajenos a la administración pública. En ese sentido, se debe diferenciar la conducta del *extraneus*, que, como argumenta Abanto (2003), responde por un delito diferente del que se le imputa al funcionario o servidor público que posee el deber objetivo de cuidado, pudiendo ser un Peculado Doloso en caso se trate de un *extraneus* con la calidad de funcionario o servidor público, o un delito patrimonial según se trate de una persona sin deber y sin ocupación relacionada al ámbito del funcionamiento público.

Por otra parte, los servidores que cumplan con su deber objetivo de cuidado, lo que puede ser verificado en los reglamentos o la normativa de la entidad, no funge como autor del delito de Peculado Culposo, en tanto se trata de un delito que necesita de la impericia, negligencia o imprudencia por parte de quien lo comete.

Dentro de los delitos contra la administración pública, el Peculado Culposo actúa únicamente contra el *intraneus*, de quien podemos decir que, el incumplimiento de sus deberes de manera adecuada, hace propicia la sustracción de los bienes que le serán quitados a la entidad pública.

Una vez establecido lo anterior, se puede tratar sobre el objeto de protección de la norma que regula el Peculado Culposo en el Código Penal Peruano sin mayores complicaciones, pues a través de la dogmática, se ha individualizado al delito partiendo desde su naturaleza de delito contra la administración pública.

De esta manera, se incide en que el delito de Peculado Culposo protege al bien jurídico de la administración pública, como el compilado de delitos a los que pertenece, pero que, a su vez, se diferencian dos principales objetos de protección tal como lo esboza Fidel Rojas Vargas (2007).

Entonces, de lo desarrollado en el marco teórico, y en referencia a la hermenéutica y la dogmática, la correcta administración pública como bien jurídico, contempla como objeto de protección a la garantía del principio de no lesividad ante aquellos intereses de la administración pública que discurren sobre objetos de naturaleza patrimonial, como en estos casos son los bienes y caudales; lo anterior, tal como lo desarrolla Rojas (2007), se complementa con las actitudes de negligencia, impericia o imprudencia que tiene el funcionario o servidor público en inobservancia de su deber de cuidado.

3.1.3. Alcances de la teoría de la sanción penal en relación los fines de la pena

Este acápite se desarrollará lo correspondiente a las diferentes teorías de la pena que han sido sustentadas en el marco teórico de la presente investigación de manera dogmática, pues, en uso del método inductivo de investigación, se procederá a generalizar diversos aspectos, para que, de esta manera, se pueda versar sobre los alcances de la teoría de la sanción penal.

Así, las teorías retributivas que han sido estudiadas pueden dividirse en dos partes, según Feijoo (2007): Las teorías retributivas y las teorías preventivas.

El primer autor que se ha desarrollado en torno a las teorías retributivas es Kant, que, desarrolla una justicia que niega la instrumentalización del ser humano en base a la prevención, y más bien se decanta a manejar a la pena desde un enfoque *talional* en donde claramente los factores externos que influyen al individuo no importan. A diferencia de ello, la concepción retributiva de Hegel se puede manejar como una teoría que antecede de manera directa a las teorías preventivas, pues a pesar de concebir una teoría lógica en la que la pena es una negación al delito que se manifiesta como negación al ordenamiento jurídico, plantea aspectos objetivos como garantía de que el ciudadano no podrá ser objeto de una sanción si es que no ha cometido un acto prohibido en el

Derecho Penal.

Las teorías preventivas, por su parte, resaltan el fin de la sanción desde el aspecto positivo o negativo, individual o general. Desde la prevención general se encontró que, la concepción positiva se presenta en los efectos de lealtad o éticos que se busca en la población como producto directo de la imposición de una sanción, mientras que su vertiente negativa, muy criticada por autores como Roxin, se avoca a generar intimidación en los individuos con el fin de que ninguno de ellos cometa un delito.

La prevención especial, también se aferra a los efectos que se buscan como productos de la imposición de una consecuencia jurídica devenida de la comisión de un ilícito, y en su inclinación positiva, desarrollada por autores como Donna (1992) y Feijoo (2007) se avoca a los fines de resocialización o de reinserción, importantes a nivel de medidas de seguridad y con mayor notoriedad, mientras que la prevención individual negativa se sustenta en el apartamiento del sujeto de la sociedad.

