



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



TESIS PARA OPTAR POR EL TÍTULO
PROFESIONAL DE ABOGADO

PRINCIPIOS JURÍDICOS VULNERADOS CON LA DETERMINACIÓN DEL
DAÑO EXTRAPATRIMONIAL EN EL DELITO DE PECULADO

AUTOR:

Bach. DELGADO LOBATO, Sharon Katherine

ASESOR:

Dr. TELLO VILLANUEVA, Juan Carlos

CAJAMARCA – PERÚ

Febrero de 2025

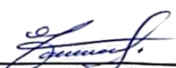


Universidad
Nacional de
Cajamarca
"Núcleo de la Universidad Peruana"

CONSTANCIA DE INFORME DE ORIGINALIDAD

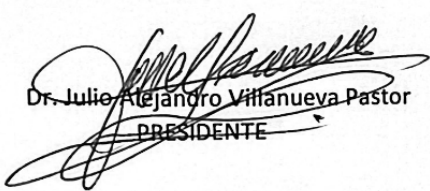
1. Investigador:
SHARON KATHERINE DELGADO LOBATO
DNI: 74400160
Escuela Profesional - Facultad:
Escuela Profesional de Derecho – Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
2. Asesor (a):
Dr. Juan Carlos Tello Villanueva
Departamento Académico:
Derecho y Ciencias Políticas
3. Grado académico o título profesional para el estudiante
☐ Bachiller ☒ Título profesional ☐ Segunda especialidad
☐ Maestro ☐ Doctor
4. Tipo de Investigación:
☒ Tesis ☐ Trabajo de investigación ☐ Trabajo de suficiencia profesional
☐ Trabajo académico
5. Título de Trabajo de Investigación:
PRINCIPIOS JURÍDICOS VULNERADOS CON LA DETERMINACIÓN DEL DAÑO
EXTRAPATRIMONIAL EN EL DELITO DE PECULADO
6. Fecha de evaluación: 07/02/2025
7. Software antiplagio: ☒ TURNITIN ☐ URKUND (ORIGINAL) (*)
8. Porcentaje de Informe de Similitud: 10%
9. Código Documento: oid:3117:427753305
10. Resultado de la Evaluación de Similitud:
☒ APROBADO ☐ PARA LEVANTAMIENTO DE OBSERVACIONES ☐ DESAPROBADO

Fecha Emisión: 07/02/2025

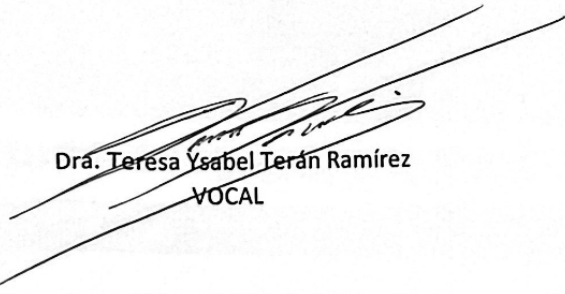
<i>Firma y/o Sello Emisor Constancia</i>	
 Dr. Juan Carlos Tello Villanueva DNI: 43570003	  Dra. Cs. Teresa Isabel Terán Ramírez DIRECTORA
Directora de Instituto de Investigaciones Jurídicas y Políticas	

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

En la ciudad de Cajamarca, siendo las siete y quince minutos de la mañana del día miércoles catorce de mayo del dos mil veinticinco, reunidos en la Sala de Grados y Títulos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, los integrantes del Jurado N° 01, presidido por el Doctor Julio Alejandro Villanueva Pastor e integrado por la Dra. Sandra Verónica Manrique Urteaga, en su condición de Secretaria; y, la Dra. Teresa Ysabel Terán Ramírez, en calidad de Vocal, designado mediante Resolución de Decanato N° 042-2025-FDCP-UNC, de fecha 22 de abril del 2025, con la finalidad de llevar a cabo la sustentación de tesis titulada: **"PRINCIPIOS JURÍDICOS VULNERADOS CON LA DETERMINACIÓN DEL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL EN EL DELITO DE PECULADO"**, presentado por la Bachiller en Derecho **SHARON KATHERINE DELGADO LOBATO**, con la finalidad de optar el Título Profesional de Abogado. En este sentido, se dio inicio al acto académico concediéndole al sustentante el plazo reglamentario, luego de lo cual se procedió a formular observaciones y preguntas por partes de los integrantes del jurado evaluador, las cuales fueron absueltas por la bachiller en mención, posteriormente, se invitó a la sustentante a abandonar el recinto con la finalidad de deliberar y calificar su desempeño, siendo el resultado: **APROBADO POR UNANIMIDAD CON CALIFICATIVO DE DIECIOCHO (18)**, con lo que concluyó el acto académico, siendo las ocho y cuarenta y cinco de la mañana, procediendo con la firma de los intervinientes.


Dr. Julio Alejandro Villanueva Pastor
PRESIDENTE


Dra. Sandra Verónica Manrique Urteaga
SECRETARIA


Dra. Teresa Ysabel Terán Ramírez
VOCAL


Sharon Katherine Delgado Lobato
BACHILLER

DEDICATORIA

A mis ancestras analfabetas.

AGRADECIMIENTO

A María Casas, Víctor Delgado,
Yolanda Lobato, Madeleine Delgado,
Matteo Rodrigo y Juan Carlos Tello.

TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA	II
AGRADECIMIENTO	III
LISTA DE ILUSTRACIONES.....	VIII
LISTA DE ABREVIACIONES	XI
RESUMEN.....	XII
<i>ABSTRACT</i>	XIII
INTRODUCCIÓN.....	XIV
CAPÍTULO I.....	1
ASPECTOS METODOLÓGICOS	1
1.1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	1
1.1.1.Contextualización del problema.....	1
1.1.2.Planteamiento del problema	6
1.1.3.Formulación del problema	7
1.2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	7
1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	8
1.3.1.Objetivo General	8
1.3.2.Objetivos Específicos	8
1.4. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	9
1.4.1.Delimitación espacial	9
1.4.2.Delimitación temporal	9
1.5. TIPO DE LA INVESTIGACIÓN	10
1.5.1.De acuerdo al fin que persigue	10
1.5.2.De acuerdo al diseño de investigación	10
1.5.3.De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan.....	12
1.6. HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN	12
1.7. MÉTODOS DE LA INVESTIGACIÓN	13

1.7.1. Genéricos	13
1.7.2. Propios del derecho	14
1.8. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN	15
1.8.1. Técnicas de investigación	15
1.8.2. Instrumentos	16
1.9. ESTADO DE LA CUESTIÓN	16
CAPÍTULO II.....	19
MARCO TEÓRICO	19
2.1. ENFOQUE IUSFILOSÓFICO DE LA INVESTIGACIÓN	19
2.1.1. El derecho después de Hart	20
2.1.2. La filosofía del derecho y los valores ético – políticos	22
2.1.3. La teoría constitucionalista de Dworkin.	23
2.1.4. La teoría constitucionalista de Alexy	24
2.1.5. Nuevo paradigma constitucional. Teoría del garantismo penal	28
2.1.6. Modelo jurídico del Estado Constitucional	28
2.1.7. El Estado Social y Democrático de Derecho	31
2.2. ASPECTOS DOCTRINARIOS DEL PROBLEMA.....	32
2.3. Los principios en el Ordenamiento jurídico peruano.....	32
2.3.1. El principio <i>ne bis in ídem</i>	34
2.3.2. El principio de legalidad	44
2.3.3. El principio de seguridad jurídica y predictibilidad de las resoluciones judiciales.....	61
2.4. El delito de peculado.....	70
2.4.1. Antecedentes del delito de peculado	71
2.4.2. Los delitos de peculado en el Código Penal peruano	72
2.4.3. Tipología del delito de peculado	73
2.4.4. El bien jurídico en los delitos de peculado.....	75

2.5.	La responsabilidad civil en el Ordenamiento Jurídico peruano	80
2.5.1.	La imputabilidad.....	85
2.5.2.	La antijuridicidad	85
2.5.3.	El daño causado	86
2.5.4.	Relación de causalidad.....	88
2.5.5.	Factores de atribución	89
2.6.	Funciones de la responsabilidad civil	91
2.7.	La responsabilidad civil patrimonial	93
2.7.1.	Daño emergente	93
2.7.2.	Lucro cesante	94
2.8.	La responsabilidad civil extrapatrimonial	94
2.8.1.	El daño moral y el daño a la persona desde las consideraciones de Espinoza Espinoza.....	94
2.8.2.	El daño moral y el daño a la persona desde las consideraciones de Taboada Córdova.....	95
2.8.3.	El daño moral y el daño a la persona desde las consideraciones de Fernández Cruz.....	96
2.8.4.	El daño moral y el daño a la persona desde las consideraciones de Fernández Sessarego	98
2.8.5.	El daño moral y el daño a la persona desde las consideraciones de Leysser León.....	100
2.9.	La determinación del daño extrapatrimonial en los delitos contra la administración pública	101
	CAPÍTULO III.....	110
	CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	110
3.1.	LA DETERMINACIÓN DEL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA A PARTIR DE LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1985 DEL CÓDIGO CIVIL	114

VII

3.2.	ESTUDIO DE LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS DE EXPERIMENTAR DAÑO MORAL	120
3.3.	LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO <i>NE BIS IN ÍDEM</i> CON LA DETERMINACIÓN DEL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL EN EL DELITO DE PECULADO	128
3.4.	LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA CON LA DETERMINACIÓN DEL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL EN EL DELITO DE PECULADO	137
CAPÍTULO IV		146
PROPUESTA DE ACUERDO PLENARIO		146
CONCLUSIONES.....		150
RECOMENDACIONES.....		152
LISTA DE REFERENCIAS		153

LISTA DE ILUSTRACIONES

Tabla 1	Lineamientos del constitucionalismo	23
Tabla 2		24
	Proceso de interpretación y aplicación del derecho de Dworkin	24
Tabla 3		26
	Tesis sobre la distinción entre reglas y principios según Robert Alexy (1986)	26
Tabla 4		28
	Modelo garantista de Luigi Ferrajoli	28
Tabla 5		30
	Modelo jurídico del Estado Constitucional según Guastini.....	30
Tabla 6		34
	Características de los principios según San Martín Castro (2020) en el Derecho Procesal penal peruano.....	34
Tabla 7		39
	Requisitos del non bis in ídem según Reyna Alfaro	39
Tabla 8		39
	Triple identidad del principio ne bis in ídem según García Caveró	39
Tabla 9		42
	Posturas sobre la naturaleza del principio ne bis in ídem según Reátegui Sánchez.....	42
Tabla 10		44
	Presupuestos para la interposición de la excepción de cosa juzgada según Oré Guardia (2016)	44
Tabla 11		45
	El principio de legalidad en el Derecho Internacional.....	45
Tabla 12		46
	El principio de legalidad en las constituciones peruanas	46

Tabla 13	48
El principio de legalidad en las codificaciones peruanas	48
Tabla 14	51
Direcciones del principio de legalidad según Hurtado Pozo (2005)	51
Tabla 15	57
Manifestaciones del principio nulla poena sine lege según Salazar Sánchez ..	57
Tabla 16	65
Dimensiones de la seguridad jurídica	65
Tabla 17	66
Aspectos para verificar la conducta que se debe adoptar en las reglas	66
Tabla 18	66
Estructura de los principios	66
Tabla 19	73
Modificaciones del artículo 187 del Código Penal peruano.....	73
Tabla 20	73
Modificaciones del artículo 188 del Código Penal peruano.....	73
Tabla 21	77
Los objetos en el delito de peculado según Rojas Vargas (2016)	77
Tabla 22	79
Distinción de los conceptos “administración”, “percepción” y “custodia” según Abanto Vásquez (2003).....	79
Tabla 23	81
Escenarios en los cuales es posible la configuración de la responsabilidad civil según Fernández Cruz (2019).....	81
Tabla 24	82
Semejanzas y diferencias entre las (denominadas) responsabilidad civil contractual y la extra- contractual.....	82

Tabla 25	89
Relevancia del nexo causal según Espinoza Espinoza (2019)	89
Tabla 26	89
Diferencia de causa, condición y ocasión según Espinoza Espinoza (2019)....	89
Tabla 27	90
Tipos de culpa según Espinoza Espinoza (2019)	90
Tabla 28	91
Tipos de dolo según Espinoza Espinoza (2019)	91
Tabla 29	91
Fundamentos de la responsabilidad objetiva según Espinoza Espinoza (2019)	91
Tabla 30	93
Funciones de la Responsabilidad Civil en la etapa fisiológica y en la fase patológica según Fernández Cruz (2019)	93
Tabla 31	104
Manual de criterios para la determinación del monto de la reparación civil en los delitos de corrupción	104
Tabla 32	106
Solicitudes de constitución en actor civil de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca	106
Tabla 33 Acápites desarrollados	113
Tabla 34 Objetivos específicos	113
Tabla 35 Hipótesis planteadas	114
Tabla 36 Correspondencia en el desarrollo de la contrastación	114

LISTA DE ABREVIACIONES

Art.	:	Artículo
Const.:		Constitución Política del Perú de 1993
CADH:		Convención Americana sobre los Derechos Humanos
CIDH:		Corte Interamericana de Derechos Humanos
CS	:	Corte Suprema
CC	:	Código Civil peruano de 1984
CP	:	Código Penal peruano de 1991
CPP	:	Código Procesal Penal
Exp.	:	Expediente
TC	:	Tribunal Constitucional
TP	:	Título Preliminar
STC	:	Sentencia del Tribunal Constitucional.
V. gr.	:	Verbigracia

RESUMEN

Lega data, el Ordenamiento Jurídico peruano no contempla norma expresa sobre los criterios jurídicos que el aplicador del derecho debe valorar para determinar el *quantum* indemnizatorio por concepto de daño extrapatrimonial en los delitos contra la Administración Pública, valiéndose de las pautas jurisprudenciales y dogmáticas desarrolladas por la Casación N.º 189 – 2019 Lima Norte y la Procuraduría Pública del Perú (2018).

Este trabajo tiene como objetivo desarrollar los principios jurídicos vulnerados con la determinación del daño extrapatrimonial en el delito de peculado, centrándose en los componentes hipotéticos: legalidad, *ne bis in ídem* y seguridad jurídica. Con tal propósito, al aplicar los métodos dogmático y hermenéutico, se analizan las instituciones del daño moral y daño a la persona en el vigente Código Civil y su aplicación en las personas jurídicas; asimismo, se estudia el delito de peculado, el principio *ne bis in ídem*, el principio de legalidad como causa y la seguridad jurídica como efecto.

Validando la hipótesis planteada, se estructura el concepto “perjuicio no patrimonial”, cuya construcción discursiva demuestra la vulneración del aspecto sustantivo y del carácter de colación del principio *ne bis in ídem*, así como la infracción a la garantía de actuación y las exigencias de ley previa, ley escrita y ley cierta; del principio de legalidad.

Palabras clave: daño extrapatrimonial, perjuicio no patrimonial, daño moral, daño a la persona, *ne bis in ídem*, legalidad, seguridad jurídica.

ABSTRACT

The Peruvian Legal System does not contemplate an express rule on the legal criteria that the enforcer of the law must assess to determine the amount of compensation for extra-patrimonial damage in crimes against the Public Administration, using the jurisprudential and dogmatic guidelines developed by Cassation N. ° 189 – 2019 Lima Norte and the Manual structured by the Public Prosecutor's Office of Peru (2018).

This work aims to develop the legal principles violated in the determination of extra-patrimonial damage in the crime of embezzlement, focusing on the hypothetical components of legality, ne bis in idem and legal certainty. For this purpose, using dogmatic and hermeneutical methods, in a didactic manner, the institutions of moral damage and damage to the person in the current Civil Code, the crime of embezzlement, the ne bis in idem principle, the principle of legality as cause and legal certainty as an effect.

Validating the hypothesis raised and concluding in the violation of the substantive aspect and collation nature of the ne bis in idem principle and the violation of the guarantee of action and the requirements of prior law and certain law; of the principle of legality.

Keywords: *ne bis in ídem, moral damage, damage to the person, ne bis in idem, legality, legal certainty.*

INTRODUCCIÓN

El desarrollo de esta investigación corresponde a un problema de interpretación normativa de los artículos 1985 del Código Civil y 93 del Código Penal en la legislación peruana, respondiendo a la pregunta: ¿cuáles son los principios jurídicos vulnerados con la determinación del daño extrapatrimonial en el delito de peculado?

A fin de entender el complejo panorama del fenómeno jurídico y haciendo nuestra la intención de Atienza (2014), proponemos un instrumento teórico que evidencia la vulneración a los principios *ne bis in ídem*, legalidad y seguridad jurídica en el Ordenamiento Jurídico peruano, contribuyendo, coherentes con el Constitucionalismo Pospositivista, a la protección de los Derechos Fundamentales y a la maximización de los principios que inspiran el sistema jurídico.

Según el enfoque aquí propuesto, evitamos problematizar el daño patrimonial causado por el delito de peculado, ya que en ese caso es posible determinar un resarcimiento estrictamente civil. No obstante, esta situación se excluye en el daño extrapatrimonial, cuyos criterios para identificar la cuantía son imprecisos. Aquella problemática persiste, sin lugar a dudas, pues hasta la fecha no encontramos *lex scripta* que regule dicho supuesto.

Para cubrir esta falta, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos a través de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción, en el año 2018, estructuró el “Manual de criterios para la determinación del monto de la reparación civil en los delitos de corrupción”; y la jurisprudencia, a su vez, desarrolló mediante la Casación N.º 189-2019 un conjunto de pautas para determinar el *quantum* indemnizatorio por concepto de daño extrapatrimonial aplicados a los delitos contra la Administración Pública, considerando: (i) la gravedad del hecho ilícito, (ii) las circunstancias de la comisión de la conducta, (iii) el aprovechamiento obtenido por los responsables, (iv) la difusión pública del delito, su impacto social, el rol y el alcance competencial de la entidad agraviada; y (v) el cargo de los funcionarios o servidores (Corte Suprema de Justicia de la

República, 2020, pp. 17-20), quienes inobservaron los deberes funcionariales que rigen a la Administración Pública.

A su turno, con ánimo de definir el bien jurídico protegido por el artículo 387 del Código Penal, afectando los emprendimientos editoriales al superar la tradicional discusión dogmática, el Acuerdo Plenario N.º 4 - 2005, establece que el peculado es un delito pluriofensivo que comprende dos objetos específicos merecedores de protección jurídica: (i) garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública; y (ii) evitar el abuso del poder del funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionariales de lealtad y probidad.

A continuación, con la rigurosidad académica que exige la investigación jurídica y habiéndose aplicado los métodos hipotético-deductivo, sintético, dogmático y la hermenéutica jurídica, se logra demostrar la afectación a los principios *ne bis in ídem*, legalidad y seguridad jurídica con la determinación del *quantum* indemnizatorio por daño extrapatrimonial en el delito de peculado; debido a la ausencia de un expreso precepto normativo y la doble valoración del criterio “cargo funcional y quebrantamiento de los deberes de lealtad y probidad”; por un lado, para establecer la responsabilidad penal del agente, en concreto, la antijuridicidad material y, por otro, para determinar el monto de la reparación civil por concepto de daño moral.

La negación del reconocimiento de derechos a las personas jurídicas no es objeto de estudio de la presente investigación; no obstante, se demuestra la tesis planteada al analizar los alcances conceptuales de los vocablos “daño a la persona” y “daño moral”, planteando argumentos históricos, dogmáticos, hermenéuticos y probatorios sobre el artículo 1985 del Código Civil peruano, concluyendo que el concepto “daño a la persona” está contenido en la categoría de “daño moral”; y que las personas jurídicas, aun cuando puedan experimentar intromisiones ilegítimas debido a su naturaleza jurídica, no son susceptibles de ser consideradas sujetos pasivos de “daño moral”.

Al ser un problema transversal que vincula el Derecho Privado y el Derecho Público, la investigación se divide en dos apartados: uno descriptivo y otro valorativo. El primero (capítulo II), está referido al enfoque iusfilosófico;

asimismo, desde una perspectiva sustantiva del derecho penal, se estudia el delito de peculado y el bien jurídico tutelado. Finalmente, se ofrece un esquema dogmático y organizado de la responsabilidad civil y su reconocimiento en el Ordenamiento Jurídico peruano, así como la evolución histórica de la categoría “daño a la persona” y su negligente reconocimiento en el Código Civil de 1984. Posteriormente, se abordan los alcances de la responsabilidad civil en delitos contra la Administración Pública.

Hemos titulado “Estudio de la capacidad de las personas jurídicas de experimentar daño moral”, “La vulneración del principio *ne bis in ídem* con la determinación del daño extrapatrimonial en el delito de peculado” y “La vulneración del principio de legalidad y seguridad jurídica con la determinación del daño extrapatrimonial en el delito de peculado” al contenido valorativo (capítulo III); que, con postulados teóricos y bibliografía peruana, hemos construido. Coherentes con el marco metodológico, por último, se estructura una propuesta de Acuerdo Plenario (capítulo IV), recomendaciones orientadas a los agentes jurídicos y las conclusiones de la presente investigación.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1.1. Contextualización del problema

Como consecuencia de la experiencia filosófica y jurídica, contemporáneamente se ha enervado la clásica concepción positivista del derecho, asignándose un nuevo paradigma de entendimiento del fenómeno jurídico basado en un proceso de constitucionalización. Montoya Vivanco (2020), coherente con Atienza (2014), Alexy (1998), Aguiló Regla (2007) y Zagrebelsky (2003), describe que el nuevo concepto del derecho define la validez de sus normas sobre la base de un componente sustancial o axiológico, prescindiendo de la pretérita y exclusiva validez formal, autoritaria y burocrática (p. 40).

En efecto, el constitucionalismo pospositivista incorpora un nuevo tipo de normas distintas a las reconocidas en el positivismo clásico (reglas), que se limitaban a describir supuestos de hecho y a ser aplicadas únicamente por juicios de subsunción. Se trata, pues, de las normas denominadas principios, concebidos como descripciones abstractas y orientados a tutelar bienes esenciales para el desarrollo y la convivencia humana; o, desde el aporte alexiano, definidos como mandatos de optimización que deberán ser realizados en el mayor grado posible. Con un mínimo margen diferencial, Ferrajoli (2000) argumenta la inalienabilidad e indemnidad de los principios y derechos mediante la corriente garantista del derecho penal y su mínima intervención en las esferas de libertades subjetivas.

Políticamente, el Estado peruano, según los artículos 3, 43 y 45 de la Constitución de 1993, asume las características básicas del Estado Social y Democrático de Derecho. Tomando la base

argumentativa de Ferrajoli, Montoya Vivanco (2020) comenta que el derecho penal en nuestra fórmula estatal debe perseguir la protección de la sociedad, genéricamente, y, de manera específica, se encargará de la protección de los bienes jurídicos, al ser presupuestos básicos para la convivencia social; mediante la prevención del delito y, prioritariamente, el respeto de los fines garantistas expresados en los principios que limitan el ejercicio de la potestad punitiva en el ordenamiento jurídico y el sistema penal. Es el caso, por ejemplo, del principio de legalidad y el principio *ne bis in ídem*.

Grosso modo, según la jurisprudencia de la Corte Suprema de la República del Perú, el principio de legalidad como “*Rule of Law*” no se agota en la mera delimitación de lo que está prohibido o permitido, de lo imponible o no imponible como consecuencia jurídica de cada acción; sino que la legalidad es también un mecanismo reforzador de la observancia de la norma (Corte Suprema de Justicia de la República, 2019, Casación 724-2018, Junín).

A su turno, el principio *ne bis in ídem*, en general, se refiere a la prohibición de hacer lo mismo más de una vez o, en términos jurídicos, a la proscripción de procesar o sancionar reiteradamente un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento (artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Penal peruano de 1991).

Pues bien, el esquema de la responsabilidad civil se presenta mediante dos tipos de daños continentes: el daño patrimonial y el daño extrapatrimonial. El daño patrimonial se traduce en el menoscabo de bienes u objetos que forman parte de la esfera patrimonial de la persona, ya sea natural o jurídica; mientras que el daño extrapatrimonial, en palabras de Leysser León (2007), es la lesión a la integridad psicosomática del sujeto de derecho, así

como el daño que atenta contra los derechos fundamentales reconocidos en la norma constitucional y en los tratados internacionales (p. 232).

Legalmente, el daño patrimonial acoge a las categorías de daño emergente y lucro cesante; mientras que el daño extrapatrimonial comprende conceptos como “daño moral” y “daño a la persona” (artículo 1985 del Código Civil de 1984). La doctrina no presenta mayor dificultad en diferenciar el daño emergente del lucro cesante, pues mientras uno se centra en la pérdida de una utilidad preexistente (daño emergente), el otro se refiere a la privación de una utilidad previamente inexistente (lucro cesante). Sin embargo, tal precisión no se verifica en los vocablos derivados del daño extrapatrimonial, ya que al incorporarse “de contrabando” la categoría de “daño a la persona” veintiún días antes de la promulgación del Código Civil vigente, tal como anotan Sessarego (1986) y Leysser León (2017), ha llevado a que, por años, la doctrina y la jurisprudencia peruana hayan transitado “a ciegas” en el entendimiento de los vocablos “daño moral” y “daño a la persona”, en su diferenciación y su aplicación en la realidad peruana (Fernández Cruz, 2023, p. 17).

Por su parte, el Título VI del Libro Primero del Código Penal peruano de 1991, prevé la reparación civil y las consecuencias accesorias derivadas de un acto delictivo, señalando el artículo 92 que la reparación civil se determina juntamente con la pena y es un derecho de la víctima que debe efectivizarse durante el tiempo que dure la condena. Comprendiendo, según el artículo 93, la restitución del bien o su valor, así como una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. Adicionalmente, dicha norma encuentra sustento en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley N.º 27785, pues dentro de la novena disposición final se define a la responsabilidad civil como aquella de carácter contractual y

solidaria, en la que incurren los servidores y funcionarios públicos, quienes, en el ejercicio de sus funciones, sea por acción u omisión, hayan ocasionado un daño económico al Estado.

En ese sentido, desde la tesis elaborada, se prescinde problematizar al daño patrimonial causado por el delito de peculado, pues en ese caso es posible determinar un resarcimiento estrictamente civil; no obstante, esta situación se excluye en el daño extrapatrimonial, cuya aplicación, consideramos, es imprecisa.

Así, autores como Espinoza Espinoza (2014) y León Vidal (2015), la jurisprudencia de la Corte Suprema a través de la Casación N.º 189-2019 e inclusive la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de la República; interpretando las normas contenidas en el artículo 1985 del Código Civil y 93 del Código Penal, afirman que el Estado, en su condición de persona jurídica, es susceptible de experimentar distintos daños, aplicándose, junto con el daño patrimonial, la categoría del daño extrapatrimonial, cuyo resarcimiento debe efectuarse valorando los conceptos de daño moral o daño a la persona.

Atendiendo a ese encomiable convencimiento, los magistrados de la Corte Suprema en la Casación N.º 189-2019 desarrollaron un conjunto de criterios para determinar el *quantum* indemnizatorio por concepto de daño extrapatrimonial, considerando: (i) la gravedad del hecho ilícito, (ii) las circunstancias de la comisión de la conducta, (iii) el aprovechamiento obtenido por los responsables, (iv) la difusión pública del delito, su impacto social, el rol y el alcance competencial de la entidad agraviada; y (v) el cargo de los funcionarios o servidores (Corte Suprema de Justicia de la República, 2020, pp. 17-20), que quebrantaron los deberes funcionariales que rigen a la Administración Pública. Esta misma premisa propositiva se evidencia en el Manual de criterios para la

determinación del monto de la reparación civil en los delitos de corrupción (2018), en tanto establece como condiciones a tener en cuenta (i) la gravedad del ilícito cometido, (ii) la modalidad de su realización, (iii) la eventual reiteración; y (iv) la medida de la ventaja conseguida por el dependiente infiel, así como la entidad de las sumas indebidamente percibidas. Por otro lado, dentro de los criterios subjetivos, se identifican, como tales, la posición del funcionario en el Estado y su capacidad de representación. Finalmente, debe valorarse la naturaleza social de la función que fue materia del delito y la difusión del impacto (pp. 39 - 41).