La teoría de Roxin, desarrolla todos los anteriores aspectos de la prevención y retribución, buscando con ello un equilibrio en el que las teorías converjan y se delimiten así mismas, pues la retribución o la prevención puras podría llevar a un peligro en la aplicación de la pena. (Bernal, 2001).

Para la teoría de la sanción penal, debe coincidir con la teoría dialéctica de Roxin, pues la pena de un delito como el Peculado Culposos no solo busca la retribución planteada por autores como Kant o Hegel, sino que trasciende a aspectos relacionados a la prevención; de esta manera, la imposición de una pena más grave se sustentaría también en la prevención tanto general como especial de que el delito sea consumado, incidiendo sobre los ciudadanos en general.

3.2. Contrastación de la hipótesis

3.2.1. Concretización del principio de proporcionalidad en el ámbito penal para el incremento de la pena en el delito de Peculado Culposos.

El positivismo jurídico contextualizado dentro del Estado Constitucional de Derecho, posee como una de sus características a la subordinación de la norma de rango legal a los principios que forman parte de la Constitución Política. En este sentido, se resalta el rol de la proporcionalidad como delimitador para el operador jurídico tanto en la interpretación como en la dación de la Ley, en tanto se exige que la norma penal coadyuve a su concretización.

La proporcionalidad como tal, se encuentra ubicada dentro de la razonabilidad, y no se trata de una igualdad matemática entre el ilícito cometido y la consecuencia jurídica, ergo no se puede matar al sentenciado por asesinato, sino que se trata de una relación de

equivalencias entre la pena o medida de seguridad y el delito que es recogido en el instrumento legal, tal como lo da a entender Castillo Alva (2004).

En este sentido, dentro del Estado Constitucional de Derecho, el principio de proporcionalidad se ha establecido como óbice para la delimitación de lo regulado en las normas de rango legal, pues constituye uno de los principios que han de respetarse no únicamente al sentenciar, sino que el propio legislador tiene que observar al momento de establecer la fórmula legal que ha de servir para la subsunción de los hechos que ocurren la realidad fáctica. En otras palabras, la proporcionalidad delimita en gran medida al establecimiento de un determinado delito y su respectivo rango de punibilidad. No se trata pues de que los delitos cumplan únicamente con brindar una adecuada protección al bien jurídico tutelado, sino que además de ello deberán poseer una correspondencia entre los actos que regulan y la pena que instituyen, lo que puede discutirse en varios delitos del Código Penal.

Es así que, luego de desarrollar los resultados de la investigación y armar el marco teórico correspondiente, se puede decir que no existe una concretización del principio de proporcionalidad en lo que respecta al delito de Peculado Culposos regulado en el artículo 387, por las razones relatadas a continuación.

En el delito de Peculado Culposo la acción no es cometida por el funcionario o servidor público como tal, sino que se encuentra atribuida a un tercero, quien, a razón de la falta de cuidado del primero, afecta los efectos o caudales que han sido encargados por razón de su cargo al sujeto activo de este delito. A razón de delimitar su supuesto regulado, se precisa que todas aquellas conductas en donde ha ocurrido una sustracción de caudales o efectos, pero se ha tenido el cuidado debido por parte del servidor o funcionario recaen fuera de la protección que brinda la norma.

Se trata de un delito cometido, más que nada, por omisión, en la medida que existe un deber objetivo de cuidado a con los bienes patrimoniales pertenecientes al Estado, pero el sujeto activo omite con el cumplimiento de las labores propias de su cargo, dando lugar a que un tercero sustraiga los efectos o caudales que el servidor o funcionario público custodiaba, percibía o tutelaba.

Sobre la proporcionalidad en abstracto, es decir, la referida al legislador, se considera que la comisión de este delito en específico posee un ámbito más gravoso que el establecido en la Ley actualmente, pues no se ha estimado que la sustracción de los caudales generaría daños en demasía, que no se corresponderían de ninguna manera con la pena que ha sido prevista en el tipo penal que abarca desde los tres hasta los cinco años de pena privativa de libertad en su forma agravada, y no mayor de dos años para su forma base.