Aunque no ostentan vinculatoriedad, los descritos criterios, *prima facie*, desatienden lo establecido en el Acuerdo Plenario N.º 04-2005, que, siguiendo lo postulado por Nakazaki Servigón (2013) y Rojas Vargas (2016), encuentra resuelto el debate sobre el bien o los bienes jurídicos penalmente protegidos por el artículo 387 del Código Penal. Al respecto, señala que el delito de peculado tiene un carácter pluriofensivo y protege: (i) el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública; y (ii) evitar el abuso de poder del funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionariales de lealtad y probidad.

Lo desarrollado no solo es un problema dogmático, pues aquel pronunciamiento supremo autorizó que dichos criterios sean aplicados por los órganos que ejercen la representación procesal del Estado y, ciertamente, por la práctica judicial para establecer el *quantum* indemnizatorio; tal como se evidencia, por ejemplo, en la Solicitud de Constitución en Actor Civil y el escrito “Subsana omisión”, emitidos por la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, y presentados al Séptimo Juzgado de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, en ocasión del Expediente 1275-2021-1-0601-JR-PE-07. En dicho acto procesal, a folios 3, se sustenta el monto indemnizatorio en razón a diversos

criterios, siendo uno de ellos, el criterio subjetivo. Igual fundamento sostiene, entre otros, el Expediente 00811-2024-0-0601-JR-PE-07, Expediente 00785-2024-0-0601-JR-PE-07, Expediente 380 - 2024-0-0601-JR-PE-07, Expediente 00001-2024-0-0601-SP-PE-0, Expediente 00684-2024-0-0601-JR-PE-07, Expediente 00645-2024-0-0601-JR-PE-07, Expediente 00801-2024-0-0601-JR-PE-07, Expediente 00835-2024-0-0601-JR-PE-07 y el Expediente 00597-2024-0-0601-JR-PE-03.

En consecuencia, la determinación del daño extrapatrimonial en el delito de peculado, se plantea, contraviene diversos principios no solo penales, como el *ne bis in ídem*; sino también otros que fundamentan al Ordenamiento Jurídico; cítese, por ejemplo, el principio de legalidad, en tanto se aplican criterios no establecidos en la norma jurídica y el principio de seguridad jurídica, al evitar la predictibilidad de las resoluciones judiciales.

1.1.2. Planteamiento del problema

A partir de la interpretación normativa de los artículos 1985 del Código Civil y 93 del Código Penal, que incide en lo desarrollado por la Corte Suprema¹ y la Procuraduría Pública², se afirma que el Estado es pasible de experimentar daño extrapatrimonial (daño a la persona, concretamente) como consecuencia de la comisión del delito de peculado, estableciéndose criterios para su determinación y valorando elementos subjetivos que, a su vez, forman parte del bien jurídico tutelado por el artículo 387 del Código Penal; sugiriendo la afectación del principio *ne bis in ídem*; del principio de legalidad que garantiza “la prohibición de aplicación de otro derecho que no sea el escrito”³ (al valorar pautas

¹ Casación N.º 189-2019, (Corte Suprema de Justicia de la República, 2020, pp. 17-20).

² Procuraduría Pública (2018). Manual de criterios para la determinación del monto de la reparación civil en los delitos de corrupción.

³ Según la Sentencia N.º 2192-2004-AA/TC, (Tribunal Constitucional, 2005, párr. 22).

restrictivas sin sustento legal) y de la seguridad jurídica, en cuanto se obstaculizaría la predictibilidad de las decisiones judiciales.

Planteándose, por lo tanto, la siguiente pregunta:

1.1.3. Formulación del problema

¿Cuáles son los principios jurídicos vulnerados con la determinación del daño extrapatrimonial en el delito de peculado?

1.2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Tomando como fundamento la intención de Atienza (2014), la presente investigación propone un instrumento teórico que evidencia la vulneración a diversos principios jurídicos, como la proscripción del *ne bis in ídem*, el principio de legalidad y el principio de seguridad jurídica en el Ordenamiento Jurídico peruano, contribuyendo, en coherencia con el constitucionalismo pospositivista, a la protección y desarrollo de los derechos fundamentales. Los resultados y conclusiones obtenidas en la presente investigación, además de influir en la academia jurídica, son capaces de generar iniciativas para próximas investigaciones.

Asimismo, tras 40 años de vigencia del Código Civil peruano, la investigación coadyuva a una doctrina crítica sobre el derecho de la reparación civil y la tipología de daños; contribuyendo a visibilizar sus falencias y resaltar sus aciertos.

El tema desarrollado es de actualidad jurídica, pues se ha establecido que los criterios para determinar el monto indemnizatorio son valorados por los agentes jurídicos que ostentan la representación procesal del Estado y por aquellos que dirimen dichas causas. Razón por la cual, la presente investigación contribuye a la administración de justicia y la efectivización del principio de tutela jurisdiccional efectiva. Así, el aporte más significativo es la propuesta de un acuerdo plenario que pretende uniformizar la aplicación y cuantificación del daño extrapatrimonial en los delitos de peculado.

Por otro lado, la importancia de la tesis desarrollada trasciende al ejercicio pleno del derecho a la educación y libre desarrollo de la personalidad de la investigadora, al permitirle obtener un título profesional a través de la educación universitaria pública; exteriorizando su ánimo de efectivizar los principios de calidad académica, espíritu crítico y de investigación y compromiso con el desarrollo del país, en el marco de la Ley N.º 30220, Ley Universitaria.

Finalmente, se espera que, mediante la presente tesis, se contribuya a la intención social de minimizar las brechas de género en el acceso a la educación y a puestos laborales, y se registre estadísticamente una cifra mayor de mujeres que logran alcanzar una profesión, y mediante su ejercicio, coadyuven a la erradicación de la violencia de género aún perseverante en la realidad peruana.

1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.3.1. Objetivo General

Establecer los principios jurídicos vulnerados con la determinación del daño extrapatrimonial en el delito de peculado.

1.3.2. Objetivos Específicos

- a) Explicar la figura de responsabilidad civil y los tipos de daños en el Ordenamiento Jurídico peruano, con énfasis en el daño extrapatrimonial en el delito de peculado.
- b) Explicar los alcances dogmáticos de los elementos descriptivos y normativos del delito de peculado contemplado en los artículos 387 y 388 del Código Penal, para identificar el contenido y los componentes del bien o bienes jurídicos protegidos.
- c) Analizar los alcances legales y teóricos del principio *ne bis in ídem*, para determinar su vulneración respecto a su contenido material, en relación con la valoración del

criterio subjetivo de la determinación del daño extrapatrimonial en el delito de peculado.

- d) Analizar el contenido normativo y dogmático del principio de legalidad, para verificar su afectación respecto a la aplicación de criterios no establecidos en norma jurídica para determinar el *quantum* indemnizatorio por concepto de daño extrapatrimonial en el delito de peculado.
- e) Explicar el contenido dogmático y normativo de la seguridad jurídica, para determinar su vulneración ante la predictibilidad de decisiones judiciales en la determinación del daño extrapatrimonial en el delito de peculado.
- f) Analizar el contenido de la Casación N.º 189-2019 y los criterios para la determinación del monto de la reparación civil en los delitos de corrupción en el Perú.
- g) Elaborar una propuesta de acuerdo plenario que uniformice la aplicación del daño extrapatrimonial en el delito de peculado.

1.4. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1. Delimitación espacial

La investigación posee límites espaciales circunscritos al territorio nacional peruano, ello debido a que se analizan los alcances interpretativos de los preceptos normativos contenidos en el Código Civil y Código Penal peruano.

1.4.2. Delimitación temporal

La investigación se delimita temporalmente a la vigencia de los artículos 1985 del Código Civil y 93 del Código Penal.

1.5. TIPO DE LA INVESTIGACIÓN

1.5.1. De acuerdo al fin que persigue

A. Básica

Carruitero Lecca (2014), estableciendo la finalidad de este tipo de investigación, considera que está orientada a mejorar el conocimiento preexistente y comprensión de los fenómenos sociales, añadiendo, además, que se le llama básica porque podría utilizarse como fundamento de alguna otra investigación.

Por lo tanto, de acuerdo a su fin, la tesis realizada posee un carácter básico, en cuanto estableció los principios jurídicos vulnerados con la actividad judicial destinada a determinar el daño extrapatrimonial en el delito de peculado aplicando las categorías de la responsabilidad civil, significando un aporte al conocimiento, pues se estructura el concepto “perjuicio no patrimonial”, se demuestra la inaplicación de la categoría de daño moral en las personas jurídicas de derecho público; y los resultados obtenidos son susceptibles de generar iniciativas de investigación en torno a la verificación de la juridicidad de los demás criterios infralegales aplicados para determinar el *quantum* indemnizatorio. Por otro lado, demuestra la urgente necesidad de reestructurar el derecho de daños en el ordenamiento jurídico peruano.

1.5.2. De acuerdo al diseño de investigación

A. Investigación de tipo explicativa

Tantaleán Odar (2015), sobre una investigación explicativa, establece que el investigador conoce detalladamente el efecto; sin embargo, ignora la causa de este. De modo que, “además

de describir, se analizan las causas y sus relaciones fenomenológicas” (Tantaleán Odar, 2015, p. 12).

Pues bien, la descripción, el análisis y la explicación de los principios jurídicos vulnerados como producto de la determinación del monto indemnizatorio por concepto de daño extrapatrimonial en el delito de peculado, convierten al trabajo en uno de corte explicativo.

De esta manera, más que describir el fenómeno, se buscó explicar las categorías del derecho de la responsabilidad civil, el bien jurídico tutelado por el delito de peculado y los principios jurídicos que conforman los componentes hipotéticos de la presente investigación.

B. Investigación de tipo propositiva

La tesis ostenta una naturaleza propositiva, toda vez que se elaboró una propuesta de acuerdo plenario que busca uniformizar la aplicación del daño extrapatrimonial en el delito de peculado.

Asimismo, como producto de la construcción discursiva desarrollada, se logra proponer un nuevo paradigma de entendimiento del vocablo “daño moral” y la estructura del concepto “perjuicio no patrimonial” sufrido por la persona jurídica de derecho público y por aquellas que no persiguen fines lucrativos; generando una doctrina crítica en torno al cuadragésimo primer aniversario de la vigencia del Código Civil peruano.

Sostenemos lo precedente, debido a que, en este tipo de investigación, el estudioso constituye alguna propuesta que coadyuve a mejorar las relaciones sociales mediante el derecho (Tantaleán Odar, 2015, p. 16).

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

A. Cualitativa

Sánchez Zorrilla (2006), refiere que, en una investigación cualitativa, se prescinde de mediciones numéricas y uso de las estadísticas para solucionar el problema a investigar, se da lugar, por el contrario, a meras descripciones y observaciones (p. 18).

La investigación realizada se centró en analizar las instituciones jurídicas y componentes hipotéticos, tales como “daño moral”, “daño a la persona”, el bien jurídico tutelado por el delito de peculado, el principio *ne bis in idem*, el principio de legalidad y el principio de seguridad jurídica; considerando la normativa vigente, los precedentes normativos, la jurisprudencia y la dogmática, si necesidad de realizar cálculos matemáticos u operacionales. En tal mérito, para formular las conclusiones del presente estudio, no se necesitó de algún método o técnica propia de la investigación cuantitativa.

1.6. HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN

Los principios jurídicos vulnerados con la determinación del daño extrapatrimonial en el delito de peculado, son:

- a. El principio *ne bis in idem*
- b. El principio de legalidad
- c. El principio de seguridad jurídica

1.7. MÉTODOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.7.1. Genéricos

A. Hipotético deductivo

Sánchez Flores (2019), respecto a la aplicación del método hipotético deductivo, tiene dicho que se parte de premisas generales para llegar a una conclusión particular, que, en muchos casos, es la hipótesis a falsar.

A su turno, Zenteno Trejo y Osorno Sánchez (2016), sobre este método en la investigación jurídica, establecen que se procede lógicamente de lo universal a lo particular; poniendo énfasis en doctrinas y modelos teóricos; ignorando datos empíricos. Asimismo, se añade que este método se corresponde con la tradición romano – germánico: debe identificarse una norma jurídica abstracta, debe invocarse su aplicación, aplicar silogismos y resultados (premisa mayor) al caso en concreto, considerando puntos resolutivos (llamados conclusiones) (p. 117).

En nuestro caso, coherentes con los objetivos planteados; se expuso *lege data* las implicancias de los principios *ne bis in idem*, legalidad y seguridad jurídica; asimismo, desde un enfoque dogmático, se los dotó de contenido. Por su lado, se ocupó un apartado al análisis del delito de peculado, en los mismos términos legales y doctrinales que sustentaron la descripción de los principios.

Finalmente, se empleó este método para construir el esquema básico de la investigación, posibilitando la formulación de la hipótesis y su vinculación con los resultados de la contrastación.

B. Sintético

Rodríguez (2007), sobre el particular, refiere que se integran los componentes dispersos de un objeto de estudio para analizarlos en su totalidad. En la investigación realizada se evidencia su aplicación en tanto la problemática deducida es transversal al Ordenamiento Jurídico; estudiando instituciones propias del derecho civil y analizando categorías que conforman el derecho penal.

Además, la síntesis se empleó, principalmente, luego de la redacción del marco teórico, en cuanto la argumentación del capítulo final requirió de la construcción de premisas que representen la interrelación de conceptos.

C. Analítico

Rodríguez, C. (2007), afirma que el método analítico consiste en descomponer un objeto de estudio separando cada una de las partes del todo para estudiarlas en forma individual. Siendo así, se condujo la investigación por una metodología que consiste en analizar las instituciones de manera separada e individualizadas; para ser confrontadas posteriormente.

1.7.2. Propios del derecho

A. Dogmático

Mediante una investigación jurídico – doctrinal, Sánchez Zorrilla y Zavaleta Chimbor (2012), abandonando la doctrina kelseniana, sostienen que se logra diferenciar el conocimiento jurídico, de otros tipos de conocimientos. Así, los autores consideran que actualmente los estudios dogmáticos cumplen un rol de manuales; cuyas construcciones deben tener un enfoque práctico (p. 64). El método dogmático consiste en la creación de conocimiento sobre el derecho, sin que razones relativas a la sociedad u opiniones subjetivas del autor puedan

influir en aquel proceso de carácter eminentemente objetivo (Warat, 1983).

B. Hermenéutico

La hermenéutica, de acuerdo con Hermida y Quintana (2019), resulta ser, en palabras generales, un método propio de las investigaciones cualitativas que ayuda en la interpretación de ciertos textos.

Sánchez Zorrilla y Zavaleta Chimbor (2012), sobre el particular, tienen dicho que, al igual que la hermenéutica bíblica, esta tiene un conjunto de principios y reglas que todo investigador debe considerar, por ejemplo, el contexto, la gramática, la semántica, la sintaxis y por supuesto, el escenario histórico y cultural.

En la investigación realizada, el método hermenéutico se empleó para encontrar razonamientos válidos acerca de la codificación civil vigente; en estricto, sobre el contenido de las figuras del daño moral y daño a la persona; demostrando positivamente la hipótesis planteada.

1.8. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

1.8.1. Técnicas de investigación

A. Recopilación documental

Por su carácter dogmático, la tesis requirió el uso de soportes documentales. La recopilación documental, refiere Rodríguez (2009), es una técnica de investigación, cuya finalidad es obtener datos e información a partir de fuentes documentales con el fin de ser utilizados dentro de los límites de una investigación.

B. Análisis Documental

Corral (2015), establece que cuando hablamos de análisis documental, nos estamos refiriendo al estudio de un documento, independientemente de su soporte. En nuestro caso, recopilados los documentos (consistentes en libros jurídicos, artículos jurídicos físicos, artículos jurídicos virtuales, jurisprudencia, entre otros.), los analizamos y estudiamos a fin de extraer posiciones, ideas principales, secundarias, etc.

1.8.2. Instrumentos

A. Hoja guía de recolección y análisis documental

Las hojas guía de recopilación documental sirvieron para encomiar la obtención de bibliografía, sistematizando los medios encontrados para estudiarlos de acuerdo con la metodología precisada en la investigación.

1.9. ESTADO DE LA CUESTIÓN

El Registro Nacional de Trabajos de Investigación – RENATI, respecto a las investigaciones que previamente se han desarrollado concernientes a la problemática investigada, identifica los siguientes trabajos:

- A.** Tesis para obtener el grado de maestro en la Universidad Continental, denominada “La cuantificación del daño extrapatrimonial en el delito de colusión simple en la Corte Superior de Justicia de Junín durante los años 2018 al 2020”, realizada por Judith Giovana Delgado Barrios y Nora Flores Peñaloza en el año 2022. Este trabajo aborda una investigación de carácter no experimental - demostrativa, a través de los métodos sistemático y sociológico; planteando como objetivo general determinar los criterios para cuantificar el daño extrapatrimonial, aplicados en las sentencias por delito de colusión simple en el 5.º Juzgado Especializado en delitos de corrupción de funcionarios de la Corte Superior de Justicia de Junín durante los años 2018 al 2020.

Al respecto, como una de las conclusiones, se determinó que los criterios para cuantificar el daño extrapatrimonial en el delito de colusión simple que deberían aplicarse en las sentencias emitidas por los Jueces son los propuestos por la Procuraduría Pública Anticorrupción, así como los criterios recogidos en la Sentencia de Casación N.º 189-2020 – Lima. Asimismo, este trabajo considera el nivel de afectación al sistema de Contratación Pública, respecto a los principios de transparencia, eficacia, eficiencia, moralidad e imparcialidad, demostrando lo expuesto mediante el análisis de sentencias emitidas por la Corte Superior de Justicia de Junín, en las cuales se advierte que no existen criterios uniformes para determinar el monto de reparación civil por daño extrapatrimonial.

Los resultados de esta investigación contribuyeron dogmáticamente a la investigación realizada, evidenciando, una vez más, que no existen criterios uniformes para determinar el monto de la reparación civil por daño extrapatrimonial en los delitos contra la Administración Pública. Asimismo, significó un aporte dogmático sobre el contenido descriptivo de categorías jurídicas que componen la hipótesis de la investigación desarrollada.

- B.** Tesis para optar el título de abogado en la Universidad Nacional de Tumbes, denominada "Fundamentación judicial de la reparación civil y su cumplimiento de pago en los delitos de corrupción de funcionarios 2016 – 2020", realizada por Kremlin Hegel Llano Pacherras en el año 2020; trabajo que a través de un enfoque cuantitativo, descriptiva -explicativa y no experimental; da cuenta que la fundamentación judicial de la reparación civil es deficiente, debido a que el juez no cumple con argumentar el daño comprendido en su sentencia respecto a la determinación de la reparación civil, siendo que existe una tendencia solo en indicar el monto reparatorio expresado en la cantidad a pagar o únicamente señalar la redacción de su base legal, generando con ello una motivación insuficiente.

Esta investigación reforzó el planteamiento del problema de nuestro estudio. Así pues, la ausencia de criterios para individualizar el *quantum*

indemnizatorio trasciende al delito de peculado, notándose dicha deficiencia en otros tipos penales.

- C.** Investigación titulada “Criterios para la determinación de responsabilidad penal para casos de intervención plural de funcionarios en los delitos de peculado y malversación”, presentada por Anheló Samir Barrenechea Sánchez, como parte del Programa de Segunda Especialidad en Prevención y Control de la Corrupción de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020. Las conclusiones a las que arriba esta investigación, se centran en considerar que, en los delitos de peculado y malversación, se admite la posibilidad de que, en determinados supuestos, no solo un funcionario mantenga alguna de las relaciones funcionales requeridas por cada delito. De modo que es posible que en determinados supuestos nos encontremos ante dos o más funcionarios vinculados con los recursos públicos en una situación que puede denominarse de correlación funcional.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ENFOQUE IUSFILOSÓFICO DE LA INVESTIGACIÓN

El enfoque iusfilosófico de la presente investigación corresponde al constitucionalismo pospositivista.

Como se sabe, este planteamiento incorpora un nuevo tipo de normas diferentes a las reconocidas en el positivismo clásico, denominándolos “principios”. Siguiendo a Alexy (1998), los principios son mandatos de optimización, normas que deben realizarse en el mayor grado posible; mientras que las reglas, por el contrario, son susceptibles de ser o no ser obedecidas, característica que está condicionada por la interacción o tensión entre los principios que informaron la razón de su configuración y los principios que inspiraron su delimitación.

La validez de las normas jurídicas, entonces, no se agota en la constatación de la validez formal (como el procedimiento legal y la competencia del emisor), sino que, además, se requiere que aquellas cumplan con las condiciones de validez material, es decir, que sean coherentes con los principios y el contenido axiológico derivado de los derechos fundamentales, o, en otras palabras, que la norma se condiga con el concepto pospositivista de la moral, con una “(...) moral reconstruida discursivamente en el contexto de un Estado constitucional y democrático y plasmada, posconvencionalmente, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos y los derechos y principios constitucionales” (Montoya Vivanco, 2020, p. 44).

Siendo así, el Ordenamiento Jurídico al superar la pretérita validez determinada por las formalidades de la norma jurídica y su tendencia a relacionarla con los valores sociales, morales y políticos; constituye una base sólida que sustenta el desarrollo y los resultados de la presente investigación, en tanto se postula que las normas de orden civil y de orden penal deben establecer su vigencia maximizando los principios que cimientan al sistema jurídico, dentro de ellos, el *ne bis in ídem*, el principio de legalidad y el de seguridad jurídica.

Se entiende, por lo tanto, que la validez de las normas y criterios utilizados para establecer el *quantum* indemnizatorio por concepto de daño extrapatrimonial en los delitos contra la Administración Pública no debe agotarse en determinar su taxatividad, su emisión por los órganos competentes y las formas legales seguidas para su establecimiento; sino que trasciende a verificar si su contenido y aplicación es coherente y maximiza los valores, principios jurídicos y derechos fundamentales; labor que es efectuada por la presente tesis.

2.1.1. El derecho después de Hart

Carla Faralli (2005), mediante la traducción de Perea Latorre (2007), expone que contemporáneamente se advierte una progresiva disolución de las escuelas jurídicas preestructuradas, inutilizando las distinciones clásicas entre el iusnaturalismo, iuspositivismo y iusrealismo. Aquella disolución, sin embargo, explica la autora, no afirma su desaparición; pues aún están representadas por John M. Finnis, en el caso del iusnaturalismo, Neil MacCormick, Ota Weinberger y Joseph Raz, en el iuspositivismo. Siendo así, el debate filosófico jurídico actual amplía su enfoque temático, comprendiendo el “estudio de cuestiones especializadas” (Carla Faralli, 2005; en Perea Latorre, 2007, p. 12) y ubicándolo junto con la filosofía moral, política y la sociología.

Carla Faralli (2005), enuncia que el modelo iuspositivista se concibe como una teoría formal del derecho que estudia el fenómeno jurídico como una mera estructura normativa no atribuida a los valores. Esta corriente se cimentó en la teorización de los científicos sociales de finales del siglo XIX, que pregonaban la naturaleza programáticamente avalorativa de las ciencias sociales y la imposibilidad de establecer criterios morales para las decisiones jurídicas y políticas; y en la filosofía analítica del siglo XX que desarrollaba una metaética no cognitivista. (Carla Faralli, 2005; en Perea Latorre, 2007, pp. 12 – 13)

Luis Rodríguez (2021), comentando sobre la concepción Positivista del Derecho, considera que el común denominador del positivismo para identificar el derecho es la adopción del criterio neutral y avalorativo (tesis

de la neutralidad), que se explica mediante tres subtesis: (i) la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral, (ii) la tesis de las fuentes sociales del derecho; y (iii) la tesis de la discrecionalidad judicial.

Sobre la tesis de la separación entre el derecho y la moral, se explica que el vínculo entre aquellos es meramente contingente, esto es, que son dos universos distinguibles desde un punto de vista lógico o conceptual. Por lo tanto, se separa el derecho que es, del derecho que *debe ser* (Luis Rodríguez, 2021, p.162).

Sobre la segunda tesis, afirma el autor que el contenido de las normas jurídicas está determinado por hechos sociales complejos; en tanto el derecho es una mera creación humana, por lo que las prácticas sociales determinan su fuente y su validez jurídica (Luis Rodríguez, 2021, p.163).

Finalmente, sobre la tercera tesis, se dice que en el sistema jurídico hay casos que no resultan claramente regulados por las normas (sistemas jurídicos incompletos), por lo que ninguna decisión es impuesta de modo incontrovertible y los jueces, en esos casos particulares, ejercitan su discrecionalidad (Luis Rodríguez, 2021, p.164).

Como resultado, la filosofía del derecho contemporánea cuestiona los presupuestos acuñados por el positivismo jurídico, redirigiendo el derecho hacia los valores éticos, políticos; y hacia los hechos.

En ese escenario se consolida el postpositivismo, partiendo de las críticas de Ronald Dworkin (1931) a Herbert Hart y con los postulados neoinstitucionalistas perseguidos por Ota Weinberger (1919) y Neil MacCormick (1941). Sobre Weinberger y MacCormick, Carla Faralli (2005) señala que evitando las trampas del idealismo y engaños del reduccionismo, apelaron al “reconocimiento de la inadecuación del iusnaturalismo, que se vale de nociones ideales situadas por fuera del mundo del ser, perdiendo de vista que el derecho se encuentra profundamente calado en la realidad” (Carla Faralli, 2005; en Perea Latorre, 2007, p. 14).

Para estos reconocidos autores, el derecho se ubica en el plano de los hechos institucionales que tienen dimensión y dignidad ontológica propia, no aplicables a los hechos brutos, dichos de aquellos tangibles propios de la realidad y convivencia humana. Sosteniendo, asimismo, que dentro del conjunto de hechos institucionales se erigen las normas jurídicas particularmente caracterizadas por su relevancia social. (Carla Faralli, 2005; en Perea Latorre, 2007, p. 15).

A su turno, Dworkin (1931) sostiene que el ordenamiento jurídico no debe ser limitado a solas estructuras normativas y que junto a aquellas están los principios cuyo alcance trasciende al derecho estatuido; “estos representan un estándar que debe ser observado no porque provoque o mantenga una situación (económica, política o social) deseada, si no en cuanto es una exigencia de justicia o de corrección, o de alguna otra dimensión de la moral” (Carla Faralli, 2005; en Perea Latorre, 2007, p. 15).

Así, Carla Faralli (2005) explica que los principios son heterogéneos a las normas, no obstante, son complementarios de aquellas; de modo que las normas definen su validez en su establecimiento, susceptibles de ser modificadas mediante una deliberación; mientras que los principios, además de resolver casos difíciles, establecen su validez en un momento determinado y su peso puede cambiar en el transcurrir del tiempo. De ahí que Dworkin (1931) construye una teoría del derecho como interpretación e integridad, concibiendo al derecho como una actividad compleja de interpretación anclada a los principios.

2.1.2. La filosofía del derecho y los valores ético – políticos

La crisis del positivismo importó la incorporación del debate del derecho y los valores ético – políticos. Las teorías constitucionalistas o el denominado neoconstitucionalismo y la nueva teoría del derecho natural son la síntesis de aquel fenómeno superado, según Carla Faralli (2005).

El constitucionalismo como teoría jurídica específica, dice Carla Faralli (2005), es atribuida a Robert Alexy y Ralf Dreier anticipada por Dworkin; que superan las teorías legalistas propias del positivismo jurídico

tradicional; identificando (las teorías constitucionalistas) el incremento de complejidad de la estructura normativa de los contemporáneos sistemas constitucionales que introduce la vigencia de los principios y su esencia heterogénea a la de una regla.

Es posible caracterizar la corriente constitucionalista desde las consideraciones de Carla Faralli (2005) según el esquema propuesto a continuación:

Tabla 1

Lineamientos del constitucionalismo

Lineamientos del enfoque constitucionalista	La inclusión en el derecho de contenidos morales expresados por los principios y los derechos de los individuos.
	Procesos de aplicación del derecho.
	Vínculo del legislador con los principios y derechos constitucionales y el rol decisivo de los jueces.

Nota: Elaboración propia.

2.1.3. La teoría constitucionalista de Dworkin. *Equal concern and respect*

Los postulados de Dworkin, desde la descripción de Carla Faralli (2005), son vistos como las primeras aproximaciones constitucionalistas; toda vez que construye la concepción del derecho como integridad con los tres lineamientos previamente expuestos.