El establecimiento de una pena que, en su determinación en la realidad fáctica, y en su mayoría, deviene como suspendida, muchas veces no logra ser proporcional en relación a los efectos que causa dentro de la administración pública.

El deber objetivo de cuidado vulnerado acarrea una consecuencia jurídica que no es idónea para proteger el bien jurídico tutelado debido a su poca gravosidad, en tanto una pena mucho más fuerte persuadiría a los funcionarios y/o servidores de cumplir adecuadamente con las labores propias de su cargo. Se debe recordar que se trata de un delito que únicamente es imputado si es que no se siguen los reglamentos o normas de aquel rango pertinentes a un cuidado especial, por lo que existe protección para los servidores o funcionarios públicos diligentes.

En este proceso de valoración, se debe recordar que los efectos o caudales que son sustraídos son relativos al ámbito público, y ciertamente los efectos del delito llegan a afectar no solo a una persona colectiva, sino que trascienden hacia la dirección de los ciudadanos, cuestión que incrementa la gravedad de la negligencia, impericia o imprudencia que transgrede el deber objetivo de cuidado.

Finalmente, y en resumen, la no correspondencia entre la pena y el delito cometido se ubica en la proporcionalidad en abstracto, se sustenta en el desbalance de la consecuencia y el delito de Peculado culposo, y es un problema que encontraría solución mediante el

incremento de la pena dada por el legislador, coadyuvando al buen y correcto funcionamiento de la administración pública y respetando la proporcionalidad entre el supuesto de hecho y su consecuencia.

3.2.2. Materialización de la protección del objeto de tutela en el delito de Peculado Culposos

Partiendo del tratamiento de la Carta Magna en la positivización de los delitos, se puede asegurar que la regulación de los diferentes tipos penales en el ordenamiento jurídico peruano responde a varios factores, tal como el control estatal sobre los comportamientos de quienes delinquen, pero que encuentra un principal sustento en la protección de un objeto de tutela. En otras palabras, los delitos tienen como fin la protección de un determinado bien jurídico, y mediante la regulación de una serie de supuestos se pretende subsumir una conducta fáctica para brindar una consecuencia jurídica penal a quien delinque; no existe algún delito sin objeto de tutela, ergo aquello tendría sustento únicamente en aquellas teorías sobre la vigencia de la norma y, habría peligro en lo concerniente al abuso de poder estatal.

De cierta manera el establecimiento de los bienes jurídicos dentro del Derecho Penal peruano constituye un límite dirigido hacia el legislador, quien tendrá que observar que las leyes se correspondan con aquellos intereses de la sociedad que son salvaguardados por la norma penal en correspondencia a los principios y normas constitucionales. En este

contexto, se evidencia que la pena actual del artículo 387 del Código Penal, en su último párrafo referido al delito de Peculado Culposo, no se corresponde con una materialización de protección sobre el objeto que este delito tutela.

En conexión con lo anterior, en los resultados de la investigación se ha esbozado que el bien jurídico del delito de Peculado Culposo se encontraría vinculado con la administración pública, específicamente con los caudales o efectos que constituyen intereses de naturaleza patrimonial en la administración pública.

Este objeto protegido por la norma no encontraría diferencia alguna con el establecido en el delito de Peculado Doloso, empero, la pena del último delito es sustancialmente mayor, siendo que su forma base va desde los cuatro hasta los ocho años de pena privativa de la libertad y de ocho a doce años para su agravante respecto a los caudales sobre fines asistenciales o programas de apoyo o inclusión social; mientras que las consecuencias del delito culposo rondan hasta los dos años y desde los tres hasta los cinco años.

La sustancial diferencia no se sustenta en un objeto jurídicamente tutelado distinto en el delito doloso, sino que evidentemente se trata de una atenuación de la pena derivada de la diferencia entre culpa y dolo como elementos de la tipicidad subjetiva; sin embargo, la afectación hacia los efectos y/o caudales sigue siendo la misma.

Objetivamente, el daño, aunque haya sido producido de manera directa por un sujeto ajeno al deber de cuidado que se manifiesta en el funcionario o servidor público con la percepción, administración o custodia de los caudales o efectos, sigue siendo el mismo si nos referimos a los intereses patrimoniales de la administración pública.

Es cierto que el Peculado Culposo resulta ser menos reprochable, pero no menos lesivo; dado que para que la conducta sea catalogada como delito se requiere de la impericia, negligencia o imprudencia, y que aquellas conductas en donde se cumplió con el debido cuidado, pero ello no impidió la sustracción del patrimonio público quedan fuera del ámbito de protección de la norma, se colige que la pena es insuficiente para salvaguardar el bien jurídico.

En síntesis, las penas no mayores de dos años y no menor a tres ni mayor a cinco años en cuanto a la privación de la libertad, no protegen a los intereses patrimoniales sobre los efectos o caudales que ejerce la administración pública, razón por la que es imprescindible aumentar el *quantum* que se erige como consecuencia del delito de Peculado Culposo.

3.2.3. Cumplimiento de los fines preventivos como fundamento para el incremento de la pena del delito de Peculado Culposo

En épocas anteriores a la actual, el panorama de la teoría de la pena ha sido bastante difuso; de allí que, en comparación a otros conceptos

del Derecho, el de los fines de la pena es relativamente nuevo, y puede que en el contexto peruano goce de una importancia más teórica que empírica, en cuanto se suele legislar sin tomar en cuenta su cumplimiento.

Aún más novedosa es la conexión que poseen los fines de la pena con la Constitución de un Estado Constitucional de Derecho, en tanto se entiende que la pena, establecida por el legislador en el texto legal, se debe encontrar supeditada a la norma constitucional. Por más fines que sustenten un determinado mínimo o máximo del marco punitivo, la potestad de imponer una pena debe encontrarse siempre vinculada con los derechos, principios o intereses enmarcados en la Carta Magna. Una vez precisado aquello, se puntualiza que la graduación de la pena propuesta en la investigación no deberá exceder el límite de la Constitución, por lo que, incluso si los fines preventivos por sí solos podrían fundamentar una consecuencia aún mayor que la propuesta realizada en el acápite correspondiente, se debe tener cuidado de que esta no sea excesiva para la norma fundamental.

En correlación, se puede afirmar que la pena establecida en el artículo 387 sobre Peculado Culposo, no cumple con los fines preventivos de la pena, tanto en su vertiente negativa como en inclinación positiva, individual o general, debido a los argumentos de los siguientes párrafos.

Sobre la prevención negativa general, en primer lugar, se encuentra circunscrita a la intimidación dirigida hacia las personas en general; una pena no mayor a dos años para el tipo base no genera dichos efectos en los sujetos activos del Peculado Culposo, pues no se trata de una pena efectiva en la mayoría de casos, e incluso puede ser ubicada como una consecuencia mínima a pesar del daño generado por el funcionario o servidor que omitió su deber objetivo de cuidado. Ello puede ser aplicable incluso para su forma agravada, que va desde los tres hasta los cinco años, pero que resulta concretizarse en una carga suspendida o evitada mediante los principios y garantías que posee el proceso penal.

En cuanto a la prevención general positiva, el establecimiento de penas tan bajas en el tipo de Peculado Culposo podría quebrantar la confianza de la propia población en la diligencia de los funcionarios públicos, mientras que un aumento prudencial de los años de privación de libertad podría crear un consecuencia que reafirme el sentimiento de solidaridad en el Perú en tanto se percibiría que los funcionarios o servidores de la administración pública reciben un castigo por cometer un delito culposo o imprudente.

El delito de Peculado Culposo también flaquea en los fines preventivos especiales de la pena, ergo, al ser fácilmente evitable por diversos mecanismos legales, la persona no es resocializada, pues puede llegar a asumir que la negligencia, impericia o imprudencia que ocasionó que

los caudales o efectos sean sustraídos por un tercero no era un delito tan grave.

En tanto se ha colegido que la pena no da cumplimiento a lo establecido para los fines preventivos de la pena, también se debe resaltar que, al esgrimir los argumentos dentro de los límites del Estado Constitucional de Derecho, no se deberá tomar a los fines preventivos de la pena de manera aislada con los demás fines o con lo preestablecido en la norma constitucional.