El primer lineamiento está referido a la diferenciación de estructura entre los principios y las reglas; que según el autor comprende una dimensión empírica y otra teórica. La primera de ellas está relacionada con los procesos de inclusión de los principios al sistema jurídico y la segunda, se orienta al carácter obligatorio del derecho, en razón a que la presencia de los principios está relacionada con la conexión entre el derecho y la moral; por lo tanto, su presencia corresponde a “(...) los derechos de los individuos y representa el núcleo moral de la comunidad: esta base moral es lo que hace obligatorio al derecho” (Carla Faralli, 2005; en Perea Latorre, 2007, pp. 29 - 30).

Equal concern and respect es la esencia de la relación entre el derecho y la moral para Dworkin.

El segundo lineamiento se refiere al proceso de interpretación y aplicación del derecho, es decir, que las decisiones judiciales deben convenirse con los principios y se realice el postulado de *equal concern and respect*.

Tabla 2

Proceso de interpretación y aplicación del derecho de Dworkin

Coherencia	
Resulta de la relación con la apertura de los principios a sus diversas concepciones presentes en una sociedad pluralista. (Carla Faralli, 2005; en Perea Latorre, 2007, p. 30)	Desciende del posible conflicto entre los principios establecidos como base de la comunidad. (Carla Faralli, 2005; en Perea Latorre, 2007, p. 30)
Integridad	
Referido a tratar los casos iguales de manera igual, lo que expresa la exigencia de universalizar la decisión. (Carla Faralli, 2005; en Perea Latorre, 2007, p. 30)	
<i>Nota:</i> Elaboración propia.	

Finalmente, el tercer lineamiento está referido a la virtualidad de la estructuración relativamente objetiva de las decisiones jurídicas y de los problemas morales, lo que conduce, según Carla Faralli (2005), a individualizar una respuesta correcta para los diversos supuestos planteados por la interpretación de los principios y de los derechos.

2.1.4. La teoría constitucionalista de Alexy

A criterio de Carla Faralli (2005), Robert Alexy (1945) propone integrar la tradición analítica inglesa con la teoría de la acción comunicativa de Jürgen Habermas (1929), que prevé “el giro comunicativo” bajo el concepto de “razón comunicativa” que, por un lado, se contradice a la razón instrumental, y por otro, renueva la razón práctica kantiana, aplicada al derecho por Frankfurt (1992), considerando que únicamente merece tener validez las normas que encuentren la aprobación de todos los interesados.

Posteriormente, Alexy (1945) posicionándose en contra de los postulados del positivismo jurídico de la separación, enuncia que el discurso jurídico es un caso específico y particular del discurso general práctico. Añadiendo la tesis de la conexión “conceptual y normativamente necesaria” entre la moral y el derecho, sobre la base de argumentos sólidos, fundamentalmente el de los principios.

Robert Alexy dejó establecido que los principios son normas que prescriben características y comportamientos diferentes a los que las reglas contemplan, con aplicabilidad indeterminada, susceptibles de comprensión o expansión; considerando un contenido general, abstracto, vago y genérico. Los principios son preceptos de optimización, son “(...) directivas que es dado realizar solo en parte y en una medida variable, que no prescriben conductas específicas, sino que remiten a valores que deberán ser realizados en la mayor medida posible” (Carla Faralli, 2005; en Perea Latorre, 2007, p. 35).

En efecto, en la obra de Robert Alexy (1986), traducida por Bernal Pulido (2008), respecto a la denominación “criterios tradicionales para la distinción entre reglas y principios”, precisa que tanto las reglas como los principios son considerados normas, pues se establece, en los dos casos, lo que es debido; pudiendo ser formulados con mandatos, prohibiciones o permisos; por lo que la distinción de ambas categorías no es otra cosa que la distinción de dos tipos de normas (pp. 64 - 65).

El principal criterio de diferenciación, estima Robert Alexy (1986), en la traducción de Bernal Pulido (2008), es la generalidad; según el cual, los principios son normas con un grado de generalidad alto, mientras que las reglas tienen un nivel bajo. Otro criterio de diferenciación es la posibilidad de determinar los casos en donde deba aplicarse una norma principio o una norma regla (como la forma de su creación, su contenido valorativo, la importancia para el Ordenamiento Jurídico, si se trata de un derecho supremo, etc.) (pp. 65 – 66).

Como tercer criterio, el autor describe la necesidad de analizar si son fundamentos de las reglas o reglas en sí mismas, o si se trata de normas de argumentación o normas de comportamiento (p. 66); pudiendo decirse:

Tabla 3

Tesis sobre la distinción entre reglas y principios según Robert Alexy (1986)

Tesis	Definición
Primera tesis	Todo intento en dividir las normas en reglas y principios es vano, pues en la realidad existen muchas.
Segunda tesis	La distinción entre reglas y principios solo es de grado.
Tercera tesis	Las reglas y los principios no solo se dividen en grado, también lo hacen cualitativamente.

Nota: Elaboración propia.

En suma, según argumenta Robert Alexy (1986), lo decisivo para distinguir las reglas de los principios, es que estos últimos ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro del contexto fáctico y jurídico (razón por las que son denominados como “mandatos de optimización”); mientras que las reglas, son normas que pueden o no pueden ser cumplidas; es decir, debe hacerse exactamente lo que la regla válida establece (por lo tanto, se establece que las reglas contienen determinaciones en el ámbito fáctico y jurídicamente posible) (pp. 67 – 68); en consecuencia, “la diferencia entre reglas y principios es cualitativa, no de grado” (Alexy, Bernal Pulido, 2008, p. 68).

Ahora bien, sobre la teoría de los principios y la teoría de los valores, Robert Alexy (1986), en la traducción de Bernal Pulido (2008), afirma que estos están vinculados estrechamente; por un lado, habla de la posibilidad de colisión y ponderación entre valores, y por otro, afirma que la satisfacción gradual de los principios es equivalente a la realización gradual de los valores (p. 117); siendo así, se concluye que “(...) los valores pueden reformularse en enunciados sobre principios, y los enunciados sobre los principios pueden reformularse en enunciados sobre los valores, sin pérdida alguna de contenido” (Robert Alexy, en la Traducción de Bernal Pulido, 2008, pp. 117 – 118).

No obstante, aun cuando se prevengan similitudes, afirma el autor, marcadas diferencias son las que se deben considerar. Alexy (1986), citando a von Wright, enuncia que los conceptos prácticos son susceptibles de dividirse en tres grupos: (i) conceptos deontológicos (contenidos por mandatos, las prohibiciones, permisos y derecho a algo; cuyos conceptos se refieren a un concepto deóntico fundamental: concepto de mandato o de deber ser), (ii) conceptos axiológicos (v. gr. Bello, valiente, democracia, económico; conceptos caracterizados porque su contenido en sí no es el mandato o el deber ser, sino que el de lo bueno), y (iii) conceptos antropológicos (v. gr. Voluntad, interés, necesidad, decisión y acción). Siendo así, los valores, según menciona el autor, pueden presentarse como una secuencia de primacías de los conceptos analizados (deontológicos, axiológicos y antropológicos) (pp. 118 - 119).

Por lo tanto, preliminarmente, afirma Alexy (1986), la diferencia entre los principios y los valores, según el contenido esbozado previamente, es que los principios son considerados mandatos de optimización de un tipo determinado, a saber: mandatos de optimización; por ello pertenecen al ámbito deontológico; sin embargo, en el caso de los valores, se dice que estos pertenecen al campo axiológico.

Finalmente, el autor establece que,

La diferencia entre principios y valores se reduce así a un punto. Lo que en el modelo de los valores es mejor *prima facie*, en el modelo de los principios es debido *prima facie*, y lo que en el modelo de los valores es lo mejor, en definitiva, en el modelo de los principios es debido en definitiva (Alexy, Bernal Pulido, 2008, p. 125).

De modo que, a efectos prácticos, se puede concluir que “los principios y los valores se diferencian solo en virtud del carácter deóntico de los primeros y el carácter axiológico de los segundos” (Alexy, Bernal Pulido, 2008, p. 125).

2.1.5. Nuevo paradigma constitucional. Teoría del garantismo penal

La obra de Luigi Ferrajoli (1940) se inscribe particularmente en el nuevo paradigma constitucional, según expresa Carla Faralli (2005). Ferrajoli (1940) estructura un modelo de sistema penal de corte garantista fundamentado sobre la base de dos principios, por un lado, el convencionalismo penal, ligado al principio de legalidad; y por el otro, el cognitivismo procesal, que postula la determinación de veracidad o falsedad de hipótesis acusatorias.

Tabla 4

Modelo garantista de Luigi Ferrajoli

Convencionalismo penal	Cognitivismo procesal
Principio de legalidad	Hipótesis acusatoria por falsar

Nota: Elaboración propia

En efecto, Ferrajoli (1940) expresa conceptos esenciales como el de los derechos fundamentales, decidido a limitar el poder del juez, enunciando que el derecho penal máximo deja densos espacios de arbitrariedad al juzgador y pregonando que el derecho penal mínimo (Carla Faralli, 2005; en Perea Latorre, 2007, p. 41) debe maximizar la vigencia de los derechos humanos.

2.1.6. Modelo jurídico del Estado Constitucional

Siguiendo a Guastini (2007), Cárdenas Gracia (2007, pp. 121 – 122), explica que el modelo jurídico del Estado Constitucional presenta varias características a saber: (i) la presencia de una Constitución rígida, (ii) la garantía jurisdiccional de la Constitución, (iii) fuerza vinculante de la Constitución, (iv) la sobreinterpretación de la Constitución, (v) la aplicación directa de las normas constitucionales, (vi) la interpretación conforme a las leyes; y, (vii) la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.

Sobre la Constitución rígida, el autor señala que se identifica dos aspectos, por un lado, que la Constitución prevea expresa o tácitamente

principios inmodificables (ni siquiera por una reforma constitucional); y por otro, que la Constitución sea el texto normativo que irradie a todo el Ordenamiento Jurídico.

Respecto a la garantía jurisdiccional de la Constitución, esta está referida a que tanto la Constitución como los Tratados Internacionales en materia de Derecho Humanos, deben protegerse a través del control jurisdiccional y vías de control constitucional y convencional por los tribunales nacional y supranacionales. La fuerza vinculante, a su vez, establece que las normas previstas en la Constitución tienen el carácter de obligatorias para todas las autoridades del Estado.

A su turno, la sobreinterpretación de la Constitución está orientada a que esta no se interprete aplicando los métodos tradicionales (como el gramatical), sino más bien, que el contenido de las normas constitucionales se extienda a todos los significados posibles para efectivizar la protección de los Derechos Fundamentales y los principios democráticos (aplicados de manera vertical y horizontal, la primera de ellas en la relación con la nación y el poder público y el segundo, respecto a la interrelación subjetiva entre los particulares).

De la aplicación directa de la Constitución, se extrae (i) la situación en donde la Constitución rige para todos los particulares y no únicamente para los poderes públicos, y (ii) la situación en que todas las autoridades deben aplicar la Constitución, aun cuando no exista ley secundaria de desarrollo con el fin de salvaguardar la vigencia de los Derechos Humanos y los principios democráticos.

La interpretación conforme a las leyes, por su parte, está referida a que todas las normas del ordenamiento secundario necesariamente deben interpretarse a la luz de lo previsto en la Constitución; y en caso de interpretaciones opuestas, debe primar la que es más consecuente con los principios constitucionales.

Finalmente, sobre la influencia de la Constitución en las relaciones políticas, se prescribe tres manifestaciones: (i) La presencia de métodos

constitucionales para resolver conflictos entre poderes y órganos, (ii) la imposibilidad de que existan decisiones emitidas por las autoridades sin la revisión de la constitucionalidad; y, (iii) los sujetos políticos deben orientar su actuar político a fin de maximizar los principios constitucionales.

Tabla 5

Modelo jurídico del Estado Constitucional según Guastini

Característica	Comprende
Presencia de una Constitución rígida.	la Constitución prevé expresa o tácitamente principios inmodificables. Constitución es el texto normativo que irradia al Ordenamiento Jurídico.
Garantía jurisdiccional de la Constitución.	la Constitución, los Tratados de Derecho Humanos se protegen por control constitucional y convencional.
Fuerza vinculante de la Constitución.	Las normas constitucionales son obligatorias para todas las autoridades del Estado.
Sobreinterpretación de la Constitución.	La Constitución no se interpreta con los métodos tradicionales, sino por las normas constitucionales para efectivizar la protección de los Derechos Fundamentales y los principios democráticos.
Aplicación directa de las normas constitucionales.	La Constitución rige para todos los particulares y para los poderes públicos. Las autoridades deben aplicar la Constitución, aun cuando no exista ley secundaria.
Interpretación conforme a las leyes.	Las normas del ordenamiento secundario deben interpretarse a la luz de la Constitución.
Influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.	Presencia de métodos constitucionales para resolver conflictos entre poderes y órganos. Imposibilidad de decisiones de autoridades sin revisar su constitucionalidad. Sujetos políticos maximizan los principios constitucionales.

Nota: Elaboración propia.

De modo didáctico, Cárdenas Gracia (2007), aporta las siguientes notas fundamentales de todo Estado Constitucional: (i) conexión en ciertos grados entre el derecho y la moral, (ii) los Derechos Humanos se constituyen como el fundamento u el fin del Estado y del Derecho, (iii) la Constitución contiene principios y proyectos político-jurídicos

contrapuestos, que, *a priori* ninguno prevalece, dependiente de los casos en concreto, (iv) el Derecho está constituido por materiales normativos (reglas, valores y principios), (v) Orientación a la Constitución (unión entre el *deber ser* de la realidad y la norma), (vi) el Derecho no solo es una estructura normativa, también es argumental, contextual y procedimental, (vii) las fuentes del derecho están supeditadas a la constitucionalidad y convencionalidad, (viii) las normas no reglas no deben ser interpretadas utilizando los métodos tradicionales; (ix) el Ordenamiento Jurídico se interpreta a la luz de la Constitución, (x) la certeza jurídica se apoya en la calidad de la argumentación, (xi) la Constitución es rígida y directamente aplicable para las autoridades, (xii) el juez constitucional es garante del Estado Constitucional y no tiene legitimidad democrática de origen, (xiii) se busca globalizar el constitucionalismo, empero no es posible, en tanto el Estado Constitucional no tiene una teoría económica que lo dote de fundamento, (xiv) La democracia constitucional no se fundamenta en las mayorías, si no en el respeto y garantía de los Derechos Humanos; y, (xv) está referido a un Estado no avalorativo ni neutral, siendo su ideología la de los principios y valores contrapuestos contenidos en la Constitución y en los tratados sobre Derechos Humanos (pp. 123 – 124).

2.1.7. El Estado Social y Democrático de Derecho

Desde la filosofía política, el texto constitucional peruano, en el artículo 43, establece que la forma de Gobierno de la República del Perú es democrática, social, independiente y soberana; y que el poder del Estado emana del pueblo (artículo 45); prescripciones que se traducen, doctrinariamente, en el concepto del tipo de Estado denominada Social y Democrático de Derecho, enmarcado, desde la visión de Montoya Vivanco (2020), en la fórmula del Estado constitucional y democrático de Derecho.

Desde una perspectiva descriptiva, Gonzáles Ojeda (2008), como idea introductoria, manifiesta que el Estado no puede traducirse únicamente en un orden de carácter jurídico, en tanto tiene componentes sociales y económicos, siendo así; encuentra fundamento en el respeto de los

Derechos Fundamentales, al suponer un adecuado nivel moral y material de la dignidad humana. De esa manera, continúa el citado autor, el Estado Social y Democrático de Derecho considera en forma relevante el factor social, el económico y la solidaridad, principios que se erigen como garantías de la igualdad ante la ley y la defensa real de los Derechos Fundamentales.

Jurisprudencialmente, en el 2003 el Tribunal Constitucional peruano emitió una sentencia con ocasión del Expediente 0008-2003-AITC, cuyos fundamentos importantes, desde nuestra perspectiva; indican que el Estado Social y Democrático de Derecho no prescinde de los principios y derechos básicos del tradicional Estado de derecho (la libertad, la seguridad, la propiedad privada y la igualdad ante la ley); antes bien, pretende conseguir su mayor efectividad, al dotarlos de una base y un contenido de corte material, partiendo del supuesto de que el individuo y la sociedad no son categorías antagónicas, sino recíprocas. Considerando, además, citando a García Pelayo (1980), que no hay posibilidad de materializar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañados de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real (fundamentos 11 y 13).

2.2. ASPECTOS DOCTRINARIOS DEL PROBLEMA

2.3. Los principios en el Ordenamiento jurídico peruano

Sobre la base conceptual de los principios del post positivista de Robert Alexy, describiremos a continuación su contenido según la dogmática peruana.

Así, Marcial Rubio y Elmer Arce (2017) prescriben que los principios, no están orientados a la aplicación de la norma en supuestos específicos, sino que se aplican como pautas de naturaleza general al comportamiento de los individuos en sociedad (p. 55).

Morales Luna (2002), citando a Prieto Sanchís (1998), señala que los principios extienden al legislador y, en general, a los órganos de

producción normativa, la garantía de una actuación controlable y no arbitraria (p. 149).

Las fronteras de los principios, según comentan Marcial Rubio y Elmer Arce (2017), por lo general, son dinámicas y solo podrán constatarse al referirse a un caso en particular (pp. 55 – 56); así lo expresa además el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente 1417 – 2005 – AA/TC, a través del fundamento 11, prescribiendo que la eficacia de las disposiciones constitucionales se dividen en normas reglas que son mandatos concretos de naturaleza autoaplicativa y normas principios, los cuales son “mandatos de optimización, normas abiertas de eficacia diferida, que requieren de la intermediación de la fuente legal, para alcanzar plena concreción y ser susceptibles de judicialización” (Fundamento 11, Expediente 1417 – 2005 – AA/TC, 8 de julio de 2005).

César Landa (2018), a su turno, puntualiza que los principios son instituciones jurídicas cuyas finalidades son: (i) establecer lineamientos y objetivos que dan sentido de unidad al cuerpo normativo de cara a su aplicación práctica, (ii) operan con ciertos casos como cláusulas de interpretación y en otros casos como normas jurídicas aplicables directamente en casos particulares, (iii) son límites frente al poder de reformas legislativas; e, (iv) integran el sistema de fuentes del derecho ante vacíos de la norma jurídica (p. 63).

San Martín Castro (2020) considera que los principios son la base, elementos que dotan de racionalidad, lógica, cohesión y unidad al ordenamiento jurídico; auxiliares para el global conocimiento del sistema jurídico; que contienen las ideas que informan y fundamentan la organización jurídica (p. 59).

Concretamente, afirma San Martín Castro (2020), haciendo suya la posición de Alvarado Belloso (2011), que los principios presentan las características esquematizadas a continuación:

Tabla 6

Características de los principios según San Martín Castro (2020) en el Derecho Procesal penal peruano

Son categorías lógico-jurídicas que contienen ideas base	Se deducen de la ley, aunque no estén positivizados. Sintetizan normas de validez general.
Tiene repercusión práctica	Como auxiliar de interpretación.
No tienen naturaleza normativa	Por lo general, no obstante, hay algunos principios que sí lo tienen, como los establecidos en la Constitución.
Son líneas directivas fundamentales	Garantizando coherencia del sistema jurídico. Son un punto de partida para las soluciones <i>lege ferenda</i> .

Nota: Elaboración propia.

A continuación, sin ánimo de desconocer la trascendencia de los demás principios del derecho, se desarrollarán los alcances de los principios *ne bis in ídem*, legalidad y seguridad jurídica, al constituirse como componentes hipotéticos de esta investigación.

Debe anticiparse que su tratamiento y análisis corresponde especialmente a la literatura desarrollada por el jurista peruano, en tanto se analizan sus alcances dogmáticos, delimitados por su contenido normativo. Asimismo, el aporte de los estudiosos coterráneos que citaremos se desarrolla considerando su reconocida solvencia intelectual - adoptada en la mayoría de los casos por la jurisprudencia peruana- y su importante trayectoria en la historia del Derecho peruano.

2.3.1. El principio *ne bis in ídem*

El desarrollo legislativo del principio *ne bis in ídem* se encuentra regulado en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Penal, cuyo tenor literal indica:

Artículo III.- Interdicción de la persecución penal múltiple

Nadie podrá ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas. El derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo.

La excepción a esta norma es la revisión por la Corte Suprema de la sentencia condenatoria expedida en alguno de los casos en que la acción está indicada taxativamente como procedente en este Código.

Desde la jurisprudencia, el TC a través del Pleno Sentencia 499.2021, en ocasión del Expediente N.º 03431-2017-PHC/TC; ha manifestado, en los fundamentos 3, 4 y 5; que el principio *in comento*, se erige como una garantía constitucional de carácter implícito, al formar parte del contenido del debido proceso y de la tutela jurisdiccional efectiva, reconocidos en el artículo 139 de la Constitución Política.

Asimismo, el máximo intérprete de la Constitución hace suyo el fundamento 19 del Expediente 2050-2002-HC/TC; en el extremo en el que establece que el *ne bis in ídem* es un principio que limita la potestad sancionadora del Estado, el cual impide, en su formulación material, que una persona sea sancionada o castigada dos veces por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento. En su vertiente procesal, en cambio, tal principio comporta que "nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos", es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se previene la dualidad de procedimientos y el inicio de un nuevo proceso cuando concurra la referida triple identidad entre ambos procesos.

Finalmente, se informa que es necesaria la previa verificación de la identidad entre los tres componentes: a) identidad de la persona física o identidad de sujeto; b) identidad del objeto o identidad objetiva, entendiéndose por ello el atribuir un mismo comportamiento al recurrente en distintos procesos; y c) identidad de la causa de persecución o identidad de fundamento.

Así, la proscripción de la persecución múltiple ha sido desarrollada por el Acuerdo Plenario N.º 1 – 2007/ESV-22 que declara precedente vinculante el fundamento cuarto y quinto del Recurso de Nulidad N.º 2090 – 2005 Lambayeque, al respecto señala que el principio *ne bis in ídem* material está conectado con los principios de legalidad (que a su vez, garantiza la seguridad jurídica en tanto solo puede sancionarse conductas prescritas) y proporcionalidad (por la prohibición de exceso al sancionar más de una vez una conducta punible sobrepasando la responsabilidad por el hecho).

Con fines didácticos, descriptivos y coherentes con el método dogmático; a continuación, desarrollaremos la amplitud del principio *ne bis in ídem* siguiendo los postulados de los juristas más reconocidos en el sistema jurídico - penal peruano.

En una de sus recientes obras, San Martín Castro (2020) considera que este es un derecho y una garantía con connotación constitucional derivada del debido proceso. Su fundamento, a decir del autor, radica en la libertad y en la seguridad del individuo, traducida en la seguridad jurídica. Dicho principio no solo abarca la proscripción de la doble consecuencia jurídico-penal; sino también se extiende contra el *bis* del proceso. Por lo tanto, se debe entender el *ne bis in ídem* como un derecho fundamental que garantiza a los individuos no ser procesados o sancionados más de una vez por un mismo hecho.

Del texto legal del artículo III del TP del CPP, el autor extrae tres requisitos para su configuración: *eadem persona*, *eadem res* y *eadem causa petendi*. Destaca que el primero está referido a la unidad del sujeto y el segundo a la unidad del hecho; es decir, una misma persona que intervino en un hecho que es objeto del nuevo proceso penal en relación con el que fue enjuiciado previamente. Por su parte, el último requisito está relacionado al fundamento del proceso y requiere que se trate de normas homogéneas o, en otras palabras, que se lesione el mismo bien jurídico.

Los efectos de su configuración, añade el autor, son la anulación del proceso penal posteriormente incoado, en tanto el objeto de imputación ya ha sido conocido por la competencia judicial (pp. 141 - 142).

Rojas Vargas (2012), por su parte, citando los fundamentos 1, 2, 3, 4 y 5 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.º 0729-2003-HC/TC-Lima, insiste en que el principio comentado implícitamente forma parte del debido proceso, con bases constitucionales y en el Derecho Internacional Público, en coherencia con el artículo 14 inciso 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8 inciso 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Así, el autor considera que el principio *ne bis in ídem* evita el riesgo de una doble condena sobre un individuo, proscribiendo el posterior juzgamiento por un hecho enjuiciado anteriormente que contiene una resolución con calidad de cosa juzgada (p. 77).

Respecto a las manifestaciones de este principio, Rojas Vargas (2012), citando la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.º 2050-2002-AA/TC-Lima, enuncia que el principio *ne bis in ídem* tiene una doble dimensión, una material y otra procesal. Sobre la primera, agrega que sugiere la imposibilidad de aplicar dos sanciones sobre un mismo individuo por una misma infracción, pues de lo contrario, el poder sancionador del Estado sería aplicado excesivamente, contraviniendo las garantías del Estado de derecho. Así, su vertiente material se conecta con el principio de legalidad y sus exigencias de ley cierta y ley previa, y con el principio de proporcionalidad.

Por su parte, el *ne bis in ídem* en su vertiente procesal garantiza la imposibilidad de que un mismo hecho sea objeto de dos procesos distintos, impidiendo la dualidad de procedimientos y el inicio de otro en un ordenamiento jurídico diferente (pp. 77 - 78).

A su turno, Reyna Alfaro (2020) sobre el particular, citando a Danós Ordoñez (1995) establece que este es un principio general del Derecho que “reconoce la imposibilidad de persecución o condena penal y administrativa sancionatoria múltiple” (Reyna Alfaro, 2020, p. 52). Agrega que, dada su incidencia, es reconocido en sede nacional, tanto a nivel constitucional como en la legislación ordinaria, es el caso del Código Procesal Penal (artículo III del TP) y del TUO de la Ley N.º 27444 (inciso 11 del artículo 246). En el Derecho Internacional Público, a su vez, se da cuenta del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos.

Este principio está relacionado con el principio de legalidad y proporcionalidad. Su fundamento, citando a Oviedo (1995), es la limitación del poder jurisdiccional en los casos que conoce, explicando que con un fallo judicial con calidad de cosa juzgada el poder jurisdiccional del Estado fenece.

Ahora bien, Reyna Alfaro (2020) advierte que es equivocada la idea de considerar que por la vigencia del *ne bis in idem* se le impide al órgano jurisdiccional superior ejercer la función de revisión de las resoluciones emitidas en primera instancia, pudiendo declararse la nulidad del proceso y estableciéndose el mandato de iniciar uno nuevo; habida cuenta que este principio no proscribe la repetición del proceso, sino la doble condena o el riesgo de afrontarla (pp. 53 - 54).

Posteriormente, el autor, tomando los postulados de Binder y Olmedo (1993), señala que el *ne bis in idem* presenta tres requisitos concurrentes explicados a continuación:

Tabla 7

Requisitos del non bis in ídem según Reyna Alfaro

Requisito	Fundamento
<i>Eadem persona</i>	La persona doblemente imputada. No se considera la identidad de la víctima, el agraviado o sujeto pasivo del hecho punible.
<i>Eadem res</i>	La correspondencia debe ser fáctica, con prescindencia de la calificación jurídica.
<i>Eadem causa petendi</i>	Supone la presencia de una misma causa o fundamento jurídico de prosecución penal, vinculado al bien jurídico protegido

Nota: Elaboración propia.

Por otro lado, siguiendo aquel esquema argumentativo, García Caveró (2019), define a este principio como un caso especial de proporcionalidad, manifestando que es conocido como la proscripción de la doble sanción en el sistema jurídico. Al respecto, el autor señala que la doctrina penal distingue, en este sentido, una vertiente material y otra procesal.

Como describen los demás autores, García Caveró (2019) no encuentra mayor dificultad en señalar su triple identidad sistematizada a continuación:

Tabla 8

Triple identidad del principio ne bis in ídem según García Caveró

Tipo de identidad	Fundamento
Identidad de sujeto	Correspondiente a la persona natural o jurídica procesada o sancionada.

Identidad de hecho	Referida al hecho fáctico que motivan las sanciones impuestas. Sobre el particular, no debe considerarse las valoraciones sobre el hecho conocido; sino más bien, “su entendimiento como un acontecimiento real acaecido en un determinado momento y lugar” (García Caveró, 2019, p. 198).
Identidad de fundamento	Elemento decisivo. Debe entenderse como “identidad de efectos”.

Nota: Elaboración propia.