Otro asunto es el referido a las teorías expresivas de la pena. Pese a guardar cierto parecido con las teorías preventivas, lo cierto es que estas no buscan instrumentalizar al sujeto activo que ha cometido el delito para dar un mensaje a la sociedad, sino que cobra relevancia la relación de la persona con la concepción moral de la sociedad, siendo que lo que disuade del cometimiento del ilícito no es la “aprehensión del sistema”, sino la opinión social de ello (Robinson, 2012).

De aquel modo, la pena del delito de Peculado culposo tendría un fin comunicativo, y la imputación de un mal, en este caso la consecuencia jurídica llamada “pena”, se utilizaría por ser una manera idónea de comunicar al imputado que su comportamiento anterior es inadecuado. Bajo el mismo fin expresivo, se puede dar notoriedad a la importancia de la moral social, pues las penas impuestas que se correspondan más con las concepciones sociales, cumplirán de mejor manera la función

comunicativa en estrecho vínculo con principios como el de la proporcionalidad.

Por aquel planteamiento, se puede verificar que el fin expresivo de la pena sería cumplido en mejor medida por el incremento de la consecuencia legislada en el delito de Peculado Culposo, pues, como se ha dicho anteriormente, el daño causado por la negligencia, imprudencia o impericia del funcionario o servidor público debe corresponderse con una consecuencia proporcional, siendo que la irrogación de un mal más gravoso se condice con la comunicación que se quiere lograr respecto del agente.

Dado que el delito analizado afecta al patrimonio, no de un privado, sino de la Administración Pública, se debe considerar que la opinión social sobre el crimen debe enlazarse a la sanción legislada, ya que una relación equilibrada conllevaría a un mejor cumplimiento de la Ley. Por ello, una sanción mayor comunicaría de mejor manera la opinión comunal sobre el delito, y su desaprobación hacia la falta del deber de cuidado del funcionario o servidor en el delito de Peculado Culposo.

Recapitulando, la pena del delito de Peculado Culposo debe ser aumentada para poder intimidar a los funcionarios o servidores que se encuentren dispuestos a omitir su deber de cuidado al no encontrar una consecuencia jurídica grave, así como para aumentar la confianza o solidaridad de la sociedad, y resocializar o reinsertar exitosamente a la

sociedad al sujeto activo del delito, que procurará la debida diligencia en el cumplimiento de sus deberes a partir de la carga impuesta. Ello también guardaría relación con los fines expresivos de la pena, pues la desaprobación de la sociedad hacia el ilícito sería mucho más notoria, mejorando la comunicación respecto del agente.

CONCLUSIONES

- Se ha encontrado que los fundamentos jurídicos que sustentan el incremento de la pena en el delito de Peculado Culposos discurren sobre el principio de proporcionalidad, en tanto la pena establecida por el legislador no se condice con el comportamiento del funcionario o servidor público que ostenta el deber objetivo de cuidado, ni con los daños generados, tal como se ha corroborado en la contratación de hipótesis; en la adecuada protección del objeto de tutela en el delito de Peculado Culposos, pues la pena establecida es insuficiente para proteger los intereses patrimoniales de la administración pública sobre los efectos o caudales, si se considera que culposos o dolosos, el delito ha generado consecuencias graves sobre el patrimonio estatal; y en el cumplimiento de los fines preventivos de la pena, en relación a que la cuantía de la prisión privativa de la libertad no genera intimidación en el sujeto activo ni reestablece la confianza de la sociedad, y al ser fácilmente evitable, la pena tampoco desemboca en una resocialización o reinserción en la sociedad por parte del servidor o funcionario.
- El Peculado Culposos ha sido analizado desde la teoría del delito, siendo que gracias al método dogmático se han establecido una serie de acápite en los que se ha descompuesto el tipo penal en razón del comportamiento típico, evidenciando que se trata de una omisión sobre un deber de cuidado referido a los efectos o caudales que el funcionario o servidor administra, custodia o percibe; la relación del tipo con la antijuricidad, coligiéndose que la culpa es atribuible únicamente al sujeto activo; el sujeto activo, que es el funcionario

o servidor que posee el deber objetivo de cuidado; el sujeto pasivo, que viene a ser el Estado peruano; la consumación y tentativa, de donde se concluyó que el delito de Peculado Culposos no admite la tentativa; y el *extraneus* e *intraneus*, verificando que únicamente responde por Peculado Culposos el último, mientras que el primero puede ser un tercero ajeno a la administración pública, o un funcionario o servidor diferente del sujeto activo.

- El objeto de protección en los delitos contra la administración pública cometidos mayormente por funcionarios, se encuentra ligado a la misma administración pública; en el caso del delito de Peculado Culposos se protegen los caudales o efectos que conforman un interés patrimonial por parte de la administración pública, y que han sido confiados al funcionario o servidor público mediante un deber objetivo de cuidado.
- El aumento del *quantum* de la pena del delito de Peculado Culposos se corresponde con los fines preventivos, tanto positivos como negativos, generales o específicos, y más aún, coadyuva a el fin expresivo de la pena. En ese sentido, la consecuencia jurídica fortalecida cumpliría un fin comunicativo, siendo idónea para manifestar la desaprobación social sobre el acto cometido, y mejorando el cumplimiento del ordenamiento jurídico al acercar lo legislado a la opinión pública.

RECOMENDACIONES

A razón de los argumentos esgrimidos en la presente investigación, se realiza la siguiente propuesta de *lege ferenda* sobre el último párrafo del artículo 387 del Código Penal Peruano, correspondiente al delito de Peculado Culposo:

Propuesta de lege ferenda

Texto vigente	Se propone regular de la siguiente manera
<p>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.</p> <p>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.</p> <p>Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.</p> <p>Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa.</p>	<p>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.</p> <p>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.</p> <p>Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.</p> <p>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 menor de dos ni mayor de cinco años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de siete años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa.</p>

Nota: Elaboración propia.

LISTA DE REFERENCIAS

- Abanto V., M. A. (2003). *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Lima: Palestra.
- Alexy, R. (2011). Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. *Revista española de derecho constitucional*, 91, 11-29. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3621584.pdf>
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires. Argentina: HAMURABI SRL.
- Bacigalupo, E. (2010). Filosofía e ideología de las teorías de la pena. *Derecho y Humanidades*, 1(16), 17-30. Obtenido de <https://nuevosfoliosbioetica.uchile.cl/index.php/RDH/article/view/16000>
- Barnes, J. (1998). El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar. *Cuadernos de derecho público*, 5, 15-50. Obtenido de <https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/download/509/564>
- Bernal, A. B. (2001). La Teoría unificadora dialéctica de Roxin a la luz de Beccaria. *Revista telemática de filosofía del derecho (RTFD)*(5), 201-212. Obtenido de <http://www.rtf.d.es/numero5/16-5.pdf>
- Campoverde Nivicela, L. J., Orellana I., W. G., & Sánchez Cuenca, M. E. (2018). El concepto y las funciones de la acción como elemento de la teoría del delito. *Revista Universidad y Sociedad*, 10(2), 318-322. Obtenido de http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2218-36202018000200318&lng=es&tlng=es

- Castillo A., J. L. (2004). *Principios de derecho penal: Parte general*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Cordini, N. S. (2014). La finalidad de la pena es, según Kant, ¿puramente retributiva? *Revista de derecho (Valparaíso)*, 43, 671-701. doi:<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512014000200019>
- Donna, E. A. (1992). *Teoría del delito y de la pena: Tomo I*. Buenos Aires: ASTREA.
- Donna, E. A. (1996). *Teoría del delito y de la pena: Tomo II*. Buenos Aires: ASTREA.
- Durán M., M. (2011). TEORÍAS ABSOLUTAS DE LA PENA: ORIGEN Y FUNDAMENTOS: CONCEPTOS Y CRÍTICAS FUNDAMENTALES A LA TEORÍA DE LA RETRIBUCIÓN MORAL DE IMMANUEL KANT A PROPÓSITO DEL NEO-RETRIBUCIONISMO Y DEL NEO-PROPORCIONALISMO EN EL DERECHO PENAL ACTUAL. *Revista de filosofía*, 67, 123-144. doi:<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-43602011000100009>
- Duran Migliardi, M. (2016). La prevención general positiva como límite constitucional de la pena: Concepto, ámbitos de aplicación y discusión sobre su función. *Revista de derecho (Valdivia)*, 29(1), 275-295. doi:<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502016000100013>
- Feijoo S., F. (2007). *Retribución y Prevención General: Un Estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal*. Buenos Aires: B de F.
- Gadamer, H. G. (2000). *Dialéctica de Hegel: Cinco ensayos hermenéuticos*. Madrid: Ediciones Catedra.
- Gascón A., M., & García. (2015). *La argumentación en el Derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Lima: PALESTRA.