Reátegui Sánchez (2018), a su turno, enuncia que este es un principio no propio del Código Procesal Penal, formando la Parte General del Código Penal, en tanto que “nadie puede ser perseguido por segunda vez en razón de un hecho punible sobre el cual se falló definitivamente” (artículo 90 del vigente Código Penal peruano). Añade, además, que el *ne bis in idem* debe ser considerado un principio general del Derecho.

A su parecer, este aforismo romano de vigencia universal es uno de los más antiguos del Derecho, aplicándose en el Derecho imperial, tomando notoriedad desde la *cognitio extra ordinem* romana (pp. 92 - 93). El autor, además, señala otra fuente de su origen, comentando la Enmienda V de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, la cual, en términos similares, prescribía que nadie será sometido por el mismo delito dos veces, al peligro de pérdida de la vida o de alguno de sus miembros.

El ordenamiento jurídico penal peruano, a criterio de Reátegui Sánchez (2018), ya prescribía este principio como una manifestación de la categoría de cosa juzgada antes de las vigentes codificaciones, así, por ejemplo, el artículo 57 del Código de Justicia Militar de 1980 preveía la imposibilidad de juzgar a una persona por un delito cometido sobre el cual pesa una sentencia ejecutoriada.

A decir del autor,

(...) No debe permitirse que el Estado, con todos los recursos materiales y económicos que posee, haga repetidos intentos para condenar a una persona por un hecho delictivo, sometiéndolo así a contrariedades, gastos y sufrimientos, y obligándolo a soportar en un continuo estado de ansiedad e inseguridad (Reátegui Sánchez, 2018, p. 94)

Así pues, Reátegui Sánchez (2018) es incisivo al considerar que el principio analizado únicamente tiene efectos personales, careciendo de efecto extensivo análogo a los recursos. Ejemplifica el caso en el que un sujeto investigado a título de cómplice declara la inexistencia del hecho imputado, afirmando que dicha posición no podrá ser alegada por otro cómplice perseguido por el mismo hecho, cuya situación no fue definida en la primera y anterior decisión judicial.

A diferencia de Rojas Vargas (2012), Reátegui Sánchez (2018) afirma que, si bien este principio no presenta conflicto en el derecho interno, no sucede lo mismo en el ámbito externo y en el derecho comparado. Citando el Código Penal alemán, el Código Penal italiano, el Código Penal austríaco y el Código Penal suizo, manifiesta que,

Por lo general, en las distintas legislaciones europeas, la regla *del ne bis in ídem* solo rige en el ámbito de la legislación interna, sin proyección externa, existiendo la posibilidad de repetir el juicio, aun cuando se haya producido ya una condena en otro país por el mismo hecho; esta condena ya sufrida solo se tomaría en cuanto a los efectos de su contabilización en la medida de la pena a imponer, (Reátegui Sánchez, 2018, p. 96).

Ahora bien, analizando la naturaleza jurídica del *ne bis in ídem*, el autor agrupa las diversas posturas de la manera siguiente:

Tabla 9

Posturas sobre la naturaleza del principio *ne bis in ídem* según Reátegui Sánchez

Posturas sobre la naturaleza jurídica del principio <i>ne bis in ídem</i>	
Deriva de la inviolabilidad del derecho de defensa	El <i>ne bis in ídem</i> , tanto en su vertiente material como procesal, y el derecho a la defensa (defensa técnica y defensa material) comparten la misma naturaleza jurídica. Reátegui Sánchez (2018) añade que esta postura se condice con el ejercicio de ciertos medios técnicos, como la excepción de cosa juzgada.
Deriva del principio de legalidad	Esta posición considera que la efectividad del principio <i>ne bis in ídem</i> está vinculada a la preexistencia de preceptos jurídicos legales que determinen con certeza los comportamientos merecedores de sanción penal. Siendo, en consecuencia, un límite al ejercicio desproporcionado e irrazonable del <i>ius puniendi</i> del Estado.
Deriva de un derecho genérico	Este es un principio distinto al derecho a la defensa y a otros recogidos en el orden penal. Autores como Binder (1999), abonan a esta posición señalando que la facultad sancionadora activa por única vez, en tanto el poder penal del Estado es tan lesivo, que los individuos no pueden estar sometido constantemente a esa amenaza en un Estado de Derecho.
Deriva del principio debido proceso	Esta posición, finalmente, anticipa que el <i>ne bis in ídem</i> integra el principio del debido proceso. Jurisprudencialmente, el Tribunal Constitucional peruano en el Expediente N.º 3194-2004-HC/TC ha adoptado esta postura, según describe Rubio Correa (2005).

Nota: Elaboración propia.

Reátegui Sánchez (2018) no genera mayor discusión en considerar que el principio *ne bis in ídem* tiene una doble configuración: una sustantiva y otra procesal. Sobre la vertiente sustantiva, amparándose en el derecho argentino, el autor señala que se refiere a la cosa juzgada dada la imposibilidad de aplicarse una sanción penal por un delito ya juzgado, aplicando medios impugnatorios a una resolución judicial que condena o

absuelve al imputado. Así pues, coincide con los otros autores en señalar que este principio se conecta con la legalidad y con el principio de proporcionalidad, afirmando que no es aplicable una doble sanción al mismo sujeto en respuesta de un mismo hecho siempre que la punición se justifique en el mismo fundamento (p. 106).

El autor explica que es así, dado que los efectos de la cosa juzgada son la inmutabilidad o inmodificabilidad y la coercibilidad o ejecutividad. De igual manera, en las resoluciones que ponen fin al proceso distintas a la sentencia, como en el caso del sobreseimiento, el cual produce efecto de cosa juzgada material, se evidencia la vigencia del principio *ne bis in ídem* (p. 106).

El autor demuestra lo expuesto citando la Ejecutoria Suprema del Expediente 134 - 98, en la que se indica que la cosa juzgada consta de tres elementos: (i) identidad de sujeto procesado o sentenciado, (ii) identidad del hecho imputado que haya sido objeto de previo pronunciamiento definitivo y (iii) que exista una resolución definitiva que concluya irreversiblemente el proceso penal; definición que a juicio de Reátegui Sánchez (2018), no es otra más que la del denominado *ne bis in ídem material*.

Concluyendo que,

La estabilidad de la cosa juzgada en materia civil se basa en la presunción absoluta de la verdad de la sentencia; en cambio, en materia procesal penal, el *ne bis in ídem* no es tanto una garantía procesal sino una garantía político-constitucional con la que se quiere proteger, más que la estabilidad de la sentencia, la libertad de los ciudadanos (Reátegui Sánchez, 2018, p. 108).

Haciendo suya la posición De Elías (2001), Reátegui Sánchez (2018) sostiene que el *ne bis in ídem* se constituye como la base de toda construcción procesal en relación con la cosa juzgada, toda vez que la cosa juzgada funge como una ley, que no debe ser desconocida por un

nuevo proceso o por la autoridad judicial en el mismo caso con la concurrencia de los mismos sujetos (pp. 107 - 108).

A continuación, el autor comenta sobre su vertiente procesal. Al respecto, señala que esta manifestación impide que se inicien dos procesos de naturaleza penal que contengan el mismo objeto.

Finalmente, Oré Guardia (2016) realiza un análisis análogo al de Reátegui Sánchez (2018) al relacionar la figura de la cosa juzgada con el principio *ne bis in ídem*. Comentando los medios técnicos de defensa en el proceso penal peruano, el autor señala que la cosa juzgada en su vertiente material es la efectivización del principio *ne bis in ídem* (pp. 438 - 439), considerando que se presenta cuando una sentencia es irrevocable e impide que otros procesos versen sobre el mismo objeto.

Tabla 10

Presupuestos para la interposición de la excepción de cosa juzgada según Oré Guardia (2016)

Resolución firme con carácter de cosa juzgada.	
Que se inicie proceso penal por los mismos hechos que fueron materia de pronunciamiento en la resolución firme.	
Que se configure una triple identidad entre el proceso finalizado y el iniciado (Principio <i>ne bis in ídem</i>).	Identidad de sujeto (<i>eadem personae</i>)
	Identidad del hecho (<i>eadem res</i>)
	Identidad de la causa de persecución (<i>eadem causa petendi</i>)
Nota: Elaboración propia.	

2.3.2. El principio de legalidad

El principio de legalidad es precedente, simultáneo y posterior al sistema jurídico. Es decir, es a partir de las normas jurídicas que se crean válidamente otras nuevas; es mediante su aplicación que es posible la vigencia y legitimidad del derecho y es por él que se derogan o abrogan las normas de un ordenamiento jurídico.

Dada su relevancia, el Derecho Público regula este principio mediante diversos instrumentos internacionales.

Tabla 11

El principio de legalidad en el Derecho Internacional

Cuerpo legal internacional	Descripción legal
Declaración Universal de los Derechos Humanos	Artículo 11. (...) 2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito
Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre	Artículo XXV. Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	Artículo 9 1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. (...)
Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales	Artículo 7. 1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. (...)

Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos	Artículo 6. Todo individuo tendrá derecho a la libertad y a la seguridad de su persona. Nadie puede ser privado de su libertad más que por razones y condiciones previamente establecidas por la ley. En especial, nadie puede ser arrestado o detenido arbitrariamente.
Convención Americana sobre Derechos Humanos	Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

Nota: Elaboración propia.

Concretamente, en el Derecho Constitucional Peruano, el principio de legalidad estuvo previsto desde la vigencia de la Constitución Política del Perú de 1823, con la siguiente evolución normativa:

Tabla 12

El principio de legalidad en las constituciones peruanas

Norma fundamental	Descripción legal
Constitución para la República Peruana de 1826	Artículo 106º.- Los códigos civil y criminal prefijarán las formas judiciales. Ninguna autoridad podrá abreviarlas, ni suspenderlas en caso alguno. Artículo 116º.- Ninguna pena infama a otro individuo, que al que la mereció por la aplicación de la ley.
Constitución Política de la República Peruana de 1828	Art. 126.- Ningún Tribunal o Juez puede abreviar ni suspender en caso alguno las formas judiciales. Art. 128º.- Una ley determinará los casos en que haya lugar a prisión por deudas. Art. 129º.- Quedan abolidos: (...) 4.- Toda pena cruel y de infamia trascendental.

	5.- La pena capital se limitará al Código Penal (Que forme el Congreso) a los casos que exclusivamente la merezcan.
Constitución Política de la República Peruana de 1834	Art. 125º.- Ningún tribunal o Juez puede abreviar ni suspender en caso alguno las formas judiciales que designa la ley.
Constitución Política de la República Peruana de 1839	Art. 127º.- Ningún Tribunal ni Juez puede abreviar ni suspender, en caso alguno, las formas judiciales, que designa la ley.
Constitución de la República Peruana de 1856	Art. 15º.- No se reconoce más obligaciones que las impuestas por las leyes; y ninguna ley tiene efecto retroactivo.
Constitución Política del Perú de 1860	Artículo 14.- Nadie está obligado a hacer lo que no manda la ley, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.
Constitución Política de la República Peruana de 1867	Art.13.-Nadie está obligado hacer lo que no manda la ley, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.
Constitución para la República del Perú de 1920	Art. 26º.- No tendrá valor legal ninguna declaración arrancada por la violencia, y nadie puede ser condenado sino conforme a las leyes preexistentes al hecho imputable y por los Jueces que las leyes establezcan.
Constitución Política de la República de 1933	Artículo 57.- Nadie será condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no estén calificados en la ley de manera expresa e inequívoca como infracciones punibles, ni juzgado sino por los tribunales que las leyes establezcan. Carece de valor toda declaración obtenida por la violencia.
Constitución Política del Perú de 1979	Artículo 2. Toda persona tiene derecho: (...) 20.- A la libertad y seguridad personales. a) Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. (...)

Constitución Política del Perú de 1993	Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: (...) 24. A la libertad y a la seguridad personales. a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. (...)
--	--

Nota: Elaboración propia.

Dentro de nuestra codificación, el desarrollo del principio de legalidad se aprecia principalmente en el Código Penal de 1863, en el Código Penal de 1924 y en el vigente Código Penal de 1991, tal como se esquematiza a continuación.

Tabla 13

El principio de legalidad en las codificaciones peruanas

Codificación	Contenido
Código Penal de 1863	Artículo 1. Las acciones u omisiones voluntarias y maliciosas penadas por la ley constituyen los delitos y las faltas.
Código Penal de 1924	Artículo 1. Imputabilidad. Es imputable judicialmente toda acción u omisión voluntaria penada por la ley.
Código Penal de 1991	Artículo II.- Principio de Legalidad Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella.

Nota: Elaboración propia.

Respecto a la evolución histórica, se inquieren incipientes “precedentes valiosos” (Castillo Alva, 2004, p. 28) del principio de legalidad, principalmente, en la máxima “*poena non irrogatur, nisi quae quoque lege vel quo alio iure specialiter huic delicto imposita est*” traducida al español como “no se impondrá ninguna pena a menos que también esté expresamente impuesta para este delito por ley o por alguna otra ley”, regla que ya se encontraba vigente en el Digesto de Justiniano. Y en la Carta Magna Charta Libertatum del Rey Juan sin Tierra de 1215, prescribía “*nullus liber homo capiatur vel imprisonetur aut dissuatiatur aut*

utlegatur aut exuletur aut aliquo modo destruat nec super eum ibimus nec super eum mitemus nisi per legalem iudicium parium suorum vel per legem terrae”, cuyo significado es que “ningún hombre libre será capturado ni encarcelado ni dispersado ni desterrado ni exiliado ni destruido de ninguna manera, y no pasaremos por encima de él ni sobre él, a no ser por un juicio legal de sus pares y según la ley de su país”.

Sin embargo, tal como reseña Ruiz Robledo (1997), citando a Tomás y Valiente (1992) no es sino hasta la Ilustración que se concibe al principio de legalidad como actualmente lo conocemos, es decir, es a partir de la Ilustración en la que se añade la premisa que el juez está sujeto al imperio de la Ley, que no puede ser otra, más que la aprobada por el Legislativo en representación de la ciudadanía (p. 142). Aquella idea se estatuyó debido a la preocupación social por las actuaciones judiciales arbitrarias y penas desproporcionadas. De ahí que se considere que su *ratio essendi*, es la división de poderes y el principio democrático; o, en palabras de Ruiz Robledo (1997),

El principio de legalidad penal, con sus dos vertientes, la de elaboración democrática y la de seguridad jurídica en su aplicación, solo da sus primeros pasos dentro del Estado liberal porque es, en buena parte, un epifenómeno del principio de división de poderes (p. 142).

En efecto, autores como Castillo Alva (2004) afirman que “el principio de legalidad es el hijo de la Ilustración”; como consecuencia de las críticas de los reformadores de la Ilustración en contra de la actividad judicial arbitraria (lucha en contra el *ius incertum*), a partir de los postulados de Montesquieu, Rousseau, Beccaria, entre otros; que influenciaron decisivamente en la Declaración de Derechos de Filadelfia y en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano en la Revolución Francesa (p. 27).

Razón por la cual, considera Castillo Alva (2004), que el principio de legalidad tiene un significado técnico – jurídico y político, pues este principio permite la construcción dogmática del tipo penal, se constituye como una garantía fundamental de los derechos de los individuos y es

político, es tanto se conserva la calidad de garantía fundamental y es considerado un Derecho Humano fundamental (p. 32).

Ahora bien, a fin de dotar de contenido al principio de legalidad, se desarrollarán detalladamente los principales postulados, siguiendo el método dogmático de la investigación jurídica.

En el ámbito internacional, el jurista Santiago Mir Puig (2011) preliminarmente estima que el principio de legalidad es una exigencia del Estado de derecho. Así, formalmente este es conocido por el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, cuya conquista se produjo en la Revolución Francesa. Actualmente, el principio de legalidad se deriva de la teoría ilustrada del contrato social que presupone una organización políticamente estructurada bajo el principio de separación de poderes. Por lo tanto, afirma Mir Puig (2011) que este principio no solo es una exigencia de seguridad jurídica, sino también se constituye como una garantía política, en tanto que el Estado no puede someter a ningún ciudadano a penas no establecidas (p. 106).

Mir Puig (2011) identifica las siguientes garantías del principio de legalidad: (i) garantía criminal, (ii) garantía penal, (iii) garantía jurisdiccional; y, (iv) garantía de ejecución.

En primer lugar, la garantía criminal exige que un comportamiento para ser considerado delito debe estar determinado por la ley. La garantía penal está relacionada con la obligación de prescribir la consecuencia jurídica (pena) de un hecho tipificado como delito. La garantía jurisdiccional está orientada a la exigencia de imputar un delito y aplicar una sanción mediante sentencia judicial. Por último, la garantía de ejecución que está relacionada con la efectivización de la pena impuesta, la cual debe desarrollarse con sujeción a la ley (Mir Puig, 2011, p.106).

Aledaños a las garantías, el autor señala requisitos de la norma jurídica en virtud del principio de legalidad y de las garantías descritas. Sobre el particular, puntualiza la triple exigencia de *lex praevia*, *lex scripta* y *lex stricta*. La primera proscribía la retroactividad de leyes que castigan

nuevas conductas delictivas o agravan su punición. Mediante la segunda queda excluida la aplicación de la costumbre como fuente de delitos y penas. Por último, la tercera impone un grado de precisión de la ley penal y su vigencia excluye la aplicación de la analogía en tanto perjuicio al reo (pp. 107 - 108).

En sede nacional, Hurtado Pozo (2005), sobre el principio comentado, considera que es una columna en el Derecho Penal moderno. Sobre su fundamento, explica que tradicionalmente la dogmática encuentra al principio de legalidad justificado en diversos puntos de vista. Feuerbach explica dos fundamentos: uno de orden político – criminal (concibiendo la pena en su función de prevención general) y otro de connotación política, en tanto consagra una concepción liberal del Derecho Penal.

Hurtado Pozo (2005) describe que Franz von Liszt denominó a la ley penal como “Carta Magna del delincuente” en tanto la ley es fuente de castigo y límite de ella misma. Filosóficamente, el autor señala que Carlos Cossio afirmó que el principio de legalidad es una restricción de las sanciones (Hurtado Pozo, 2005, p. 148).

Adicionalmente, el jurista peruano señala que el principio de legalidad presenta diversas direcciones:

Tabla 14

Direcciones del principio de legalidad según Hurtado Pozo (2005)

Dirección	Definición
No hay delito, no hay pena sin ley escrita	Se expresa el carácter escrito del Derecho penal.
No hay delito, no hay pena sin ley precisa	La ley debe ser redactada de modo preciso.
No hay delito, no hay pena sin ley estricta	Una vez dictada la ley, es la única fuente que tiene el juez.
No hay delito, no hay pena sin ley previa	La ley sea anterior a la comisión del hecho.

Nota: Elaboración propia.

A su turno, Villavicencio Terreros realiza el siguiente desarrollo.

El principio de legalidad, como manifiesta Villavicencio Terreros (2016), es una fuente del Derecho penal (p. 133), es un límite formal que se deriva del Estado de derecho; es, pues, el límite principal del poder punitivo que el Estado ejerce.

Aquel poder, denominado por el autor “violencia punitiva”, encuentra fundamento en el principio de legalidad, en tanto solo será legítimo y jurídico si se encuentra amparado en el ordenamiento jurídico, descartando con ello la juridicidad de las torturas, desapariciones forzadas, y otras formas de violencia ilícitas. “El principio de legalidad limita el ejercicio del poder penal exclusivamente a las acciones u omisiones previstas en la ley como infracciones punibles: *nullum crimen, nulla poena sine lege*” (Villavicencio Terreros, 2016, p. 90).

A fin de identificar los alcances del principio de legalidad, el autor señala que el poder penal, al ser un medio de socialización sustitutivo del fracaso de los controles sociales informales, es el conjunto de la criminalidad primaria (que ostentan el legislativo y el ejecutivo), y hace referencia al poder de creación de normas penales y de la criminalidad secundaria (ejercida por los policías, jueces, fiscales), referida a la aplicación de las normas prescritas (p. 10).

Así, Villavicencio Terreros (2016) señala que este principio es esencialmente garantista, cumpliendo una doble garantía: el Estado señala el supuesto de hecho punible y su consecuente pena. Esto impide la arbitrariedad del Estado y permite que el ciudadano conozca las posibles consecuencias de la ejecución de determinadas conductas y cómo es que estas serán aplicadas.

Ahora bien, el autor esboza el contenido de las garantías que implica la vigencia del principio de legalidad, aplicadas según su parecer tanto a la criminalización primaria, como a la criminalización secundaria. Siendo así, considera que en la criminalización primaria se identifican las garantías de *nullum crimen sine lege certa* (el legislador debe redactar los tipos penales de la manera más precisa posible) y *nullum crimen sine lege*

previa (esto es, que la vigencia de las leyes no ostente efectos retroactivos).

Por su parte, en la criminalización secundaria, identifica las garantías *nullum crimen sine lege scripta* (las imputaciones y las penas expedidas se fundamentan en la ley penal positivizada, enervando la posibilidad de que pueda sancionarse aplicando el Derecho de costumbres) y *nullum crimen sine lege stricta* o la denominada “prohibición de la analogía” (es decir, que no se aplique la ley en perjuicio del afectado).

De modo que, en la exigencia de ley cierta, el tipo penal debe ser redactado con la mayor precisión mediante un proceso debidamente exhaustivo. Como se estableció, este principio de certeza está orientado a la actividad del legislador, no obstante, considera Villavicencio Terreros (2016) que es falso sostener que mediante este principio las normas penales deben observar una redacción casuística, pues basta con la redacción general (p. 140).

La exigencia de ley previa, por su parte, busca establecer la seguridad jurídica, es decir, garantiza que el ciudadano conozca las conductas proscritas y las consecuencias jurídicas que pueden acarrear dichas acciones. Asimismo, garantiza la irretroactividad *in malam partem*, lo que significa que no se aplica en cuanto sea desfavorable para el sancionado, no así en tanto le favorezca (retroactividad benigna) (p. 142).

A su turno, la exigencia de ley escrita rechaza la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del Derecho. Busca la seguridad jurídica referida a la ley en estricto, mas no a la fuente (fundamento democrático – representativa del principio de legalidad). Por último, la ley estricta se refiere a la prohibición de la analogía en perjuicio del sentenciado; suponiendo que el juzgador no puede arrogarse funciones legislativas (constituyéndose una garantía de la administración de justicia) (pp. 142 - 143).

A su vez, Rojas Vargas (2012) expone que mediante el principio de legalidad las conductas proscritas se encuentran claramente

determinadas por la ley penal. Respecto a su vigencia, hace suyos los fundamentos 3 y 4 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.º 2578-2004-HC/TC, considerando que el Principio de Legalidad es un principio y un Derecho Subjetivo Constitucional de los Ciudadanos,

“(…) el principio como principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. En tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica. Por tanto, resulta igualmente claro que la dimensión subjetiva del derecho a la legalidad penal no puede estar al margen del ámbito de los derechos protegidos por la justicia constitucional frente a supuestos como la creación judicial de delitos o faltas y sus correspondientes supuestos de agravación o, incluso, la aplicación de determinados tipos penales a supuestos no contemplados en ellos” (Rojas Vargas, 2012, pp. 115 - 116).

Asimismo, Salazar Sánchez (2019) realiza una importante descripción, sosteniendo que dentro del sistema romano germánico (en el que la ley es el inicio y fin del Ordenamiento Jurídico y es la ley la única fuente vinculante), el principio de legalidad es uno de los pilares fundamentales del Derecho, más aún, del Derecho penal, en tanto se ocupa de la creación de las normas y garantiza la libertad jurídica.

Siendo así, sostiene el autor que el principio de legalidad obliga al Estado a proteger a la sociedad mediante la aplicación del Derecho Penal, y, sobre todo, a proteger a la sociedad del Derecho Penal (p. 38), surgiendo una doble obligación: estructurar una política criminal eficaz para la prevención del delito y someter su actuación punitiva a parámetros racionales y objetivos derivados del Ordenamiento Jurídico.

Por lo tanto, este principio es considerado el más inexorable dentro de un Estado Democrático Constitucional que garantiza la vigencia de la libertad

y la dignidad humana, como valores superiores; al garantizar que el ciudadano desarrolle sus máximas potencialidades humanas. En consecuencia, su vulneración no solo acarrea la afectación a los derechos fundamentales, sino que ataca la existencia propia del Estado (p. 39).

Para su efectivización, enuncia Salazar Sánchez (2019), se establecen cuatro máximas: (i) prohibición de crear delitos y sanciones mediante leyes indeterminadas, (ii) prohibición de crear delitos y sanciones mediante la aplicación del Derecho consuetudinario, (iii) prohibición de crear delitos o sanciones mediante la analogía; y, (iv) la proscripción de crear delitos y sanciones mediante leyes retroactivas (p. 40).

Ahora bien, al referirse a su fundamento, Salazar Sánchez (2019) comenta que la ausencia de unanimidad en la doctrina respecto a éste está marcada por concepciones filosóficas, políticas y jurídicas, sosteniendo, por un lado, que el fundamento del principio de legalidad se cimienta en consideraciones jurídicas, penales y políticas, y por otro, que está estrictamente vinculado al Estado de derecho. Asimismo, hay quienes consideran que el principio de legalidad se fundamenta en el principio de seguridad jurídica, posicionando, por último, Salazar Sánchez (2019) en que el principio de legalidad encuentra su fundamento en tres instituciones: (i) la primera de naturaleza política, (ii) la segunda de naturaleza axiológica; y, (iii) la tercera de naturaleza jurídico – penal.

Sobre el primer fundamento, el autor tiene dicho que se divide en dos componentes originados desde la creación de la Constitución (en razón a que el Perú es una República democrática, social, independiente y soberana organizada bajo el principio de la separación de poderes): (i) la división de funciones del poder político y (ii) la democracia representativa. Pues bien, sobre la división de poderes, el autor enuncia que la competencia legisferante (y con ello, la creación de supuestos de hecho punibles y su consecuencia jurídica) recae únicamente en el poder legislativo, situación que genera una regla general: solo el legislador ejerce dicha competencia, quedando excluido cualquier otro órgano del Estado, desestimando la idea de que el Poder Ejecutivo también tendría

esta potestad (en tanto la delegación de esta función atentaría en contra de la identidad política existencial del Perú), (pp. 41 - 42).

Sobre el fundamento jurídico – penal, Salazar Sánchez (2019) lo relaciona con la prevención general. Así, el autor afirma que la redacción de la Ley tiene una función instructiva y pedagógica en relación a la sociedad, a saber: (i) informa cuáles son los comportamientos prohibidos y señala cuál de ellos ostenta mayor lesividad social, comunicando *contrario sensu* cuáles son los comportamientos jurídicamente válidos (función preventiva general); y, (ii) la consecuencia jurídica aplicada reafirma el contenido del tipo penal mediante su aplicación coactiva.

Finalmente, el autor comenta sobre el fundamento axiológico que está relacionado con la creación de la seguridad jurídica. A respecto, señala que esta última permite limitar el accionar arbitrario de los aplicadores del Derecho, considerando que es la norma penal la que mediante su función comunicativa (prevención general) informa al ciudadano la confianza objetiva de que sus libertades no serán restringidas arbitrariamente; pues como se estableció precedentemente, “la ley permite tener un conocimiento fidedigno no solo del contenido de la prohibición y de los límites de la misma, sino también de la naturaleza y clases de la sanción” (Salazar Sánchez, 2019, p. 44).

Desde otra premisa argumentativa, Salazar Sánchez (2019) comenta los alcances del principio de legalidad, mismo que abarca el principio *nullum crimen sine lege* en el ámbito del supuesto de hecho, y el principio *nulla poena, sine lege* en la consecuencia jurídica del tipo penal.

Sobre el particular, señala el autor que el principio *nullum crimen sine lege* tiene alcance en todas las instituciones y categorías del delito, que inciden en la calificación del comportamiento como delito (v. gr. En las reglas de autoría y participación, en las condiciones objetivas y subjetivas de punibilidad, en los tipos penales en blanco, en el *iter criminis*, en la comisión por omisión, en la antijuridicidad, culpabilidad); y en los delitos imprudentes, en la medida en que solo serán punibles los supuestos de hecho señalados como tales en la Ley (artículos 11 y 12 del Código

Penal). Por su parte, el principio de legalidad también cobra mayor relevancia en la Parte Especial del Código Penal, manifestándose: (i) en la prohibición de la analogía *in malam partem*; (ii) la prohibición de la retroactividad desfavorable de la ley penal, (iii) la prohibición de generar tipos penales indeterminados; y, (iv) la proscripción de la aplicación el derecho consuetudinario (pp. 52 - 53).

El principio *nulla poena sine lege*, por su parte, se manifiesta en la consecuencia principal del delito, en la aplicación de medidas de seguridad y en la determinación de la reparación civil y otras consecuencias accesorias del hecho punible.

Tabla 15

Manifestaciones del principio *nulla poena sine lege* según Salazar Sánchez

El principio <i>nulla poena sine lege</i> en la consecuencia principal del delito.	Exige que la pena deba estar vigente al momento de la comisión del hecho punible.		Prescripción <i>escrita</i> Prescripción <i>previa</i> Prescripción <i>clara</i>	En el <i>quantum</i> y en la clase
El principio <i>nulla poena sine lege</i> en la reparación civil y en las consecuencias accesorias.	En tanto restringe la libertad y otros Derechos Fundamentales.	Implica		
El principio <i>nulla poena sine lege</i> en las medidas de seguridad.	En tanto las medidas de seguridad poseen naturaleza afflictiva.		Prescripción <i>escrita</i> Prescripción <i>previa</i> Prescripción <i>clara</i>	

Nota: Elaboración propia.

A su turno, Castillo Alva (2004) sobre el principio de legalidad, establece que representa la garantía jurídico- penal más importante en el Derecho Penal actual. Es, pues, mediante este principio que el ciudadano conoce

indefectiblemente los límites de la licitud e ilicitud de las conductas en la sociedad (p. 21).

La ley es la principal fuente del derecho, señala el autor; sin embargo, debe considerarse que no es la única, en tanto identificamos como tales a la jurisprudencia, la costumbre y los principios jurídicos; lo que pasa, explica Castillo Alva (2004) es que es la ley la jerárquicamente más importante (principio de primacía de la ley, la denominada anteriormente “monopolio de la ley”).

En el sistema penal, la legalidad es el principio hegemónicamente significativo, ya que cobra vigencia el principio de reserva de ley. Esto significa que se exige que la ley que crea delitos y penas ostente una determinada jerarquía y nivel. No basta cualquier ley o disposición escrita, v. gr. Las resoluciones legislativas, decretos supremos o las ordenanzas municipales (p. 23).

Mediante la aplicación de este principio se distinguen otras exigencias en el Ordenamiento Jurídico, como la prohibición de la retroactividad en perjuicio del reo y el principio de prohibición de analogía. Sobre este, Castillo Alva (2004) tiene dicho que no se pueden crear delitos y penas más allá del sentido literal de la Ley, aun cuando los supuestos sean idénticos y tengan parecida lesividad. Por otro lado, garantiza la efectiva vigencia de la proscripción del derecho consuetudinario, es decir, la imposibilidad de crear delitos o consecuencias jurídicas mediante la aplicación de la costumbre o los usos sociales. Finalmente, expone la proscripción de indeterminación de la ley penal o el principio de taxatividad, a través del cual se exige que la descripción del hecho punible sea clara y precisa, evitando ambigüedad u oscuridad en su redacción.

Al mismo tiempo, Castillo Alva (2004) enuncia que el principio de legalidad posee diversas ventajas: (i) mayor seguridad jurídica, al permitir que el ciudadano conozca las conductas prohibidas y permitidas y la eventual consecuencia jurídica; (ii) mayor fidelidad en el Derecho, pues los comportamientos de los individuos son predictibles y calculables; y, (iii)

favorece el tratamiento igualitario, garantizando la homogeneización de la aplicación del Derecho.

Ahora bien, posteriormente Castillo Alva (2004) señala los fundamentos sobre los que recae el principio de legalidad: (i) fundamento jurídico – político, (ii) fundamento axiológico; y (iii) fundamento jurídico penal.

Sobre el primer fundamento, que a su criterio ostenta mayor repercusión, añade el autor que radica en la democracia y en el principio de separación de poderes, pues para que una ley sea considerada como tal y posea validez, debe ser expresión de la voluntad popular. Siendo así, este fundamento permite la legitimidad por el origen de la norma que establece un delito o una pena. De modo que, “el fundamento democrático del principio de legalidad busca tutelar la libertad de la persona” (Castillo Alva, 2004, p. 35) de ataques arbitrarios de terceros o del Estado. Por su parte, el principio de división de poderes, “permite separar de manera nítida y tajante las actividades del legislador y del juez, reservando al primero la potestad de dar leyes y al segundo el poder de aplicarlas mediante una necesaria interpretación (...)” (Castillo Alva, 2004. 37).

En virtud del segundo fundamento, el autor comenta que se cimienta en la seguridad jurídica y la prohibición de arbitrariedad, pues mediante este principio se logra eliminar del Derecho Penal la incertidumbre, el azar, el desamparo y la arbitrariedad; permitiendo que el ciudadano conozca la ley anticipadamente; más no en la justicia, en tanto:

Si el principio de legalidad respondiera a criterios de justicia no habría razón alguna para que sólo se castigue a un grupo pequeño de ilícitos y que la potestad punitiva del Estado sólo se ocupe de unos cuantos hechos graves. Únicamente relacionando la seguridad jurídica y la necesidad de cautelar la libertad de la persona es que se logra entender en su dimensión correcta la vigencia del principio de legalidad en los últimos doscientos años (Castillo Alva, 2004, p. 38).

En últimas, Castillo Alva (2004) relaciona el tercer fundamento con la prevención general y el fin comunicativo de la norma.

Finalmente, en una de sus recientes obras, García Caveró (2021) comenta que mediante el principio de legalidad ningún sujeto imputable puede ser sometido a una pena o acusado de cometer un delito sin que la ley previamente lo haya previsto.

Al respecto, coincide con la doctrina penal en establecer que del principio de legalidad se derivan cuatro garantías: garantía criminal que requiere la tipificación previa del hecho a punir, garantía penal que no permite que se imponga una consecuencia jurídica distinta a la descrita en la ley; garantía jurisdiccional mediante la cual se exige que la pena impuesta responda a un debido proceso y emitida por el juez competente; y garantía de ejecución, que garantiza que la pena impuesta se ejecute conforme señale la ley (García Caveró, 2021, p. 138).

Dicho principio, desde la perspectiva de García Caveró (2021), encuentra fundamento constitucional. Sobre el particular, el autor estima que es incorrecto considerar al principio de legalidad como una garantía individual frente a la potestad punitiva del Estado, ya que solo tiene sentido dentro del sistema de organización constitucional y política (p. 140).

La legalidad contempla cuatro manifestaciones: (i) la reserva de ley o *lex scripta*, (ii) la taxatividad de la ley o *lex certa*, (iii) la prohibición de la retroactividad o *lex praevia*; y (iv) la prohibición de la analogía o *lex stricta*. Sobre la primera manifestación, se establece que únicamente mediante ley se generan delitos y consecuencias jurídico-penales, es decir, que es la ley la única fuente directa del Derecho Penal; permitiendo una conclusión a contrario: las demás fuentes del Derecho, como la jurisprudencia, la costumbre y los principios generales no pueden crear delitos, sino más bien fungen como medios para conocer e interpretar el derecho positivizado. García Caveró (2021) encuentra aquí una primera dificultad, pues acertadamente señala que en el Perú el término “ley” está referido a otras disposiciones que no necesariamente emanan del legislativo, como en el caso de la delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo, no obstante, el autor señala en aquel caso no existe

mayor conflicto, en tanto precisa que la delegación de facultades, según la norma constitucional (artículo 104 de la Constitución Política), no puede ser ambigua o genérica, sino más bien el Legislativo debe señalar la materia y el periodo para legislar del Ejecutivo; adicionalmente, es el Congreso quien ejerce un control posterior mediante el cual tiene expedita la oportunidad de dejarla sin efecto; como sucedió con el Decreto Legislativo N.º 1323 que modificó las agravantes genéricas y el delito de discriminación.

Respecto a la segunda manifestación, García Caveró (2021) describe que se impone al legislador el deber de precisar los supuestos que configuran delito y son merecedores de sanción. Posteriormente, sobre la tercera manifestación, el autor tiene dicho que el delito debe tipificarse previo a la consumación del hecho a penar; esta regla, no obstante, se inaplica siempre y cuando la retroactividad de la norma favorezca al reo (p. 163).

Finalmente, sobre la última manifestación, el autor sostiene que el principio de legalidad alcanza la función judicial interpretativa, impidiendo sancionar conductas no positivizadas (García Caveró, 2021, p. 170).

2.3.3. El principio de seguridad jurídica y predictibilidad de las resoluciones judiciales

Aun cuando la norma constitucional peruana no prevea taxativamente el principio de seguridad jurídica, como si lo hacen en el Derecho Comparado las constituciones de Chile⁴ y España⁵; su respaldo supra legal lo encontramos en la garantía de tutela jurisdiccional efectiva ubicada en el artículo 139 inciso 3 (asimismo, hay muestra de la vigencia de la seguridad jurídica en las inversiones respecto del artículo 62), cuyo tenor literal indica:

⁴ Artículo 7° Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

⁵ Artículo 9. (...) 3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación (inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú de 1993).

Desde la jurisprudencia se ha establecido que el principio de seguridad jurídica, según indican en las sentencias recaídas en el Expediente N.º 1887-2010-PHC/TC y Expediente N.º 5942-2006-PA/TC, intrínsecamente forma parte del Estado Constitucional de Derecho y está estrechamente relacionado con el principio de interdicción de la arbitrariedad. De modo que la seguridad jurídica constituye la garantía que informa al Ordenamiento Jurídico en su totalidad, al ser considerada como una norma de actuación de los poderes públicos, obligándolos a hacer predecibles sus decisiones y a actuar respetando los márgenes de proporcionalidad y razonabilidad. Asimismo, la seguridad jurídica es un derecho subjetivo de todo individuo que supone la expectativa razonable de que sus márgenes de actuación, respaldados por el derecho, no serán arbitrariamente modificados (fundamento jurídico décimo octavo).

En la dogmática internacional, el principio de seguridad jurídica ha sido estudiado ampliamente por el jurista brasileiro Humberto Ávila (2012), postulados que desarrollaremos en la presente investigación dado su contenido didáctico y esquematizado frente a la dogmática peruana. El autor, en la traducción de Criado Sánchez (2012), empieza diferenciando dos conceptos a desarrollar: la seguridad no jurídica y la seguridad jurídica.

A. La seguridad no jurídica

Desde la psicología, el término “seguridad”, generalmente, está referido a la búsqueda humana de protección ante amenazas externas; asemejándose al término “ausencia de duda” o “ausencia de miedo”. Asimismo, el término seguridad es

empleado para referirse a un estado libre de miedo y ansiedad, en otras palabras, a una seguridad psicológica individual, al denominado “*animi tranquillitas*”.

Al ser un término de uso común, la seguridad también es empleada en la economía, en tanto es la confianza el principal elemento para la organización y el intercambio de los agentes económicos. Sociológicamente, la confianza es considerada como un valor social, que anticipa los comportamientos humanos y permite las relaciones sociales.

Así, la confianza se traduce en un estado de protección de bienes individuales y bienes colectivos, cítese la vida, la libertad, la propiedad, la salud; denominada “seguridad social” (Humberto Ávila, 2012, pp. 87 - 89).

B. La seguridad jurídica

La seguridad jurídica, según el autor, entra en escena al superar la dimensión psicológica individual y trascender a la dimensión axiológica social, pero no únicamente conductual, esto es, que “(...) la seguridad jurídica representa, pues, la seguridad como fenómeno valorativo *intersubjetivable* vinculado al Derecho de una determinada sociedad, bien como valor, bien como norma, que tiene lo jurídico como objeto y como instrumento” (Humberto Ávila, 2012, pp. 89 - 90).

i. Seguridad como elemento definitorio

Es un elemento de la definición y condición estructural del Derecho. De modo que, coherente con Radbruch (1932) y Bobbio (1951), afirma que un ordenamiento sin certeza no puede ser considerado como “jurídico” (Humberto Ávila, 2012, p. 91).

Al mismo tiempo, el autor, citando a Recasens Siches (1961), establece que la seguridad jurídica es una cualidad esencial e imprescindible para que exista el

Derecho, en su ausencia ninguno podría considerarse como tal, ni bueno ni malo.

Finalmente, concluye Humberto Ávila (2012), que la seguridad jurídica no es una norma, sino, más bien, es un elemento del Derecho (un elemento de metalenguaje doctrinal), es una idea “supraordenadora” (p. 92).

ii. Seguridad como hecho

Referida a una concreta realidad pasible de ser constatada, denotando el término “seguridad jurídica”, un juicio de hecho respecto a lo que se considera existente en el plano del *ser*. Esto significa, dice el autor, la “posibilidad jurídica de que alguien prevea, concretamente, las consecuencias jurídicas de hechos o comportamientos” (Humberto Ávila, 2012, p. 93), significando, además, la posibilidad de saber precedentemente aquello que, efectivamente, ocurrirá (Humberto Ávila, 2012, p. 93).

iii. Seguridad como valor

Puede denotar, de igual manera, un estado calificado como deseable, expresando un juicio axiológico respecto a lo que se considera bueno de acuerdo con un sistema de valores. La seguridad jurídica es, pues, un valor imprescindible para el desarrollo de la vida humana, en tanto un sistema previsible es mucho mejor que uno incierto (Humberto Ávila, 2012, pp. 93- 94).

iv. Seguridad como norma – principio

Al igual que en las otras manifestaciones, la seguridad jurídica no es ajena a materializarse mediante una norma jurídica, es decir, a través de una prescripción normativa que establezca, de manera directa o indirecta, algo como permitido, prohibido u obligatorio. Siendo así, dice Humberto Ávila (2012), que la seguridad jurídica denota

un juicio de carácter prescriptivo sobre lo que debe buscarse en un orden jurídico específico.

Sin embargo, no debe confundirse la dimensión fáctica, dimensión axiológica y la dimensión normativa; pues, como estima el autor,

Una cosa es el estado de hecho indicador de la posibilidad de que el ciudadano anticipe efectos jurídicos de actos presentes, otra es la norma que prescribe que el establecimiento y la aplicación de normas se realicen de manera que incremente la capacidad del ciudadano de anticipar efectos jurídicos futuros de actos presentes: mientras allí la seguridad jurídica se refiere a un hecho, aquí es relativa a una norma – principio (Humberto Ávila, 2012, p. 95).

De modo que,

Tabla 16

Dimensiones de la seguridad jurídica

Seguridad jurídica como hecho (Dimensión fáctica)	Capacidad de prever una situación de hecho
Seguridad jurídica como valor (Dimensión axiológica)	Manifestación de aprobación o desaprobación respecto a la seguridad jurídica
Seguridad jurídica como norma (Dimensión normativa)	Prescripción de adoptar comportamientos destinados a asegurar la efectivización de una situación de hecho y la extensión de la capacidad de prever las consecuencias jurídicas de un comportamiento determinado.

Nota: Elaboración propia.

Pues bien, la seguridad jurídica como principio está dirigida tanto a los poderes Legislativo y Judicial, como al poder Ejecutivo; determinando la efectivización de un Estado y un Ordenamiento Jurídico confiable y calculable sobre la base de su cognoscibilidad (p. 96)

Como principio, la seguridad jurídica no debe confundirse con una regla que describa un supuesto de hecho con lo permitido, prohibido y lo obligatorio; concatenada a un mandamiento, consecuencia o determinación. Así, sobre la regla, deben analizarse diversos supuestos a fin de determinar la conducta, que, según Humberto Ávila (2012), son los siguientes:

Tabla 17

Aspectos para verificar la conducta que se debe adoptar en las reglas

Supuesto de hecho	Aspecto material (comportamiento previsto)
	Aspecto temporal (periodo comprendido)
	Aspecto espacial (identificar quienes son los sujetos activos y pasivos)
Consecuencia jurídica	Aspecto personal (identificara sujetos activo y pasivo)
	Aspecto cuantitativo (base de cálculo y tipo impositivo)

Nota: Elaboración propia.

Por su parte, los principios, según Humberto Ávila (2012), son normas que prescriben un estado ideal de cosas que, para su efectivización, es necesario optar por comportamientos con efectos que coadyuven a su promoción, siendo el modelo de los principios: “para, entonces es necesario” (p. 97). En consecuencia:

Tabla 18

Estructura de los principios

Comportan un fin	Comportan unos medios
estado de cosas	conductas para su promoción

Nota: Elaboración propia.

El procedimiento de interpretación y aplicación de los principios, señala el autor, comprende esencialmente el

análisis correlacional entre: estado de cosas, efectos y conductas (cuyos elementos, como se ve, difieren a los de las reglas).

v. Aspecto material de la seguridad jurídica. Sentidos del término “seguridad”

Sobre el particular, Humberto Ávila (2012) identifica:

En cuanto al fin

El autor describe dos perspectivas a desarrollar: una estática y atemporal, y otra dinámica e intertemporal.

Sobre la primera, enuncia que se distinguen dos posiciones. Por un lado, la seguridad jurídica requiere la capacidad de que el individuo pueda entender exactamente el contenido normativo, a nivel general e individual; referida a una absoluta certeza y determinación del Derecho (univocidad de resultados) y de contenidos normativos (tipicidad material cerrada). Por otro lado, la seguridad jurídica exige una elevada capacidad de que el individuo conozca todos los posibles sentidos de un texto normativo mediante procesos argumentativos subjetivos controlables (la seguridad jurídica se alcanza progresivamente), refiriéndose a una determinabilidad y a una certeza relativa del Derecho (tipicidad material abierta).

Sobre la segunda perspectiva, dinámica e intertemporal, Humberto Ávila (2012) la divide en dos referencias: al pasado (inmutabilidad frente a confiabilidad) y al futuro (previsibilidad frente a calculabilidad).

En cuanto al pasado (referida a los cambios del Derecho y la referencia a normas existentes antes de la modificación), el autor señala dos acepciones. Por un lado, se entiende que la seguridad jurídica implica la

búsqueda de la “inmutabilidad del Derecho”, la “estabilidad” o “petrificación del Derecho”, esto es, la absoluta vinculación del Derecho futuro al Derecho pasado. Sin embargo, por otro lado, se entiende la seguridad como exigencia de “estabilidad en el cambio” (no usa el término “estabilidad” o “inmutabilidad”, sino “confiabilidad”, “estabilidad” y “racionalidad” que evite modificaciones violentas); es decir, la “protección de situaciones subjetivas ya garantizadas individualmente y la exigencia de continuidad del ordenamiento jurídico mediante reglas de transición y cláusulas de equidad” (Humberto Ávila, 2012, p. 106).

Con referencia al futuro (previsibilidad frente a calculabilidad, referida a la eficacia futura del Derecho), Humberto Ávila (2012) esboza dos posiciones. Por una parte, se sostiene que la seguridad jurídica contempla la total capacidad de anticipar las consecuencias jurídicas de las conductas, sean propias o de terceros (referida a los términos “previsibilidad” y “certeza absoluta”). Y por otra, se considera que la seguridad jurídica únicamente exige la elevada capacidad de conocer las consecuencias jurídicas de actos o hechos por la mayor parte de personas (garantizando, no es su totalidad, la calculabilidad –mas no previsibilidad– de las alternativas interpretativas y efectos normativos del Derecho); “calculabilidad significa, por tanto, la capacidad de que el ciudadano prevea, en gran medida, los límites de la intervención del Poder Público sobre los actos que realizan, conociendo, anticipadamente, el ámbito de discrecionalidad existente para los actos estatales” (Humberto Ávila, 2012, p. 107).

En cuanto al fundamento

Finalmente, el autor señala a la seguridad jurídica como: resultado de la idea del Derecho y producto del Derecho positivo.

Sobre la primera, Humberto Ávila (2012) sostiene que esta idea está asociada al Derecho como ideal, independientemente del Derecho positivizado, v. gr. La idea nuclear del derecho es la justicia y la paz social. A su turno, sobre la segunda, el autor indica que la seguridad jurídica se explica como una norma específica de un ordenamiento jurídico determinado, no así como una noción inherente al Derecho. La segunda difiere de la primera en tanto la seguridad jurídica como “norma” adquiere limitaciones precisas que el ordenamiento jurídico determina, lo que, a su vez, no excluye su calificación como elemento esencial del Derecho (pp. 108 - 109).

C. El principio de *seguridad jurídica* en la dogmática peruana

García Caveró (2019), comentando sobre la formulación conceptual de un sistema sobre el hecho punible y su eventual consecuencia penal; refiere que, inequívocamente contribuye a la seguridad jurídica, toda vez que le otorga racionalidad al conjunto de disposiciones penales, asegurando que, en sede judicial, su aplicación sea uniforme, calculable y controlable en los casos que el judicial conozca.

Sin embargo, menciona el autor, aquella definición de seguridad jurídica no debe llevar a la idea errónea de considerar que el sistema es inmutable y cerrado frente a los cambios de la realidad; por el contrario; los sistemas conceptuales deben estar abiertos a reconocer los dinamismos sociales, de manera

tal que las soluciones que se deriven del sistema se correspondan con las necesidades sociales de punición- en esta misma línea se pronuncian Reátegui Sánchez (2018, p.771) y Rojas Vargas (2012, p. 262). Es suma, afirma García Caveró (2019), la protección del principio de seguridad jurídica no vendrá dada, por lo tanto, por la ley penal *per se*, sino por la estabilidad de las interpretaciones judiciales.

La seguridad jurídica está vinculada al principio de legalidad, según explica García Caveró (2019), en tanto la primera, por más reprochable que sea una conducta, proscribida la posibilidad de sancionarla penalmente, si es que previamente no ha sido calificada como delito mediante una ley. Asimismo, la pena a imponerse debe estar parametrizada en calidad y cantidad previamente en la ley. En este último sentido, se pronuncia Oré Guardia (2016, p. 87).

La seguridad jurídica es, pues, la que garantiza la confianza en el sistema jurídico (Urquiza Olachea, 2020, p. 87).

San Martín Castro (2020), desde sus consideraciones procesales, tiene dicho que mediante la seguridad jurídica las partes procesales tienen derecho a conocer de antemano que su pretensión y su defensa serán ejercidas dentro de un proceso en el que las posibilidades, obligaciones y cargas procesales ha de encontrarse legalmente preestablecidas (p. 29).

2.4. El delito de peculado

Lege data, el delito de peculado se encuentra tipificado en el artículo 387 del Capítulo II relativo a los delitos cometidos por funcionarios públicos del Código Penal peruano. Desde sus apuntes históricos, Abanto Vásquez (2003), Salinas Siccha (2014) y en su oportunidad, Rojas Vargas (2016), indican que el término "peculado" proviene de dos latinismos: *peca* que

significa ganado y *latus* que significa hurto. En consecuencia, los citados autores, refieren que etimológicamente significa "hurto de ganado".

Posteriormente, en la República se utilizó el término “peculado” para indicar el hurto de cosas de valor. No es sino hasta el Imperio Romano, en donde se llega a utilizar la frase *criminis peculatis* que hace referencia al hurto de dinero o bienes públicos. Esta última definición, como indica Rojas Vargas (2016), es la que ha prevalecido hasta nuestros días. (pp. 308 - 309)

En efecto, Rojas Vargas (2016), comenta que el peculado es uno de los delitos funcionariales con mayor antigüedad en el derecho penal. Este, como se ha establecido, fue drásticamente penado en el derecho ateniense y en el derecho romano (incluso con la pena de muerte). Su punición partió de la distinción de los verbos sustracción, retención y uso; sobre los caudales sagrados y públicos (p. 233).

Con el ánimo de establecer una definición, Salinas Siccha (2014), sostiene que el delito de peculado es el hecho punible que se configura cuando el funcionario o servidor público en su beneficio personal o para otro, se apropia o utiliza caudales o efectos públicos, cuya percepción, administración o custodia, le están confiadas por razón del cargo que desempeña en la administración pública (p. 310); en ese mismo sentido se pronuncia Calderón Valverde (2015).

2.4.1. Antecedentes del delito de peculado

En nuestra normativa penal, desde lo prescrito por Salinas Siccha (2014), el antecedente más reciente del tipo penal 387 lo constituye el artículo 346 del derogado Código Penal de 1924. El texto original de dicho tipo penal del Código de 1991 fue modificado por la polémica Ley N.º 29703 del 10 de junio de 2011, la misma que ha sido derogada en parte por la Ley N.º 29758 del 21 de julio de 2011.

Desde un panorama más amplio, considerando el derecho comparado, Abanto Vásquez (2003) prevé que como fuentes del tipo penal peruano *in*

comento, el artículo 387 del CP argentino de 1921, el artículo 133 del CP colombiano de 1980, el artículo 150 del CP colombiano de 1936. Este último, sería el más parecido, pero con la diferencia de que era mucho menos represivo. También es una fuente importante el CP italiano de 1947 (que ha sufrido múltiples modificaciones posteriormente). Y, finalmente, también puede considerarse para la interpretación, la llamada "malversación propia" del artículo 432 C.P. español de 1995. De manera inmediata es fuente también el artículo 346 del C.P., peruano de 1924, con mínimas modificaciones en el texto actual.

2.4.2. Los delitos de peculado en el Código Penal peruano

Producto de las reformas legislativas, como la vigencia de la Ley N.º 31178 de fecha 28 de abril de 2021 y el Decreto Legislativo N.º 1243 de fecha 22 de octubre de 2016, la descripción legal del delito de peculado en el Código Penal se ubica en los artículos 387⁶ relativo al peculado doloso y culposo, y en el artículo 388⁷, que prescribe el peculado de uso;

⁶ **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 a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años, y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

La pena será privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de naturaleza perpetua, y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos:

1. El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella.
2. Los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social o de desarrollo.
3. El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional.
4. El valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias.

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.

⁷ **Artículo 388.- Peculado de uso**

El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública o que se hallan bajo su guarda, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro 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.

Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública.

No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo.

cuyo principal antecedente se ubica en el tipo penal del artículo 346 del Código Penal peruano de 1924.

Considerando las siguientes modificaciones en el artículo 387:

Tabla 19

Modificaciones del artículo 387 del Código Penal peruano

Dispositivo normativo	Fecha de publicación
Ley N.º 26198	13 de junio de 1993
Ley N.º 29703	10 de junio de 2011
Ley N.º 29758	21 de julio de 2011
Ley N.º 30111	26 de noviembre de 2013
DL. N.º 1243	22 de octubre de 2016
Ley N.º 31178	28 de abril de 2021
<i>Nota:</i> Elaboración propia	

Y, en el artículo 388:

Tabla 20

Modificaciones del artículo 388 del Código Penal peruano

Dispositivo normativo	Fecha de publicación
Ley N.º 29703	10 de junio de 2011
Ley N.º 29758	21 de julio de 2011
Ley N.º 30111	26 de noviembre de 2013
DL. N.º 1243	22 de octubre de 2016
<i>Nota:</i> Elaboración propia	

2.4.3. Tipología del delito de peculado

Sistemáticamente, Rojas Vargas (2007) citando a Francesco Carrara (1993) desarrolla dos grupos continentes: peculado propio y peculado impropio o por extensión. Sobre el primero, el autor señala que se trata del delito cometido por un funcionario o servidor público que, dentro de una vinculación funcional, con posesión material o formal del objeto protegido, apropiándose, usándolos o sustrayéndolos del dominio público. El peculado propio, en consecuencia, se divide en: (i) peculado por apropiación, (ii) peculado por utilización o distracción genérica, (iii) peculado culposo, (iv) peculado por aplicación distinta o malversación, (v)

peculado por aprovechamiento del error de otro, (iv) peculado por aprovechamientos o empleo de trabajos o servicios pagados por el Estado, (vii) peculado por demora injustificada en los pagos ordinarios; y, (viii) peculado por rehusamiento a la entrega de bienes.

Por su parte, respecto al peculado impropio, el autor señala que es el delito cometido (apropiación, uso o sustracción) por un particular (aplicación del artículo 392 del Código Penal vigente), de modo que la “impropiedad” está dirigida únicamente a la cualidad del sujeto activo.

A. Peculado por apropiación

Dicho de aquel delito en el que el funcionario o servidor público se apodera dolosamente de los bienes públicos. Estos bienes, según explica el autor, pueden ser propiedad del Estado o de particulares en disposición estatal y se confían a los sujetos públicos para los usos y fines de ley.