- Guastini, R. (2014). El realismo jurídico redefinido. En A. Núñez V., *Modelos de ciencia jurídica* (págs. 87-114). Lima: PALESTRA. Obtenido de https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5264599/mod_resource/content/1/El%20Realismo%20Juri%CC%81dico%20Redefinido%20-%20GUASTINI%2C%20Riccardo.pdf
- Hugo A., J. B., & Huarcaya R., B. S. (2018). *DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Hurtado P., P. (1987). *MANUAL DE DERECHO PENAL*. Lima: EDDILI.
- Leal, Benavente, Calderón (2015). *EL FUNCIONARIO PÚBLICO*. Lima, Perú: GACETA
- Mañalich R., J. P. (2011). El delito como injusto culpable: Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno. *Revista de derecho (Valdivia)*, 24(1), 87-115. doi:<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502011000100005>
- Marcone, J. (2005). Hobbes: entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo. *Andamios*, 1(2), 123-148. Obtenido de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-00632005000300006&lng=es&tlng=es
- Matus A., J. P. (2007). EL POSITIVISMO EN EL DERECHO PENAL CHILENO: ANÁLISIS SINCRÓNICO Y DIACRÓNICO DE UNA DOCTRINA DE PRINCIPIOS DEL SIGLO XX QUE SE MANTIENE VIGENTE. *Revista de derecho (Valdivia)*, 20(1), 175-203. doi:<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502007000100008>

- Mayer Lux, L. (2017). EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS INFORMÁTICOS. *Revista chilena de derecho*, 44(1), 261-285. doi:<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372017000100011>
- Moreso, J. J. (2004). El positivismo jurídico y la aplicación del derecho. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*(27), 45-62. Obtenido de <http://www.cervantesvirtual.com/research/el-positivismo-juridico-y-la-aplicacin-del-derecho-0/01b37e7a-82b2-11df-acc7-002185ce6064.pdf>
- Sapag, Mariano A. (2008). El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del estado: un estudio comparado. *Díkaion*, 22(17),157-198. [fecha de Consulta 8 de Marzo de 2021]. ISSN: 0120-8942. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=720/72011607008>
- Peña C., F. (2015). *Curso Elemental de Derecho Penal Parte General* Lima, Perú.
- LEGALES
- Plascencia V., R. (2000). *Teoría del delito*. México: Universidad Autónoma de México.
- Prieto S., L. (2000). Tribunal Constitucional y positivismo jurídico. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 23, 161-196. Obtenido de <http://www.cervantesvirtual.com/research/tribunal-constitucional-y-positivismo-juridico-0/007673f0-82b2-11df-acc7-002185ce6064.pdf>
- Rodríguez U., J. M. (2000). En defensa del positivismo metodológico (Un comentario a partir del Principios y positivismo jurídico). *Anuario de filosofía del derecho*(17), 501-5014. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/142414.pdf>
- Rojas V., F. (2007). *Delitos contra la administración pública*. Lima, Perú: GRIJLEY.

Salinas S., R. (2009). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima, Perú

GRIJLEY.

Robinson, P. H. (2012). *Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*. Madrid, España: Marcial Pons.

Szczaranski V., F. L. (2012). Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra. *Política criminal*, 7(14), 378-453.
doi:<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992012000200005>

Valarezo Trejo, E. E., Valarezo Trejo, R. L., & Durán Ocampo, A. R. (2019). Algunas consideraciones sobre la tipicidad en la teoría del delito. *Revista Universidad y Sociedad*, 11(1), 331-338. Obtenido de http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2218-36202019000100331&lng=es&tlng=es

Villavicencio Terreros, F. A. (2006). *Derecho Penal Parte general*. Arequipa, Perú:

GRIJELEY

Wessels, Beulke y Satzger (2018). *Derecho Penal General el Delito y su Estructura*. Lima. Perú: Pacífico Editores