B. Peculado por utilización o distracción genérica

En esta modalidad, según anota Rojas Vargas (2007), el sujeto activo usa o utiliza (no se apropia) los bienes estatales en su propio beneficio o en el de un tercero.

C. Peculado culposo

Referido a la comisión del delito con ausencia de dolo, en razón al descuido del sujeto activo que dio lugar a que un tercero vulnere el bien jurídico tutelado.

D. Peculado por distracción o uso específico

Sobre el particular, el autor señala que está referido al uso y utilización de determinados bienes públicos (máquinas, vehículos, etc.) que son destinados para el cumplimiento de fines distintos a los oficiales en provecho del sujeto activo o de terceros.

E. Peculado por aplicación distinta o malversación

Esta tipología es conocida en el Ordenamiento Jurídico peruano como un delito independiente (delito de malversación de fondos), referida al destino de fondos públicos o partidas presupuestarias a fines no previstos o señalados con anticipación.

F. Peculado por aprovechamiento del error de otro

Se configura cuando un funcionario o servidor público se apropia o usa el dinero o bienes muebles que han recibido o retenido por error de un tercero. Este tipo de configuración del delito de peculado, a criterio del autor, es un caso límite que puede concursar con la concusión inducida y el delito de peculado.

G. Peculado por aprovechamiento o empleo de trabajos o servicios pagados por el Estado

Se configura cuando el funcionario o servidor público utiliza los servicios oficiales o la mano de obra para uso personal o en favor de terceros.

2.4.4. El bien jurídico en los delitos de peculado

Tal como ilustra Rojas Vargas (2016), el consenso en determinar cuál es el bien jurídico tutelado por los delitos de peculado está precedido por un amplio debate dogmático respecto a dos acepciones. Por un lado, los autores que asumían una posición meramente patrimonialista que centraron la tutela penal en el patrimonio, y, por otro, los dogmáticos que postulaban la tradicional defensa de los deberes de lealtad del funcionario o servidor público respecto a los caudales estatales (p. 236).

En efecto, la primera posición implicó, según describe Rojas Vargas (2016), la desfuncionalización del delito de peculado, privilegiando únicamente su connotación patrimonial, y olvidando el sentido subjetivo. La segunda posición, a su turno, desatendía la naturaleza del objeto protegido por estos delitos (patrimonio estatal), para priorizar la infracción del deber como bien jurídico hegemónico (p. 236).

No obstante, en sede nacional, el Pleno Jurisdiccional de los Vocales Supremos en lo Penal del año 2005, emite el Acuerdo Plenario N.º 04-2005, que, siguiendo la tendencia mayoritaria, encuentra resuelto el debate sobre el bien o bienes jurídicos penalmente protegidos. Al respecto, señala que el delito de peculado tiene un carácter pluriofensivo y protege: (i) el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de

la Administración Pública; y, (ii) evitar el abuso de poder del funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionariales de lealtad y probidad (sexto fundamento jurídico).

Ciertamente, Abanto Vásquez (2003) puntualiza que existen varios bienes jurídicos vulnerados en el peculado referidos al correcto funcionamiento de la Administración Pública dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho, identificando al patrimonio del Estado y la fe y confianza pública depositada en el servidor o funcionario público cuya función es percibir, administrar o custodiar los bienes estatales, lo que equivale al cumplimiento de los deberes del agente respecto al Estado (p. 331).

En el sistema penal peruano, según afirma Abanto Vásquez (2003), se protegen estos bienes jurídicos, pues la descripción legal exige la acción de apropiarse o efectuar un uso indebido, distinguiendo claramente el “peculado” del delito de “malversación”; predominado, a su parecer, la protección patrimonial y la infracción del deber del agente referido al deber de lealtad, esto es, el deber de probidad, honradez y fidelidad (p. 332).

Con más precisión, Nakazaki Servigón (2013), tomando los fundamentos del Recurso de Nulidad N.º 2165-2011-Ucayali, prevé que el bien jurídico protegido en el delito de peculado, además del correcto funcionamiento de la administración pública, abarca el patrimonio de ésta, la fe y la confianza pública depositada en el funcionario encargado de percibir, administrar o custodiar bienes de la administración pública (p. 159).

Abona a esta posición Rojas Vargas (2016), quien prevé que los delitos de peculado son tipos penales que afectan, en principio, intereses patrimoniales estatales, además, vulneran la correcta administración de estos con objetivos públicos; y también, los deberes del funcionario o servidor público para el fomento y el aseguramiento de las finalidades del patrimonio público (237). En consecuencia, desarrolla el autor que los bienes jurídicos tutelados son:

Tabla 21

Los objetos en el delito de peculado según Rojas Vargas (2016)

Proteger el patrimonio público	Referido genéricamente al Estado, o especialmente, a su patrimonio. Apunta el autor que modernamente se consideran como sujetos pasivos el Ministerio de Educación, la Contraloría, las Municipalidades, etc.
correcta administración del patrimonio	Referida a los fines estatales y legítimos a los que el patrimonio del Estado está destinado.
Proteger o garantizar los deberes que tiene el funcionario público	Referido a la tutela de los deberes que el funcionario o servidor público tienen respecto a la administración pública.

Nota: Elaboración propia.**A. Tipicidad objetiva de los delitos de peculado**

En coherencia con los postulados de Salinas Siccha (2014) y la descripción legal de los delitos de peculado en la codificación peruana, se sostiene que el artículo 387 prevé este delito en sus dos modalidades: dolosa y culposa.

Respecto del primero, el tipo penal (verbos rectores del artículo 387 del Código Penal) indica dos modalidades mediante las cuales el sujeto activo puede cometer el delito de peculado:

B. Peculado por apropiación

Se configura el delito de peculado mediante “apropiación” cuando el sujeto activo se adueña, apodera, atribuye, apropia o hace suyo los caudales o efectos estatales que, debido a su cargo, le han sido confiados para percibirlos, custodiarlos o administrarlos. De modo que, el agente (funcionario público, servidor público o un tercero) obra con *animus rem sibi habendi* (traducido como “el ánimo de tener algo para sí mismo”). De lo expuesto se concluye que la conducta del peculador es caracterizada por ser una apropiación *sui generis*, toda vez que este, en estricto, no sustrae los bienes o causales, pues aquellos ya se encuentran en su dominio debido al cargo o función que ostenta; el sujeto activo, únicamente, no administra los bienes de la función pública para los fines

a los que originalmente están destinados, si no dispone de ellos como si formaran parte de su propio y exclusivo patrimonio (los aparta de la esfera funcional de la administración pública). Es decir, actúa como propietario del bien público (Salinas Siccha, 2014, p.311).

Abanto Vásquez (2003), a su vez, refiere que, “apropiación” es un término único de interpretar en el delito de peculado, en tanto no se trata de la sustracción de un bien, pues se entiende que este ya se encontraba en su disposición en función del cargo que ejerce, el agente únicamente no administra los bienes orientándolos a la función pública para la que estaban destinados, sino que dispone de estos como si formaran parte de su patrimonio particular (p. 342).

En su oportunidad, Rojas Vargas (2016) enuncia que en el peculado por apropiación el agente incorpora a su patrimonio o al de un tercero un bien que posee y que a su vez forma parte de la propiedad del Estado o se encuentra en la administración pública, produciéndose de esa manera “una apropiación ilegítima que resulta intolerable para el sistema jurídico, más aún si dicha acción y resultado suponen la infracción de deberes funcionales por parte del sujeto público” (pp. 241 - 242).

Aquella posesión, según manifiesta Rojas Vargas (2016), puede darse respecto a la percepción, administración o custodia. La primera es definida como la acción de captar o recepcionar caudales o efectos provenientes de otras fuentes (como otras entidades, de particulares, colectivos sociales, etc.) de procedencia lícita. La segunda se refiere a la forma jurídica de poseer caudales o efectos con finalidades públicas o las que el Estado señale. Finalmente, la custodia está relacionada con la vigilancia y conservación de los caudales públicos por parte del funcionario o servidor público.

Abanto Vásquez (2003), por su parte, realiza la siguiente esquematización:

Tabla 22

Distinción de los conceptos “administración”, “percepción” y “custodia” según Abanto Vásquez (2003)

Administración	Facultad de disponer de los bienes para derivarlos a finalidades determinadas legalmente
Percepción	Recibir bienes de procedencia lícita para la Administración Pública
Custodia	Función administrativa de cuidar y vigilar los bienes públicos

Nota: Elaboración propia.

C. Peculado por utilización

Salinas Siccha (2014), comentando sobre el peculado por utilización, argumenta que se da cuando el sujeto activo usa, emplea, aprovecha, disfruta o se beneficia de caudales o efectos que pertenecen a la Administración Pública, sin embargo, no tiene la intención de apoderarse de dichos bienes, es decir, el agente no tiene propósito de quedarse o adueñarse, sino simplemente de servirse del bien público en su beneficio o en beneficio de un tercero (p. 312).

Ciertamente, Calderón Valverde (2015) afirma que el delito de peculado cometido bajo la modalidad de “utilizar”, se configura cuando el sujeto activo emplea de cualquier forma los efectos o caudales del Estado, empero sin el objetivo de hacerlos suyos (p. 134).

Sobre la utilización, Abanto Vásquez (2003) comenta que es mediante este verbo que se produce una separación del bien de la esfera pública de custodia y se ejerce una “aplicación privada temporal” de los bienes, son agotarlos para devolverlos a la esfera pública; con excepción a que el mero uso se condiga con la utilización, es el caso por ejemplo del dinero y otros bienes de carácter consumible (p. 344).

Pues bien, es necesario que la modalidad acá descrita se diferencie de la descripción típica que realiza el artículo 388 del Código Penal peruano; pues mientras el artículo 387 está referido a “utilizar” efectos o caudales que pertenecen a la Administración Pública; el artículo 388 está orientado

al empleo de vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo perteneciente al Estado.

En suma, el delito de peculado por apropiación o utilización radica en hacer propios los caudales o efectos del Estado, apartándolos de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos (peculado por apropiación). Respecto al peculado por utilización, está referido al aprovechamiento de las bondades que permite el caudal o efecto público, sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero (Acuerdo Plenario N.º 4-2005-0/116, de 30 de septiembre del 2005).

2.5. La responsabilidad civil en el Ordenamiento Jurídico peruano

La responsabilidad civil, desde los apuntes de Fernández Cruz (2019), se equipara a la tutela resarcitoria, en tanto es un mecanismo de protección concedido a los particulares contra daños sufridos de manera injusta; materializándose mediante una obligación – no tan exacta– denominada “indemnización resarcitoria” (p. 15).

Así pues, esta institución es un fenómeno de afectación patrimonial, ya que al querer satisfacer un interés (como adquirir un producto profesional por parte de un arquitecto) un sujeto puede contraer una contraprestación, tomando la posición de deudor, comprometiendo su patrimonio (como contraprestación a los trabajos del profesional en arquitectura), presente y futuro. Por lo tanto, dice Fernández Cruz (2019), que el cumplimiento de una obligación implica una posibilidad de afectar del patrimonio del agente deudor de la obligación contraída y su efectiva afectación al darse un incumplimiento de la prestación contratada (pasa por ejemplo que ante el incumplimiento, el arquitecto tendrá la obligación de indemnizar por daños ocasionados, situación que también compromete su patrimonio).

De ahí que el autor, tomando como fundamento la Casación 2420 – 2004- Lima, considera que la responsabilidad civil es el “conjunto de consecuencias jurídico – patrimoniales a las que queda expuesto un

sujeto en cuanto es titular de una situación jurídica subjetiva de desventaja” (Fernández Cruz, 2019, p. 19), responsabilidad civil que, como se describió, se configura desde el primer instante en el que un sujeto asume una garantía patrimonial frente a otro sujeto para la satisfacción o al servicio de un interés ajeno (Fernández Cruz, 2019, p. 20). Señalando los siguientes ámbitos de configuración:

Tabla 23

Escenarios en los cuales es posible la configuración de la responsabilidad civil según Fernández Cruz (2019)

En los deberes generales (como no causar daño a otro, <i>alterum non laedere</i>)	Referida a sujetos indeterminados posibles de ser determinados (al momento de producirse le daño). Se da al constatar un daño.
En los deberes jurídicos no patrimoniales	No se genera responsabilidad civil en la fase de “cumplimiento”, pero sí en el “incumplimiento”.
En los deberes jurídicos con contenido patrimonial	Se genera responsabilidad civil en la fase de “cumplimiento”, y en la etapa de “incumplimiento”.

Nota: Elaboración propia.

Espinoza Espinoza (2019), por su parte, define a la responsabilidad civil como un mecanismo (o técnica) de tutela civil de situaciones jurídicas (que comprende los derechos), cuya finalidad deriva al responsable (quien no es necesariamente el autor del acto antijurídico) la obligación de reparar daños ocasionados (p. 63).

A su turno, siguiendo la distinción clásica, Taboada Córdova (2003) comenta que en el Ordenamiento Jurídico peruano la responsabilidad civil está relacionada fundamentalmente con la indemnización de daños ocasionados a los particulares durante la convivencia social; estos daños, según describe el autor, pueden presentarse como consecuencia de un incumplimiento voluntario de una obligación (responsabilidad civil contractual o responsabilidad derivada de la inejecución de obligaciones) o de daños que sean producto de una actuación sin vínculo previo (responsabilidad civil extracontractual o responsabilidad derivada de

vulnerar un deber jurídico genérico de no causar daño a otros) (pp. 29 - 30).

Aun cuando clásicamente se distinguen dos tipos de fuentes generadoras de responsabilidad civil, Taboada Córdova (2003) aclara que la responsabilidad civil es una sola, cuyas fuentes (contractual o extracontractual) contiene un denominador común: la antijuridicidad y el imperativo de indemnizar los daños ocasionados (p. 31). Ahora bien, la responsabilidad civil contractual, según apunta Taboada Córdova (2003) se refiere a un daño producido debido al incumplimiento de una obligación anteladamente pactada, mientras que en la responsabilidad civil extracontractual se indemniza el daño ocasionado debido al incumplimiento del deber genérico de no causar daño a los demás (p. 31).

Espinoza Espinoza (2019), en su oportunidad, explica que en la doctrina surgen tres teorías que intentan explicar las figuras de responsabilidad civil contractual y responsabilidad civil extracontractual. Al respecto señala la tesis Dualista (que busca diferenciar estos tipos de responsabilidad, sosteniendo que las relaciones jurídicas entre los sujetos de derecho pueden ser reguladas mediante ley o a través de un contrato) que finalmente fue acogida por el vigente Código Civil peruano, la tesis Monista (que no reconoce diferencia entre el contrato y la ley, pues la ley sería el contrato social y el contrato, a su vez, es ley entre las partes) y las tesis Eclécticas que intenta conciliar las dos posiciones precedentes (considerando que la responsabilidad es una sola, de modo que no se distingue la responsabilidad contractual de la extracontractual, empero se identifican diferencias de régimen) (pp. 79 - 86).

Como postura crítica, Espinoza Espinoza (2019) describe que la distinción de ambos tipos de responsabilidad resulta artificiosa y confusa, afirmando que el Perú adopta un sistema binario, ilustrando el siguiente contenido:

Tabla 24

Semejanzas y diferencias entre las (denominadas) responsabilidad civil contractual y la extra- contractual

Contractual	Extracontractual
-------------	------------------

Factores atribución	de	Subjetivo (art. 1321 c.c.) Dolo, culpa inexcusable o culpa leve (art. 1314 c.c.) Parámetro de la diligencia ordinaria requerida Objetivo (art. 1325 c.c.) Responsabilidad del deudor si se hace valer por un tercero (art. 1315 c.c.) Caso fortuito o fuerza mayor	Subjetivo (art. 1959 c.c.) Dolo o culpa Objetivo (art. 1970 c.c.) Bien o ejercicio de una actividad riesgosos o peligrosos (art. 1976 c.c.) Responsabilidad del representante legal del incapaz sin discernimiento (art. 1979 c.c.) Responsabilidad del dueño del animal (art. 1980 c.c.) Responsabilidad del dueño del edificio (art. 1981 c.c.) Responsabilidad del principal
Graduación de la culpa	de	Culpa inexcusable "negligencia grave" (art. 1319 c.c.) Culpa leve "omisión de diligencia ordinaria" (art. 1320 c.c.)	Culpa (art. 1969 c.c.) Excepto art. 1986 c.c.
Cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad	de	(art. 1328 c.c.) Son nulas por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien este se vale. Aún aquellas por culpa leve son nulas si violan obligaciones derivadas de normas de orden público	(art. 1986 c.c.) Son nulas por dolo o culpa inexcusable
Relación causalidad	de	Causa próxima "consecuencia inmediata y directa" (art. 1321 c.c.)	Causa adecuada (art. 1985 c.c.)
Carga de prueba	de la	Dañado debe probar dolo o culpa inexcusable (art. 1330 c.c.) Se presume la culpa leve (1329 c.c.)	Se presume el dolo (sic) y la culpa (art. 1969 c.c.) El descargo corresponde al dañante.
Intervención de terceros	de	El deudor responde de los actos dolosos o culposos del tercero del cual se vale. Salvo pacto	Se establece la responsabilidad solidaria entre el principal y el que actúa

	en contrario (art. 1325 c.c.)	bajo sus órdenes (art. 1981 c.c.)
Daños resarcibles	Daño emergente, lucro cesante (art. 1321 c.c.) y daño moral (art. 1322 c.c.)	Las consecuencias que deriven (daño emergente), lucro cesante, daño a la persona y daño moral (art. 1985 c.c.)
Prescripción	10 años (art. 2001, inc. 1)	2 años (art. 2001, inc. 4)

Nota: Tabla extraída de Espinoza Espinoza, 2019, pp. 88 – 89.

En su contenido legal, la responsabilidad civil contractual (antijuridicidad típica) se extrae del artículo 1321 del Código Civil, cuyo tenor literal prescribe:

Artículo 1321.- Indemnización por dolo, culpa leve e inexcusable

Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.

Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.

Mientras que, la responsabilidad civil extracontractual (antijuridicidad típica y atípica), como describe Taboada Córdova (2003), fluye de los artículos 1969 y 1970 *eiusdem*:

Artículo 1969.- Indemnización por daño moroso y culposo

Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

Artículo 1970.- Responsabilidad por riesgo

Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo

2.5.1. La imputabilidad

Referida, según las consideraciones de Espinoza Espinoza (2019), a la capacidad del sujeto para hacerse responsable civilmente por los daños que ocasiona. Siendo así, estima el autor que, en el Perú, aquella capacidad se adquiere cuando el agente tenga discernimiento, según lo descrito en el artículo 458 del Código Civil; debiendo aclarar que puede constituirse un supuesto de responsabilidad sin culpa (responsabilidad objetiva) en el que serán llamados los representantes legales del sujeto que, careciendo de capacidad de imputación, ocasionó el daño; empero no se podría hablar de responsabilidad sin capacidad de imputación.

2.5.2. La antijuridicidad

Orientada a la constatación de que el daño no está permitido por el Derecho (Espinoza Espinoza, 2019, p. 137).

Una conducta se considera como antijurídica, no únicamente cuando contravenga una norma de carácter prohibitivo, sino que se considera como tal a dicha acción que contraviene al sistema jurídico en su totalidad, afectando no solo normas, sino también valores y principios (Taboada Córdova, 2003, p. 32); en ese mismo sentido se pronuncia Espinoza Espinoza (2019), al afirmar que el concepto de “licitud” no es equiparable al de “legalidad”.

De lo anotado se evidencia, como establece Taboada Córdova (2003), que para considerar una conducta como antijurídica en la responsabilidad civil extracontractual, no es necesario determinar la tipicidad de esta, en tanto puede darse el supuesto de una conducta atípica (respecto a una norma taxativa), que, por el contrario, vulnere principios sobre los que se inspira el sistema jurídico. No obstante, la tipicidad sí es exigible ante un hecho que se considere generador de responsabilidad civil de carácter contractual (pp. 31 – 33).

Por su parte, Espinoza Espinoza (2019), refiere que lo antijurídico se refiere a lo que contraviene al Derecho respecto a la responsabilidad

penal y a la responsabilidad civil; mientras que, en el ámbito del acto jurídico, lo jurídico es aquello que produce efectos jurídicos. Situación que, desde lo postulado, tanto el delito, como el supuesto de responsabilidad civil serían “jurídicos”, en cuanto productores de efectos jurídicos.

2.5.3. El daño causado

Este se constituye como un elemento principal de la responsabilidad civil (contractual y extracontractual), según comenta Taboada Córdova (2003); pues la regla principal es que, si no hay daño, entonces no hay motivo para reparar. En ese mismo sentido se pronuncia Espinoza Espinoza (2019), al considerar que el daño comprende las consecuencias negativas provenientes de la lesión al bien jurídicamente protegido (137).

El daño es la lesión a cualquier derecho subjetivo que se constituye como interés jurídico valioso para el desenvolvimiento y relacionamiento subjetivo, o en palabras de Taboada Córdova (2003), “el daño es todo menoscabo al interés de los individuos en su vida de relación social, que el Derecho ha considerado merecedor de tutela legal” (p. 34). En consecuencia, según explica el autor, el daño puede ser patrimonial o extrapatrimonial.

Espinoza Espinoza (2019), a su turno, expone que el daño en la responsabilidad civil, contractual o extracontractual, se define como la pérdida que ocasiona perjuicios a las víctimas, situación que merece una reacción jurídica, esto es, el resarcimiento del daño (p. 429).

Desde una perspectiva ampliamente didáctica, Fernández Cruz (2019) describe la definición de “daño” y especifica los requisitos que este debe presentar para ser resarcido. Así pues, se señala que el daño se constituye como uno de los elementos nucleares de la responsabilidad civil, pudiendo definirse como detrimento, menoscabo, perjuicio o lesión; es decir, al detrimento o lesión que experimenta un individuo, persona o

ente en su integridad, derechos de la personalidad o en su patrimonio (p. 63).

Pues bien, no cualquier daño puede – debe – ser resarcido mediante la aplicación de la institución de la responsabilidad civil, en efecto, Fernández Cruz (2019) sostiene que es necesario que aquel daño cumpla con requisitos o características a saber: (i) certeza, (ii) subsistencia, (iii) especialidad; y, (iv) injusticia.

El daño debe ser cierto, referida tanto a su certeza fáctica (referida a la constatación de que el daño, como evento o suceso, efectivamente se ha producido cuya reparación debe darse mediante un análisis *post facto*) como a su certeza lógica (el daño debe ser consecuencia lógica y necesaria del evento que lo ha producido, comprobándose al estudiar la relación de causalidad). Sin embargo, la certeza del daño, según explica Fernández Cruz (2019), depende del tipo de daño al que se refiere, por ejemplo, en el daño emergente se verifica una exigencia de acreditar la utilidad preexistente y su pérdida (prueba histórica); mientras que, en el lucro cesante se debe acreditar que en el curso lógico y cotidiano de los hechos, producto del daño, se impide la percepción de determinadas ganancias (reclama certeza lógica: la certeza no está referida a la falta de ganancia *per se*, sino a los presupuestos necesarios a fin de que tal lucro se produzca) (pp. 64 - 67).

En el daño debe subsistir. Esto quiere decir, que se excluyen los supuestos en los que el daño ya ha sido previamente reparado. Sin embargo, comenta el autor, que pueden ocasionarse modificaciones intrínsecas (circunstancias personales de la víctima que agravan el perjuicio, como una persona hemofílica atropellada) y extrínsecas (situaciones que lo agravan, pero por razones ajenas a la víctima, como la devaluación monetaria) del daño; ante estas circunstancias, enuncia Fernández Cruz (2019), debe analizarse la certeza fáctica y la certeza lógica (pp. 72- 74).

La especialidad del daño. Sobre el particular, Fernández Cruz (2019) añade que se refiere a la necesidad de individualización de la víctima

(categoría aplicada tanto a nivel diádico y nivel sistémico) como sujeto individual o plural. Finalmente, la injusticia del daño, que se configura en el elemento selector de los intereses protegidos por la tutela resarcitoria; que puede estar sustentada en un reconocimiento taxativo o en los supuestos de irresponsabilidad del artículo 1971 del Código Civil (pp. 78 - 79).

Finalmente, Taboada Córdova (2003) recalca las tradicionales categorías del daño: patrimonial y extrapatrimonial. La primera, que contiene al daño emergente y lucro secante, mientras que la segunda abarca el daño moral y daño a la persona; categorías estudiadas posteriormente.

2.5.4. Relación de causalidad

Referido al vínculo entre el evento lesivo y el daño ocasionado (Espinoza Espinoza, 2019, p. 137).

Si no existe una relación jurídica de causa – efecto entre la conducta antijurídica y el daño producido, no configura, en ninguna circunstancia, responsabilidad civil. Siendo así, respecto a la responsabilidad extracontractual el artículo 1985 consagra la teoría de la causa adecuada; mientras que en el artículo 1321 contempla la teoría de la causa inmediata y directa; no obstante, pragmáticamente, la aplicación de las dos teorías lleva, a aun mismo resultado: en ambas responsabilidades se aplica la figura de la concausa y de la fractura causal (Taboada Córdova, 2003, p. 35).

A mayor abundamiento, Espinoza Espinoza (2019) afirma que la relación causalidad no se agota en una mera relación naturalista entre la causa y las posteriores consecuencias, sino que “se debe conducir y resolver, en los términos de un juicio idóneo a expresar la carga de los valores ínsita en la afirmación de responsabilidad” (Espinoza Espinoza, 2019, p. 343). Siendo así, el objeto del nexo causal tiene doble relevancia, a saber:

Tabla 25

Relevancia del nexo causal según Espinoza Espinoza (2019)

Para el evento lesivo (causalidad fáctica)	Se realiza la reconstrucción del evento a los efectos de imputación de la responsabilidad
Para el daño resarcible (causalidad jurídica)	Identifican las consecuencias dañosas que el agente responsabilizado debe resarcir.

Nota: Elaboración propia.

Distinguiendo,

Tabla 26

Diferencia de causa, condición y ocasión según Espinoza Espinoza (2019)

Causa	Produce el efecto.
Condición	No produce el efecto, empero permite o descarta un obstáculo.
Ocasión	Únicamente favorece la operatividad de la causa.
Concausa	Referida a una causa concurrente con otra, las dos destinadas a producir el efecto dañino

Nota: Elaboración propia.

2.5.5. Factores de atribución

Los factores de atribución, finalmente, determinan la presencia de responsabilidad civil. En la responsabilidad civil contractual, según explica Taboada Córdova (2003) el factor de atribución es la culpa (que a su vez se clasifica en: culpa leve, culpa grave o inexcusable y dolo); mientras que, en la responsabilidad extracontractual, se puede hablar de culpa y del riesgo creado; reconocidos en los artículos 1969 y 1970 del Código Civil (pp. 36 – 37).

En este elemento vale realizarse la pregunta: ¿a título de qué se es responsable? De ahí que el factor de atribución está referido al supuesto justificante de la atribución de la responsabilidad al sujeto imputable (Espinoza Espinoza, 2019, p. 137).

Con un análisis más pormenorizado, Espinoza Espinoza (2019) refiere que hay factores de subjetivos como la culpa y el dolo y otros objetivos, como el hecho de efectuar actividades que el Derecho considere meramente objetivas, como el abuso del derecho y la equidad (p. 261).

Específicamente, Espinoza Espinoza (2019) describe que se denomina “culpa” a la contravención o ruptura de un *standard* de conducta. Sobre el particular se identifica la tipología de: (i) culpa objetiva, (ii) culpa subjetiva, (iii) culpa omisiva, (iv) culpa grave, (v) culpa leve, (vi) culpa levísima y (vii) culpa profesional o técnica, que para efectos didácticos se esquematiza a continuación:

Tabla 27

Tipos de culpa según Espinoza Espinoza (2019)

Tipo de culpa	Definición
Culpa objetiva	Generada por violación de las leyes (<i>culpa in abstracto</i>). Es distinta a la responsabilidad objetiva. V.gr. art. 961 C.C
Culpa subjetiva	Se basa en características personales del agente (<i>culpa in concreto</i>). V.gr. art. 1314 CC. Se distingue: Imprudencia, en donde el agente hace más de lo debido. Negligencia, en donde el agente hace menos de lo que debe.
Culpa omisiva	Para que el agente sea responsable por una omisión, previamente debe existir la norma que lo obligue a actuar de una manera determinada.
Culpa grave	Referida al uso de la diligencia que es propia de la absoluta mayoría de los hombres.
Culpa leve	Es el no uso de la diligencia propia de las personas de capacidad media. V.gr. art. 1320 CC.
Culpa levísima	Cuando no se usa la diligencia propia de las personas excepcionalmente prudentes y cautas.
Culpa profesional o técnica	Referida a una cualidad especial en el agente. V. gr. art. 1762 CC.

Nota: Elaboración propia.

A su vez, hablamos de dolo, según Espinoza Espinoza (2019), centrándose en el artículo 1318 del Código Civil, cuando surge en el sujeto la voluntad de causar el daño, identificado:

Tabla 28

Tipos de dolo según Espinoza Espinoza (2019)

Tipo de dolo	Definición
Dolo directo	Cuando el agente actúa para provocar el daño.
Dolo eventual	El agente no se obra para dañar, sino que actúa, aunque se represente la posibilidad de un resultado dañoso, que no descarta.

Nota: Elaboración propia.

Por otra parte, añade Espinoza Espinoza (2019), que, dentro de los fundamentos de los factores de atribución o responsabilidad objetiva, se advierten:

Tabla 29

Fundamentos de la responsabilidad objetiva según Espinoza Espinoza (2019)

Situaciones de riesgo	Artículo 1970 del CC.
Situaciones de ventaja	Si el agente provoca una situación con un resultado favorable o beneficio, debe responder por los daños que se ocasionen producto de aquella situación. Artículo 1981 CC.
Situaciones legales individualizadas por el ordenamiento jurídico	Artículo 1987 del CC., artículo 29 de la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, Ley N.º 27181.

Nota: Elaboración propia.

2.6. Funciones de la responsabilidad civil

Espinoza Espinoza (2019), centrándose en la doctrina italiana, enuncia que tradicionalmente se identifican las funciones de reacción en contra del acto antijurídico dañino, con la finalidad de resarcir a los dañados, reproducir el *status quo* de la víctima antes de ocasionarse el perjuicio, confirmar el poder sancionatorio del Estado y la disuasión a terceros que intenten cometer actos que dañen a terceros; agregando, además dos actuales funciones: la distribución de las pérdidas y la asignación de costos. Siendo así, afirma Espinoza Espinoza (2019) que la responsabilidad civil de orden extracontractual tiene finalidades compensatorias (comprendiendo la difusión de pérdidas, distribución de

la riqueza) y objetivos de desincentivación (en tanto busca minimizar la suma de los costos de los daños y de los costos de las precauciones colectivas (específicas) y generales (de mercado).

Así, agrega Espinoza Espinoza (2019), que, desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, la función principal de la institución de responsabilidad civil está destinada a reducir “la suma de los costes de los accidentes y de los costes de evitarlos” (p. 71). Afirma el autor que los costos se diferencian entre costos primarios (asumidos con el objeto de reducir las cifras y gravedad de los accidentes), costos secundarios (costos sociales) y costos terciarios (referido a los costos administrativos).

Adicionalmente, Fernández Cruz (2019, pp. 24- 28) se ocupa de las funciones de la responsabilidad civil, señalando una diádica (intersubjetivo) y otra sistémica (macroeconómico).

Respecto a las funciones sistémicas de la responsabilidad civil, el autor las clasifica: (i) función de incentivación y desincentivación de actividades y (ii) la función de prevención general. Sobre la primera, Fernández Cruz (2019) sostiene que se orienta a proteger actividades en tanto su ejecución o desarrollo revisten interés social, en tanto esta se beneficia o se orienta a desincentivar actividades *pro-sociedad*. Sobre la segunda, el autor comenta que tendrá finalidad preventiva general cuando la decisión de trasladar el coste del daño de la víctima al responsable está sujeto a un análisis de las capacidades de prevención de los sujetos involucrados en la comisión del daño, asignando la responsabilidad al sujeto que, a pesar de estar en mejor posición de prevenir el daño, no lo hizo (pp. 34 - 35).

Sobre el nivel diádico, agrega que la responsabilidad civil en el nivel fisiológica (fase de cumplimiento) del deber patrimonial, se divide: (i) función de equivalencia y (ii) función satisfactoria; en la etapa patológica (fase de incumplimiento) de un deber jurídico de contenido o no patrimonial, se clasifica en: (i) función satisfactoria, (ii) función de equivalencia y (iii) función distributiva; esquematizado a continuación:

Tabla 30

Funciones de la Responsabilidad Civil en la etapa fisiológica y en la fase patológica según Fernández Cruz (2019)

Etapas	Función	Contenido
Nivel fisiológico	función de equivalencia	Sometimiento del patrimonio equivalente a la utilidad que se satisface.
	función satisfactoria	Satisface a la contraparte
Nivel patológico	función satisfactoria o resarcitoria	Resarcir el daño causado y el interés de la víctima, por: La forma en que se afecta la utilidad
		Finalidad compensatoria ⁸
		Finalidad moratoria ⁹
		Por la naturaleza del ente
		Daño patrimonial
	función de equivalencia	Se afecta el patrimonio del llamado a responder equivalente a la afectación del interés de la víctima
	función distributiva	El traspaso del peso del daño económico del daño de la víctima al responsable aplicando “criterios de imputación” no arbitrariamente.
		Daño extrapatrimonial

Nota: Elaboración propia.

2.7. La responsabilidad civil patrimonial

Referido a la lesión de naturaleza económica, la cual se subdivide en:

2.7.1. Daño emergente

Espinoza Espinoza (2019) sobre el particular, menciona que está referida a la disminución de la esfera patrimonial de la víctima, específicamente, se define como la pérdida patrimonial sobreviniente del afectado por el incumplimiento de un contrato con una prestación a la cual tenía derecho (responsabilidad civil contractual) o por haber sido perjudicado por un hecho ilícito (responsabilidad civil extracontractual) (p. 431).

⁸ Daño compensatorio

⁹ Daño moratorio

2.7.2. Lucro cesante

El lucro cesante, en oposición al daño emergente, se orienta al no incremento del patrimonio del agente dañado, debido a un incumplimiento contractual o por un hecho antijurídico (Espinoza Espinoza, 2019, p. 432).

2.8. La responsabilidad civil extrapatrimonial

Antiguamente, según manifiesta Espinoza Espinoza (2019), la responsabilidad civil extrapatrimonial (entendida como sinónimo de daño moral) estaba referida a la lesión a la persona en sí misma, al tener connotación espiritual, psicológica e inmaterial. En el vigente Ordenamiento Jurídico peruano, continúa el autor, la categoría de daño extrapatrimonial contiene tanto el daño a la persona como el daño moral. El primer de ellos, se define como la lesión a los derechos existenciales o no patrimoniales de las personas; mientras que el segundo vocablo, es definido como sentimientos de angustia, los sufrimientos físicos o psíquicos, entre otros; aquellos sentimientos efímeros son experimentados por la víctima (p.433).

2.8.1. El daño moral y el daño a la persona desde las consideraciones de Espinoza Espinoza

En efecto, los dogmáticos no muestran consenso sobre el significado de los términos “daño a la persona” y “daño moral”; posicionando Espinoza Espinoza (2019), que ambas categorías son idénticas en cuanto a su contenido extrapatrimonial, empero son diferentes. En efecto, señala el autor que el “daño a la persona” (el cual debería denominarse como “daño subjetivo”) está referido a la lesión a los derechos de carácter no patrimoniales de una persona, llámese natural o jurídica. Por su lado, estima que el “daño moral”, en estricto, está relacionado con la aflicción, sufrimiento, pena o dolor (pp. 439 - 440).

Sin embargo, Espinoza Espinoza (2019) responde afirmativamente a la pregunta de si es posible que, en el Ordenamiento Jurídico peruano, se prescinda del término “daño a la persona” y se la subsuma en el vocablo

“daño moral”, no obstante, opina Espinoza Espinoza que se debería mantener la diferenciación sobre la base de dos argumentos: (i) El Perú no solo reconoce la figura de “daño a la persona” en el Código Civil, sino que también lo hace mediante el artículo 103 del Código de Protección y Defensa del Consumidor y en el Decreto Legislativo N.º 1029; y (ii) que la jurisprudencia no desconoce la vigencia de la categoría “daño a la persona” aplicándola y estableciendo su reparación (pp. 446 – 447).

2.8.2. El daño moral y el daño a la persona desde las consideraciones de Taboada Córdova

Taboada Córdova (2013) siguiendo la tradicional clasificación de los tipos de daño (patrimonial y extrapatrimonial) para determinar la responsabilidad civil, define al daño patrimonial como la vulneración a derechos de naturaleza patrimonial; mientras que los daños extrapatrimoniales, están referidos a la vulneración de derechos subjetivos considerados como tal, como la lesión a la integridad física y psicológica del individuo, y el daño a su proyecto de vida (p. 73).

Conforme con la doctrina mayoritaria, el autor simpatiza en que el daño patrimonial se clasifica en daño emergente y lucro cesante. Por su parte, respecto al daño extrapatrimonial, tiene dicho que se diferencia, según el Código Civil y el plexo del vigente Código Civil, en daño moral y daño a la persona.

Sobre el particular, el autor defiende la posición de la imposibilidad de suprimir el vocablo “daño moral” para subsumirlo en el vocablo “daño a la persona” (p. 82), considerando que, como se estableció previamente, el primero hace referencia a la lesión de los sentimientos del sujeto que la sufre, produciéndole un gran dolor, aflicción o sufrimiento; mientras que el daño a la persona se ocasiona cuando se lesiona la integridad física, psicológica y el proyecto de vida (pp. 75-81).

Siendo así, Taboada Córdova (2005), sobre el particular, postula que este daño, “(...) no se agota jurídicamente en los sentimientos por los miembros de la familia, sino también en cualquier otro sentimiento

considerado digno y legítimo, como podría ser el caso de un ahijado, de una novia, de un padrino de nacimiento, etc.” (p. 66).

2.8.3. El daño moral y el daño a la persona desde las consideraciones de Fernández Cruz

Fernández Cruz (2023), en su oportunidad, en una de sus recientes obras denominada “El daño no patrimonial y el daño moral”, postula generalmente que el “daño a la persona” contiene al vocablo “daño moral”, ello en razón del análisis de las legislaciones fuentes del Código Civil peruano, como el sistema italiano, alemán y francés. Así, el autor define al daño moral como el daño que lesiona la psiquis y los sentimientos de la persona humana como sujeto de derecho, reflejándose en un padecimiento y dolor espiritual que tienen la cualidad de no ser permanentes (afecta la faz interior del sujeto); siendo que (i) no es valuable pero sí estimable; y (ii) es normalmente un reputado como un daño *in re ipsa*.

En efecto, el autor señala que después de varias décadas de la entrada en vigor del Código Civil peruano, y su innovador “daño a la persona”, es necesario cuestionar su contenido pensado primigeniamente en la realidad italiana, incorporada como una figura de “contrabando” veintiún días antes de la promulgación del Código. Situación que, en efecto, ha llevado a que, por años, la doctrina y la jurisprudencia peruana haya transitado “a ciegas” en el entendimiento de los vocablos “daño moral” y “daño a la persona”, en su diferenciación y su aplicación en la realidad peruana (Fernández Cruz, 2023, p. 17).

Históricamente, tomando como base al Código Civil alemán y la codificación italiana, clasifica la discusión sobre el daño no patrimonial, en tres etapas que el profesor Fernández Cruz (2023), tomando las consideraciones de Franzoni Massimo (2004), brevemente explica. La primera, referida al artículo 2059 del Código Civil italiano (sobre el daño no patrimonial) y al 2043 del *Codice* (daño patrimonial); siendo el daño no patrimonial resarcido mediante una reserva de ley, inspirada en la

codificación alemana (en donde el daño moral debe ser resarcido solo en los casos establecidos por la ley), bajo la denominación de “daño moral”; entendida este último, como el *pretium doloris* (anclado al artículo 185 del Código Penal italiano), es decir, aquel que afecta a la esfera psíquica, personal e íntima del sujeto.

Por su parte, la segunda etapa está orientada a determinar el contenido conceptual del “daño moral” y en el surgimiento de otros vocablos que exceden a dicho concepto, como el “daño biológico” o “daño a la salud”; adicionando otros, cítese por ejemplo el daño a la vida en relación, daño sexual, daño por lesión estética, daño por estrés, etc.

En ese contexto, dicha categoría ve interrumpido su resarcimiento, puesto que, como se dijo, el artículo 2059 se refiere únicamente al daño moral con reserva de ley. La solución, en términos de Fernández Cruz (2023), fue la desmesurada aplicación del artículo 2043 (daño patrimonial), creando, con tal objeto, la categoría conceptual –no normativa- omnicomprendensiva del “daño a la persona”.

Finalmente, la tercera etapa, a partir del año 2003 y dados los alcances del Constitucionalismo, se postula que la reserva de ley debe entenderse como una de rango constitucional, específicamente, con el artículo 32 de la Constitución italiana, referida al derecho a la salud como derecho fundamental; ergo, el daño a la salud debe ser resarcido ahora sobre la base del artículo 2059 (daño no patrimonial), y no por el artículo 2043 (daño patrimonial). Con base histórica francesa y de influencia germana, el ordenamiento jurídico peruano, incorpora la categoría de “daño a la persona”, junto con el de “daño moral”, por lo que de la lectura del artículo 1985 del Código Civil peruano, se concluye que el legislador, lejos de otorgar el status de categoría conceptual como la ascendencia italiana, lo acoge como concepto normativo. La interpretación no es errada, pues en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano (2019)¹⁰, se

¹⁰ 2 considerando que la redacción del artículo 1984 del Código Civil, deber ser: Artículo 1984.- Daño indemnizable 1. El daño puede consistir en una afectación patrimonial o extrapatrimonial. 2. El daño a la persona y el daño moral son indemnizados considerando su magnitud y el menoscabo producido a la

reconoce al daño a la persona y al daño moral como voces de daño que son, distintamente, manifestaciones del daño evento. En términos semejantes, lo expresa el Primer Pleno Casatorio Civil (2007)¹¹.

Aquella tarea interpretativa también subsiste, sin lugar a duda, en la discusión de los juristas peruanos.

Analizando diversos pronunciamientos de la Corte Suprema peruana (cítese, entre otras, la Casación N.º 131 – 2018 Lima, Casación Laboral N.º 2847 – 2016 Pasco, Casación N.º 3716 – 2015 Lambayeque, Casación N.º 4393 – 2013 La Libertad, Casación N.º 5677 – 2017 Lambayeque, Casación N.º 4716 – 2016 Lima y Casación N.º 2890 – 2013 Ica), Fernández Cruz (2023), sobre el daño moral, establece que “(...) la jurisprudencia peruana ha sido un poco oscilante entre la afirmación de la no necesidad de su probanza versus la necesidad de su probanza a través de la prueba indirecta de los indicios y presunciones” (pp. 135 - 144).

Por último, Fernández Cruz (2023) con su reconocida solvencia intelectual, considera que tanto el daño a la persona como el daño moral, están referidos a la persona humana, razón por la cual, ensaya la incorporación de una categoría denominada “daño no patrimonial residual” (p. 45), argumentando, que sería aquel que afecta a todos los sujetos de derecho diversos a la persona humana reconocidos como tales en el Ordenamiento Jurídico peruano, como el concebido, y, por supuesto, la persona jurídica.

2.8.4. El daño moral y el daño a la persona desde las consideraciones de Fernández Sessarego

El jurista peruano Fernández Sessarego (2015), a su turno, explica que el daño subjetivo, denominado daño a la persona, y el daño objetivo, refiriéndose al daño de cosas, generan consecuencias de índole patrimonial como extrapatrimonial. Siendo así, el autor enuncia que el ser

víctima o a su familia, según las circunstancias del caso. 3. Las consecuencias económicas negativas derivadas de la afectación pueden ser valiables o estimables, temporales o permanentes.

¹¹ Pronunciamiento en el que se señala, por ejemplo, que en el derecho peruano los daños pueden ser “patrimoniales” (daño emergente y lucro cesante) o “extrapatrimoniales” (daño moral y daño a la persona)

humano representa una unidad psicosomática (soma y *psiqué*), razón por la cual, el denominado “daño a la persona” comprende, por un lado, los perjuicios psicosomáticos; y por otro, los perjuicios a la libertad (o el “daño al proyecto de vida”) (p. 265).

Asimismo, afirma Fernández Sessarego (2015), que el “daño moral” es una modalidad del denominado “daño a la persona”, pues aquella injiere, generalmente de carácter no patológico, en la unidad psicosomática de la persona, esto es, en la esfera psíquico-emocional (p. 266).

En suma, el autor señala que el daño moral ostenta raigambre de carácter psicológico que no llega a constituir una psicopatía, aunque podría configurarse si es que el dolor, en un eventual caso, es persistente, intenso y depresivo. (Fernández Sessarego, 2015, p. 269).

Por otro lado, Fernández Sessarego (2002, p. 37), justificando la incorporación del “daño a la persona”, señala:

No fue tarea fácil que se aceptase en el Perú de la primera mitad de la década de los años ochenta los alcances del novedoso concepto “daño a la persona”. La formación cerradamente individualista-patrimonialista a la que habíamos sido sometidos los juristas peruanos impedía la rápida y fácil comprensión de la trascendencia y de la necesidad de proteger al ser humano de todo daño, tal como hasta ese momento sucedía en relación con las consecuencias de daños a las cosas. La aceptación de la figura del daño a la persona suponía sustituir la concepción individualista-patrimonialista por una concepción humanista del derecho. Esta situación, actualmente en trance de ser superada, fue la que motivó que, en un primer momento, juristas como León Barandiarán, que se ocupaba de la responsabilidad civil, manifestaran su perplejidad frente a la noción de daño a la persona. Ello es del todo explicable, ya que hasta ese momento ningún jurista en el Perú se había referido a los alcances del concepto de daño a la persona, como tampoco había ocurrido hasta aquel entonces en muchos otros países del mundo y, hasta donde estamos informados, en ninguno otro de Latinoamérica. En realidad, por aquellos años empezaba a tratarse la materia en algunos pocos países de Europa.

2.8.5. El daño moral y el daño a la persona desde las consideraciones de Leysser León

Desde una mirada histórica, Leysser León (2017), sostiene que el vocablo de daño moral tuvo una doble dimensión: (i) en sentido estricto, el daño moral es un daño que no recae en alguna cosa material del sujeto que experimenta el perjuicio, esto es, que afecta su semblanza interior; (ii) en sentido *lato*, afirma que este daño es todo aquel causado injustamente, que no afecte ni disminuya su patrimonio, empero puede recaer sobre cosas materiales propias del individuo, como la integridad corporal y la salud física (p. 350).

Así, afirma Leysser León (2017), que el “daño a la persona” (ascendencia italiana) no debe ser comprendido como una categoría referencial, en tanto queda comprendida en la conceptualización de “daño biológico” (o a la salud). Siendo que este tipo de daño encuentra su génesis en la jurisprudencia a causa de la limitación de la reparación del “daño no patrimonial” en el artículo 2059 del Código Civil italiano. Siendo así, enuncia el autor que el vocablo “daño a la persona” no es más que una locución que identifica el daño a la integridad psicofísica. En consecuencia, el autor señala que, si bien el “daño a la persona” existe en el ordenamiento italiano, este llega a ser homogéneo al “daño biológico”, contenido dentro de la categoría de “daño no patrimonial” (p. 363).

Así pues, Leysser León (2017) concluye que, en el Derecho peruano, el daño moral comprende las consecuencias del evento dañoso que, por sus peculiaridades características, por su ligazón con la individualidad de la víctima, no sean traducibles directamente en dinero, incluida la lesión de los derechos fundamentales, razón por la cual, según explica, no es apropiado considerar que el daño moral es un tipo de daño a la persona; siendo más bien que el daño moral comprende al daño a la persona, a los derechos de la personalidad, además de los padecimientos anímicos (pp. 427- 429).

2.9. La determinación del daño extrapatrimonial en los delitos contra la administración pública

El Título VI, del Libro Primero del Código Penal peruano, prevé la reparación civil y las consecuencias accesorias derivadas de un acto delictivo, señalando el artículo 92 que la reparación civil se determina juntamente con la pena y es un derecho de la víctima que debe efectivizarse durante el tiempo que dure la condena, comprendiendo, según el artículo 93, la restitución del bien o su valor, así como una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados (función restitutoria).

De hecho, San Martín Castro (2020), sostiene que existe una acumulación heterogénea de acciones, toda vez que las pretensiones que se deducirán ostentan diferente naturaleza, ello en la medida que una misma conducta típica, genera responsabilidad civil y penal al mismo tiempo, razón por la cual, el fundamento de esta acumulación, básicamente, se sustentaría en la economía procesal, en la necesidad de evitar pronunciamientos contradictorios por la ruptura de la continencia de la causa y en la pronta reparación del perjudicado por el hecho delictivo (p. 274).

Precisamente, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley N.º 27785, dentro de la novena disposición final, define a la responsabilidad civil, como aquella de carácter contractual y solidaria, en la que incurren los servidores y funcionarios públicos, quienes, en el ejercicio de sus funciones, sea por acción u omisión, hayan ocasionado un daño económico al Estado.

A mayor abundamiento, el Acuerdo Plenario N.º 6 - 2006/CJ116, prevé que la responsabilidad civil, comprende elementos diferentes al de la sanción penal, en tanto existen notas propias, finalidades y criterios de imputación distintos entre responsabilidad civil y responsabilidad penal, aun cuando parten de un presupuesto común: el acto ilícito causado por una conducta antijurídica. Así, se tiene que el fundamento de la responsabilidad civil, que origina la obligación de reparar, es la existencia

de un daño civil causado por un ilícito penal, el que no puede identificarse con 'ofensa penal', lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido, cuya base se encuentra en la culpabilidad del agente, la causa inmediata de la responsabilidad penal y la civil *ex delicto*, infracción/daño, es distinta; el resultado dañoso y el objeto sobre el que recae la lesión son distintos (Fundamento 7).

Dogmáticamente, Gálvez Villegas (2001), al comentar sobre la responsabilidad civil dirigida al agente del delito, indica que, a través de la imputación de la responsabilidad civil, se impone al responsable la obligación de reparar el daño y simultáneamente se reconoce al titular del bien jurídico afectado, el derecho a obtener una debida reparación (p. 254). Análogamente, Rojas Vargas (2006), con su reconocido sentido crítico, estima que en los delitos contra la administración pública, se lesiona o se pone en peligro un conjunto de valores, cítese, el patrimonio del Estado, la regularidad y desenvolvimiento habitual de la administración, el prestigio y la dignidad de la función, la probidad en el desempeño funcional, la objetividad e imparcialidad en los procedimientos y decisiones; intereses que el Estado ha considerado valiosos y que constituyen las condiciones idóneas y mínimas de funcionamiento del sistema de la administración pública para el logro de los fines del Estado.

Ahora bien, Espinoza Espinoza (2014), analizando diversas decisiones judiciales, establece que el Estado, al constituirse como parte civil ante delitos en contra de la administración pública, requiere el *quantum* indemnizatorio basándose en los conceptos y tipos de daños, vale decir, daño emergente, lucro cesante y daño a la persona. Dando mayor abundamiento, el autor refiere que:

La responsabilidad derivada de los delitos de corrupción en agravio del Estado, implica - a nivel no patrimonial- un daño a la persona, concretamente: una lesión a su derecho a la identidad. En efecto, lo que el funcionario público lesiona es la institucionalidad, entendida como un atributo básico del Estado de Derecho, en el cual sus órganos y representantes, tienen el imperativo de actuar en pos del bien común, aplicando las normas imparcialmente y sirviendo a los ciudadanos.

León Vidal (2015), por su parte, relaciona, tanto al daño no patrimonial y a su identificación, con una afectación a los “derechos” de la entidad, sea a su identidad *per se*, a su imagen o a su honor (p. 18).

Como se ve, la doctrina y la casuística incorpora el *quantum* indemnizatorio por concepto de Daño extrapatrimonial en delitos Contra la Administración Pública, aplicando la categoría de daño a la persona (debe entenderse daño a la persona jurídica), así, “la responsabilidad civil derivada de los delitos de corrupción en agravio del Estado, implica -a nivel no patrimonial- un daño a la persona, concretamente: una lesión a su derecho a la identidad” (Espinoza Espinoza, 2014).

Añádase, inclusive, la reciente investigación que a nivel local encontramos, en la cual, tomando como suya la definición que Kelsen otorga a “persona”, León Aguilar (2021) considera que la persona jurídica goza del derecho al honor.

Pues bien, jurisprudencialmente, la Casación N.º 189-2019 Lima Norte, establece diversos criterios de cuantificación del daño extrapatrimonial tanto objetivos, como subjetivos, cítese, por ejemplo: (i) la gravedad del hecho ilícito, (ii) las circunstancias de la comisión de la conducta antijurídica, (iii) el aprovechamiento obtenido por los sujetos responsables, (iv) el nivel de difusión pública del hecho ilícito, (v) la afectación o impacto social del hecho ilícito, (vi) la naturaleza y el rol funcional de la entidad pública perjudicada, (vii) el alcance competencial de la entidad pública perjudicada; y, (viii) el cargo o posición de los funcionarios públicos. Considerando como justificación, que, en los delitos funcionariales, no solo se afecta el patrimonio del Estado sino también otros bienes jurídicos que trascienden lo material o económico, pues se trata de delitos idóneos para causar no solo un daño patrimonial sino también extrapatrimonial (reputación, prestigio, imagen institucional, credibilidad, entre otros).

En efecto, el último criterio encuentra mayor sentido dadas las normas previstas en la Ley N.º 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública, cuyos artículos 6 y 7, prevén el principio de probidad y el deber

de responsabilidad; obligando al funcionario actuar con rectitud, honradez y honestidad, procurando satisfacer el interés general y desechando todo provecho o ventaja personal, obtenido por sí o por interpósita persona.

Adicionalmente, en el año 2018 el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos a través de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción, estructuró la primera edición del “Manual de criterios para la determinación del monto de la reparación civil en los delitos de corrupción”, en el que se considera que la misma debe obedecer a criterios de cuantización vinculados a la naturaleza de la persona jurídica, clasificándolos en criterios objetivos, subjetivos y sociales. Dentro de los primeros, tomando en cuenta las características materiales y consustanciales del delito, se refiere a: (i) la gravedad del ilícito cometido, (ii) la modalidad de su realización, (iii) la eventual reiteración; y, (iv) la medida de la ventaja conseguida por el dependiente infiel, la entidad de las sumas indebidamente percibidas. Por otro lado, dentro de los criterios subjetivos, se identifica como tal, la posición del funcionario en el Estado y su capacidad de representación. Finalmente, debe valorarse la naturaleza social de la función que fue materia del delito y la difusión del impacto (pp. 39 - 41). Desarrollemos, brevemente, cada uno de ellos.

Tabla 31

Manual de criterios para la determinación del monto de la reparación civil en los delitos de corrupción

Criterio general	Criterio específico	Alcance
Criterios objetivos	Gravedad del ilícito	Que considera el bien jurídico lesionado y el grado de culpabilidad del sindicado como responsable.
	Modalidad de la realización	Es un criterio referencial, mas no vinculante. Está relacionado con la modalidad delictiva del agente y la dimensión del castigo penal impuesto.
	Reincidencia	
	Ventaja conseguida por el funcionario	Referido al cálculo costo beneficio desarrollado por el agente al momento de perpetrar el ilícito. Este criterio busca

		que al final del proceso, el responsable no haya obtenido ningún beneficio de su actividad y, por el contrario, asuma una responsabilidad igual o mayor a la ventaja que quiso obtener.
Criterios subjetivos	Posición del funcionario en el Estado y su capacidad de representación.	se trata de determinar la gravedad del ilícito en base a la especial posición del sujeto activo dentro del sistema administrativo estatal. De modo que, la gravedad del ilícito aumenta en relación con el grado de responsabilidad y de jerarquía funcional que ostentaría el investigado. El fundamento recae sobre el hecho que una mayor responsabilidad, implica una mayor posibilidad de dañar al Estado y al desarrollo de sus funciones, y por tanto la vulneración de las obligaciones propias del servidor público ocasionará una defraudación más fuerte de la institucionalidad estatal.
Criterios sociales	Naturaleza social de la función que fue materia de defraudación e incumplimiento a causa de la comisión del delito	Referido al grado de cercanía que tenía el ejercicio de tal función con un servicio desarrollado en pro de la ciudadanía.
	Difusión e impacto ocasionado al público del ilícito. Vinculado al impacto mediático que podría producir la comisión de la conducta contraria a la Administración Pública.	

Nota: Elaboración propia.

Los criterios esbozados trascienden a su postulación teórica, en concreto la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca en el año 2024, solicita el monto de reparación civil valorando tanto criterios objetivos como subjetivos, según se esquematiza a continuación:

Tabla 32

Solicitudes de constitución en actor civil de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca

Número de expediente	Delito imputado	Emisor	Receptor	Quantum indemnizatorio por Daño Extrapatrimonial	Criterios valorados para determinar el <i>quantum</i> indemnizatorio por concepto de Daño Extrapatrimonial	Daños ocasionados al Estado
811-2024-0-0601-JR-PE-07	Peculado de uso	Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios	Séptimo Juzgado de Investigación Preparatoria Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca	S/ 10,000.00	a. Gravedad del ilícito (criterio objetivo) b. La posición del funcionario público y su capacidad de representar al Estado (criterio subjetivo) c. Impacto ocasionado al público por el ilícito (criterio social)	- El costo del Ministerio Público para investigar el caso - El costo en que incurre el Poder Judicial para resolver el caso - El costo en que incurre la Procuraduría en defender los intereses del Estado. - El daño a la imagen y al prestigio de la institución. - El costo de revertir la desconfianza de la sociedad.
785-2024-0-0601-JR-PE-07	Colusión Agravada	Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios	Séptimo Juzgado de Investigación Preparatoria Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca	S/ 71,336,597.38	a. Gravedad del ilícito (criterio objetivo) b. La posición del funcionario público y su capacidad de representar al Estado (criterio subjetivo) c. Impacto ocasionado al público por el ilícito (criterio social)	- El costo del Ministerio Público para investigar el caso - El costo en que incurre el Poder Judicial para resolver el caso - El costo en que incurre la Procuraduría en defender los intereses del Estado. - El daño a la imagen y al prestigio de la institución. - El costo de revertir la desconfianza de la sociedad.
380 - 2024-0-0601-JR-PE-07	Colusión Agravada	Procuraduría Pública	Séptimo Juzgado de Investigación Preparatoria	S/ 85,000.00	a. Gravedad del ilícito (criterio objetivo)	- El costo del Ministerio Público para investigar el caso

		Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios	Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca		b. La posición del funcionario público y su capacidad de representar al Estado (criterio subjetivo) c. Impacto ocasionado al público por el ilícito (criterio social)	- El costo en que incurre el Poder Judicial para resolver el caso - El costo en que incurre la Procuraduría en defender los intereses del Estado. - El daño a la imagen y al prestigio de la institución. - El costo de revertir la desconfianza de la sociedad.
1-2024-0-0601-SP-PE-01	Cohecho Pasivo Especifico y Tráfico De Influencias agravado	Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios	Juzgado Superior de Investigación Preparatoria de Procesos Especiales de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca	S/ 20,000.00 por el delito de Cohecho Pasivo Especifico; y S/ 30,000.00 por el delito de Tráfico de Influencias.	a. Gravedad del ilícito (criterio objetivo) b. La posición del funcionario público y su capacidad de representar al Estado (criterio subjetivo) c. Impacto ocasionado al público por el ilícito (criterio social)	- El costo del Ministerio Público para investigar el caso - El costo en que incurre el Poder Judicial para resolver el caso - El costo en que incurre la Procuraduría en defender los intereses del Estado. - El daño a la imagen y al prestigio de la institución. - El costo de revertir la desconfianza de la sociedad.
684-2024-0-0601-JR-PE-07	Colusión Agravada	Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios	Séptimo Juzgado de Investigación Preparatoria Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca	S/ 500,000.00	a. Gravedad del ilícito (criterio objetivo) b. La posición del funcionario público y su capacidad de representar al Estado (criterio subjetivo) c. Impacto ocasionado al público por el ilícito (criterio social)	- El costo del Ministerio Público para investigar el caso - El costo en que incurre el Poder Judicial para resolver el caso - El costo en que incurre la Procuraduría en defender los intereses del Estado. - El daño a la imagen y al prestigio de la institución. - El costo de revertir la desconfianza de la sociedad.
645-2024-0-0601-JR-PE-07	Cohecho Activo Genérico y	Procuraduría Pública Especializada	Séptimo Juzgado de Investigación Preparatoria Permanente	S/ 50,000.00 en el delito de Cohecho	a. Gravedad del ilícito (criterio objetivo) b. La posición del funcionario público y su	- El costo del Ministerio Público para investigar el caso - El costo en que incurre el Poder Judicial para resolver el caso

	Cohecho Pasivo Propio	ada en Delitos de Corrupción de Funcionarios	Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca	Pasivo Propio S/ 50,000.00 en el delito de Cohecho Activo Genérico S/ 30,000.00 en el delito de colusión	capacidad de representar al Estado (criterio subjetivo) c. Impacto ocasionado al público por el ilícito (criterio social)	- El costo en que incurre la Procuraduría en defender los intereses del Estado. - El daño a la imagen y al prestigio de la institución. - El costo de revertir la desconfianza de la sociedad.
801-2024-0-0601-JR-PE-07	Peculado de Uso	Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios	Séptimo Juzgado de Investigación Preparatoria Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca	S/ 10,000.00	a. Gravedad del ilícito (criterio objetivo) b. La posición del funcionario público y su capacidad de representar al Estado (criterio subjetivo) c. Impacto ocasionado al público por el ilícito (criterio social)	- El costo del Ministerio Público para investigar el caso - El costo en que incurre el Poder Judicial para resolver el caso - El costo en que incurre la Procuraduría en defender los intereses del Estado. - El daño a la imagen y al prestigio de la institución. - El costo de revertir la desconfianza de la sociedad.
835-2024-0-0601-JR-PE-07	Cohecho Activo en el Ámbito de la Función Policial	Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios	Séptimo Juzgado de Investigación Preparatoria Permanente Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca	S/ 15,000.00	a. Gravedad del ilícito (criterio objetivo) b. La posición del funcionario público y su capacidad de representar al Estado (criterio subjetivo) c. Impacto ocasionado al público por el ilícito (criterio social)	- El costo del Ministerio Público para investigar el caso - El costo en que incurre el Poder Judicial para resolver el caso - El costo en que incurre la Procuraduría en defender los intereses del Estado. - El daño a la imagen y al prestigio de la institución. - El costo de revertir la desconfianza de la sociedad.

597-2024-0-0601-JR-PE-03	Negociación Incompatible	Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios	Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca	S/ 30,000.00	a. Gravedad del ilícito (criterio objetivo) b. La posición del funcionario público y su capacidad de representar al Estado (criterio subjetivo) c. Impacto ocasionado al público por el ilícito (criterio social)	- El costo del Ministerio Público para investigar el caso - El costo en que incurre el Poder Judicial para resolver el caso - El costo en que incurre la Procuraduría en defender los intereses del Estado. - El daño a la imagen y al prestigio de la institución. - El costo de revertir la desconfianza de la sociedad.
---------------------------------	--------------------------	---	--	--------------	---	--

Nota: Elaboración propia.

CAPÍTULO III

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

En la presente investigación se aplicará una contrastación por objetivos, siendo su soporte teórico el desarrollo de un problema de interpretación normativa de los artículos 1985 del Código Civil y 93 del Código Penal en la legislación peruana.

Metodológicamente, como respuesta tentativa a la pregunta: ¿cuáles son los principios jurídicos vulnerados con la determinación del daño extrapatrimonial en el delito de peculado?, se postuló que estos serían: (i) el principio *ne bis in ídem*, (ii) el principio de legalidad; y, (iii) el principio de seguridad jurídica.

Análogamente; desintegrando, vinculando y desarrollando los componentes hipotéticos, se plantearon los objetivos específicos detallados a continuación: (i) explicar la figura de responsabilidad civil y los tipos de daños en el Ordenamiento Jurídico peruano, con énfasis en el daño extrapatrimonial en el delito de peculado; (ii) explicar los alcances dogmáticos de los elementos descriptivos y normativos del delito de peculado contemplados en los artículos 387 y 388 del Código Penal, para identificar el contenido y los componentes del bien o bienes jurídicos protegidos; (iii) analizar los alcances legales y teóricos del principio *ne bis in ídem*, para determinar su vulneración respecto a su contenido material en relación con la valoración del criterio subjetivo de la determinación del daño extrapatrimonial en el delito de peculado; (iv) analizar el contenido normativo y dogmático del principio de legalidad, para verificar su afectación respecto a la aplicación de criterios no establecidos en norma jurídica para determinar el *quantum* indemnizatorio por concepto de daño extrapatrimonial en el delito de peculado; (v) explicar el contenido dogmático y normativo de la seguridad jurídica, para determinar su vulneración ante la predictibilidad de decisiones judiciales en la determinación del daño extrapatrimonial en el delito de peculado; (vi) analizar el contenido de la Casación N.º 189-2019 y los criterios para la determinación del monto de la reparación civil en los delitos de corrupción en el Perú; y, (vii) elaborar una propuesta de acuerdo plenario que uniformice la aplicación del daño extrapatrimonial en el delito de peculado.

Como se anticipó, el presente capítulo se orienta a la contrastación de las hipótesis sobre la base del desarrollo de los objetivos planteados (general y específicos), dado que aquellos presentan cohesión y correlación directa con las premisas dispuestas a demostrar.

En línea, con la aplicación de los métodos hipotético-deductivo, sintético y analítico, y en especial la hermenéutica y la dogmática como métodos de investigación jurídica, y con una elaboración parafraseada, sistematizada y organizada del estado de la cuestión, se logró explicar los alcances dogmáticos de los elementos descriptivos y normativos del delito de peculado en el Ordenamiento Jurídico peruano, identificando su contenido y los bienes jurídicos que el legislador protege mediante la potestad punitiva (criminalización primaria) y el juzgador efectiviza a través del juicio de tipicidad y antijuridicidad (criminalización secundaria).

Así pues, no solo se logró analizar el contenido legal y teórico de los principios *ne bis in ídem* en sus dos manifestaciones, tanto en su vertiente sustantiva - material como adjetiva; el principio de legalidad del cual derivan diversas garantías y el principio de seguridad jurídica relacionado con la predictibilidad de las decisiones judiciales; sino que también se explicó la institución de la reparación civil y los tipos de daños (daño patrimonial y daño extrapatrimonial); en estricto, las figuras de daño moral y daño a la persona. En últimas, se consiguió individualizar los criterios – teóricos y prácticos – utilizados para determinar el *quantum* indemnizatorio por daño extrapatrimonial en los delitos de corrupción de funcionarios, analizándolos tanto en su vertiente dogmática como en su aplicación concreta en el año 2024 por la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca.

El método dogmático y la hermenéutica jurídica constituyen el aspecto central de este constructo argumentativo. Es mediante su aplicación que se logró formular el concepto “perjuicio no patrimonial”, cuya construcción discursiva responde a la fuente y finalidad de la norma contenida en el artículo 1985 del Código Civil, la naturaleza jurídica del vocablo “daño a la persona” y el contenido normativo de la categoría “daño moral”. Se excluye la posibilidad de aplicar dichas categorías a determinados sujetos de derecho (personas jurídicas de derecho

público y personas jurídicas sin fines de lucro) debido a razones históricas, por la influencia europea en nuestra codificación civil, teleológicas que responden a la tendencia protectora de la persona humana, normativas que analizan los términos y descripciones jurídicas legisladas; conceptuales y probatorias con la finalidad de evitar enriquecimientos indebidos o abuso del derecho.

La investigación realizada es de tipo cualitativo, básico, explicativo y propositivo. Por lo tanto, debe anticiparse que el uso de la casuística citada no convierte el presente estudio en uno de tipo estadístico o cuantitativo, dado que los casos citados se refieren únicamente a la problemática planteada, su impacto en la aplicación judicial y la individualización de criterios valorados para determinar el daño extrapatrimonial en la persona jurídica (ejercicio del Derecho, o “derecho en acción”); no para ser utilizados como universo o conjunto de muestras capaces por sí solas de generalizar conclusiones. Por lo tanto, se precisa que aquellas son el resultado de constructos estrictamente teóricos.

Siendo así, el criterio común de los componentes hipotéticos desarrollados es la institución del daño extrapatrimonial; en estricto sentido, la interpretación de los vocablos contenidos en el artículo 1985 (daño moral y daño a la persona) y artículo 93 de las vigentes codificaciones peruanas, tanto civil como penal, respectivamente.

Por esa razón, se considera que el efecto de la hipótesis contrastada es la determinación del contenido de las figuras de daño moral y daño a la persona, y su aplicación en la determinación del *quantum* indemnizatorio por concepto de daño extrapatrimonial en los delitos contra la Administración Pública y la afectación tanto a personas jurídicas de Derecho Público como a las constituidas sin fines lucrativos (el Estado, en este caso, al ser una persona jurídica estatal). Dicho de otro modo, la verificación de las hipótesis propuestas está subordinada a la determinación de la interpretación normativa del artículo 1985 del Código Civil.

En síntesis, bajo la denominación “la determinación del daño extrapatrimonial en los delitos contra la Administración Pública a partir de la interpretación del artículo 1985 del Código Civil”, analizaremos la aplicación, interpretación e innegable influencia de la responsabilidad civil en el ámbito del Derecho penal y

su codificación de 1991, posterior a la entrada en vigencia del Código Civil de 1984, centrándonos en las instituciones relacionadas con el daño extrapatrimonial. Posteriormente, se demostrará que, con ese contenido, se están vulnerando los principios *ne bis ídem* y el principio de legalidad con incidencia en la seguridad jurídica, en los apartados 3.3., y 3.4., de este capítulo.

Por último, con la intención de visibilizar la coherencia metodológica, se esquematizan a continuación los apartados desarrollados y su correspondencia con los objetivos diseñados en relación con las hipótesis a demostrar, en los que:

Tabla 33

Acápites desarrollados

Acápites desarrollados (AD)	
AD₁	La determinación del daño extrapatrimonial en los delitos contra la Administración Pública a partir de la interpretación del artículo 1985 del Código Civil.
AD₂	Estudio de la capacidad de las personas jurídicas de experimentar daño moral.
AD₃	La vulneración del principio <i>ne bis in ídem</i> con la determinación del daño extrapatrimonial en el delito de peculado.
AD₄	La vulneración del principio de legalidad y seguridad jurídica con la determinación del daño extrapatrimonial en el delito de peculado.

Nota: Elaboración propia

,

Tabla 34

Objetivos específicos

Objetivo específico (OE)	
OE₁	Explicar la figura de responsabilidad civil y los tipos de daños en el Ordenamiento Jurídico peruano, con énfasis en el daño extrapatrimonial en el delito de peculado.
OE₂	Explicar los alcances dogmáticos de los elementos descriptivos y normativos del delito de peculado contemplado en los artículos 387 y 388 del Código Penal, para identificar el contenido y los componentes del bien o bienes jurídicos protegidos.
OE₃	Analizar los alcances legales y teóricos del principio <i>ne bis in ídem</i> , para determinar su vulneración respecto a su contenido material en relación con la valoración del criterio subjetivo de la determinación del daño extrapatrimonial en el delito de peculado
OE₄	Analizar el contenido normativo y dogmático del principio de legalidad, para verificar su afectación respecto a la aplicación de criterios no establecidos en norma jurídica para determinar el <i>quantum</i> indemnizatorio por concepto de daño extrapatrimonial en el delito de peculado.

OE₅	Explicar el contenido dogmático y normativo de la seguridad jurídica, para determinar su vulneración ante la predictibilidad de decisiones judiciales en la determinación del daño extrapatrimonial en el delito de peculado.
OE₆	analizar el contenido de la Casación N.º 189-2019 y los criterios para la determinación del monto de la reparación civil en los delitos de corrupción en el Perú.

Nota: Elaboración propia

Y,

Tabla 35

Hipótesis planteadas

Hipótesis planteada (H)	
H₁	El principio <i>ne bis in ídem</i>
H₂	El principio de legalidad
H₃	El principio de seguridad jurídica

Nota: Elaboración propia

Por lo tanto:

Tabla 36

Correspondencia en el desarrollo de la contrastación de hipótesis

Acápite	Desarrolla:	Contrasta:
AD₁	OE ₁	Base argumentativa
AD₂	OE ₆	
AD₃	OE ₂ OE ₃	H ₁
AD₄	OE ₄ OE ₅	H ₂ H ₃

Nota: Elaboración propia

3.1. LA DETERMINACIÓN DEL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA A PARTIR DE LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1985 DEL CÓDIGO CIVIL

En un intento de formular doctrina, diversos juristas nacionales, como Espinoza Espinoza (2014) y, a nivel local, León Aguilar (2021), partiendo acertadamente del postulado que distingue el análisis de la responsabilidad penal del análisis de la responsabilidad civil, debido a sus diferentes categorías y elementos, han concebido que la responsabilidad civil derivada de los delitos contra la Administración Pública implica, desde

el ámbito de la responsabilidad no patrimonial o extrapatrimonial, un daño a la persona, concretamente, una lesión a su derecho a la identidad y a su derecho al honor, los cuales se hallan constitucionalmente reconocidos. En tanto, las personas jurídicas, al ser sujetos de derechos, gozan no solo de capacidad jurídica, sino también de capacidad de ejercicio de los derechos inherentes a su naturaleza.

En efecto, como se ha anticipado, la presente investigación no pretende negar el *status* de sujetos de derechos a las personas jurídicas ni su condición como centros de imputación de derechos, así como su capacidad para adquirir obligaciones y deberes, en tanto el artículo 76 del Código Civil establece que la existencia, capacidad, derechos, obligaciones y objetivos de la persona jurídica en el Perú, están regulados por las normas civiles que contiene el Código o, en su defecto, por las leyes especiales o las leyes de su creación. Asimismo, *lege data* se refuerza la noción de la persona jurídica como ente jurídico al que se le atribuye existencia, independientemente de las personas naturales que lo componen. Así pues, el artículo 78 del Código Civil prescribe que la persona jurídica posee existencia distinta a la de sus miembros; razón por la cual, ninguna persona natural que se constituya como miembro, ni todos ellos; tienen derecho al patrimonio de aquella. Por consiguiente, no están obligados a satisfacer sus deudas.

En el derecho internacional, con fecha el 28 de abril de 2014, aplicando el artículo 64.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la República de Panamá promueve solicitud de opinión consultiva sobre la interpretación y alcance del artículo 1, párrafo segundo, de la Convención. A este propósito, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha proporcionado un extenso desarrollo sobre los derechos convencionales de la persona jurídica, aplicando, para tal fin, la regla general y consuetudinaria de interpretación de los tratados proporcionada por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; concluyendo, mediante Opinión Consultiva OC-22/16, que hermenéuticamente, según los artículos 31 y 32 de la Convención de

Viena y una interpretación que sigue los lineamientos de la buena fe, coherente con el sentido natural de los términos utilizados en la Convención (párrafos 37 a 39), ubicada en el contexto (párrafos 44 a 67), el objeto y fin (párrafos 40 a 43) del artículo 1, inciso 2, de la Convención Americana, las personas jurídicas no son titulares de derechos convencionales.

Apartándonos de dicha posición, consideramos que las personas jurídicas en el Ordenamiento Jurídico peruano indiscutiblemente poseen derechos, no solo por su reconocimiento expreso (sección segunda del Libro I del Código Civil peruano), sino porque jurisprudencialmente el Tribunal Constitucional lo ha reconocido a través de la sentencia recaída en el Expediente signado con el N.º 4972-2006-PA/TC, fundamento 14, al establecer que, sin ánimo de ensayar una enumeración taxativa de los derechos que puedan resultar compatibles con la naturaleza o *estatus* de las personas jurídicas, cabe citar, entre otros, los siguientes: (i) el derecho a la igualdad ante la ley (artículos 2, incisos 2; 60, 63 de la Constitución Política del Perú), (ii) las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento. El derecho a fundar medios de comunicación (artículo 2, inciso 4 *eiusdem*), (iii) el derecho de acceso a la información pública (artículo 2, inciso 5 *eiusdem*), (iv) el derecho al secreto bancario y la reserva tributaria (artículo 2, inciso 5, párrafo segundo *eiusdem*), (v) el derecho a la autodeterminación informativa (artículo 2, inciso 6 *eiusdem*), (vi) el derecho a la buena reputación (artículo 2, inciso 7 *eiusdem*), (vii) la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica (artículo 2, inciso 8 *eiusdem*), la inviolabilidad de domicilio (artículo 2, inciso 9 *eiusdem*), (viii) el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados (artículo 2, inciso 10 *eiusdem*), (ix) el derecho de reunión (artículo 2, inciso 12 *eiusdem*), (x) el derecho de asociación (artículo 2, inciso 13 *eiusdem*), (xi) el derecho a la participación en la vida de la nación (artículo 2, inciso 17 *eiusdem*), (xii) el derecho a la nacionalidad (artículo 2, inciso 21 *eiusdem*); y, (xiii) el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional (artículo 139º, inciso 3 *eiusdem*).

Por lo tanto, se asume que las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico interno gozan de derechos y obligaciones inherentes a su naturaleza.

Sin embargo, contrariamente a lo descrito y en oposición a ciertos postulados dogmáticos, como el de Espinoza Espinoza (2014) o el de León Aguilar (2021) en sede regional, la presente investigación se opone al errado argumento de considerar que, por su sola condición de personas jurídicas (al poseer derechos propios a su naturaleza jurídica), el resarcimiento a su esfera extrapatrimonial se efectúa automáticamente, aplicando las instituciones de “daño a la persona” o “daño moral”, que se configuraría, según dichos criterios, con la sola vulneración del honor y buena reputación contemplados en el artículo 2, inciso 7 de la Constitución Política del Perú.

Se sostiene, no obstante, que, a fin de afirmar o negar la configuración del daño no patrimonial en las personas jurídicas a partir de la posibilidad de experimentar daño moral o daño a la persona y su efectiva cuantificación, el análisis no debe agotarse en determinar la probable vulneración de los derechos de la persona jurídica – o en dirimir la discusión de si estas poseen derechos fundamentales- atribuyéndolos ligeramente a la categoría de daño a la persona. Por el contrario, se postula que su contenido intrínseco está orientado a la verificación de la correcta aplicación de las categorías “daño moral” y “daño a la persona” a estos sujetos derecho dentro de los alcances legales y conceptuales que adopta nuestro ordenamiento jurídico.

Como se ha señalado, la negligencia legislativa de incorporar el término “daño a la persona” en el vigente Código Civil, como una categoría normativa (debido a una equivocada interpretación por parte del legislador peruano de la influencia europea), *prima facie* obliga a que se expresen esfuerzos dogmáticos y jurisprudenciales para determinar su contenido conceptual, generando confusión aplicativa e interpretativa. Siendo así, contradiciendo los postulados dogmáticos que consideran la diferencia entre los conceptos “daño a la persona” y “daño moral” y acogiéndonos a

su evolución jurídica, sostenemos que ambas instituciones parten y se agotan en una misma premisa: el daño provocado a la esfera psicosomática o psicofísica de la persona, es decir, el perjuicio a su semblanza objetiva (como lesiones corporales) y aspecto subjetivo (lesión anímica). Se sugiere que a la descrita concepción restringida y tradicional del daño moral que parte de la doctrina defiende, deben incorporarse todos aquellos daños sufridos por la persona humana, que afecten, tanto a su ámbito físico, como a su dimensión anímica.

En ese sentido, refuerza la posición asumida la abrupta incorporación de la expresión “daño a la persona” en la codificación peruana, para excluirla del conjunto de instituciones de un derecho de la responsabilidad civil que tenga como base el Código Civil peruano. En consecuencia, coherentes con Leysser León (2017, pp. 377 – 378, 427 - 429), debemos entender a la locución “daño a la persona” como un mero pleonismo o reiteración de la naturaleza resarcible del daño a la integridad física y psicológica de la persona.

En efecto, el Ordenamiento Jurídico peruano, desde el Código Civil derogado, resarce los daños no patrimoniales aplicando únicamente la figura del daño moral (mas no el “daño a la persona”); nótese inclusive la redacción del Código Civil de 1936 en el artículo 79, cuyo tenor literal refería que, ante el incumplimiento de celebración de matrimonio y siempre que dicho acto dañe de forma grave los derechos a la personalidad del otro contrayente, el juez podrá concederle una suma de dinero en concepto de reparación del daño moral. Asimismo, el artículo 111 hacía referencia a la oposición infundada de un sujeto por denuncia maliciosa en la celebración de un matrimonio, estableciendo que este quedará obligado a la indemnización de daños y perjuicios fijados por un juez, quien deberá valorar el daño moral. El artículo 156, por su parte, señalaba que las indemnizaciones por daño moral o a título de pensión alimenticia dada por los cónyuges, se rigen por las normas del divorcio. A su turno, el artículo 370 enunciaba que la madre debe ser indemnizada por daño moral en los casos de promesa de matrimonio, de cohabitación

delictuosa o de minoridad al tiempo de la concepción; finalmente, el artículo 1148 establecía que el juez debe fijar la indemnización, pudiendo considerar el daño moral sufrido por la víctima.

Se aclara que no debe confundirse el vocablo “daños personales” (mencionado en el artículo 177, inciso 4) que utiliza el Código Civil de 1936, con la categoría de “daño a la persona” y la definición que en la actualidad parte de la doctrina le atribuye; pues, mientras el segundo, a decir de Espinoza Espinoza (2019) y Taboada Córdova (2013), se refiere a la lesión de los derechos de carácter no patrimonial de una persona (daño a la integridad psicofísica), la primera, desde nuestras consideraciones, se refiere tanto al daño patrimonial y no patrimonial que experimenta una persona debido a una conducta antijurídica, y no a una suerte de símil con “daños corporales” exclusivamente.

Siendo así, el razonamiento judicial sobre el daño no patrimonial trascendió, en algunos casos, del pretérito Código Civil de 1936 al vigente Código Civil de 1984, tal como demuestra la Resolución Veintidós emitida por el Tercer Juzgado Civil de Chimbote (citada por Espinoza Espinoza, 2003, p. 755) de fecha 24 de noviembre de 1999 (en la vigencia del actual Código Civil), al afirmar que en el caso no se acreditó la relación de causa - efecto generadora de un daño económico o un daño moral en la persona del demandante y su familia.

Recapitulando, se postula como primera idea central, entonces, que los alcances legales que irroga el artículo 1985 del Código Civil, constituyen un problema de interpretación normativa, en tanto la imprudencia legislativa que malinterpretó la encomiable influencia europea, incorporó como “término normativo”, a lado del daño moral, el vocablo “daño a la persona”; siendo necesario afirmar que el “daño a la persona” (como mero término descriptivo y conceptual) se ve subsumido por el “daño moral” (término con contenido normativo).

Aquella labor, sin lugar a dudas, se manifestó en la redacción del posterior Código Penal de 1991, en especial en el artículo 93, que se refiere al contenido de la Reparación Civil, previniendo que esta comprende tanto

la restitución o valor del bien como la indemnización por daños y perjuicios ocasionados, cuyo contenido es derivado al artículo 1985 del Código Civil; al poseer características de ser una norma penal en blanco.

3.2. ESTUDIO DE LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS DE EXPERIMENTAR DAÑO MORAL

La interpretación hermenéutica del artículo 1984 del Código Civil es otro argumento que, concatenado con el anterior, refuerza la tesis planteada. Semejante a la legislación española, la ley peruana establece que “el daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia” (artículo 1984 del Código Civil peruano).

Aquel menoscabo al que se refiere el legislador no se agota en la literalidad de los dispositivos normativos, sino que trasciende a otros provocados indirectamente; pues el Ordenamiento Jurídico, no solo el derecho de daños, aun cuando no los positivice, da cuenta de su observancia. Por ejemplo, el inciso 12 del artículo 333 del Código Civil establece como causal de divorcio la separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de cuatro años si tuviesen hijos menores de edad; supuesto en el que no solo se valoró la posición subjetiva de los cónyuges, sino que indirectamente considera los *sentimientos legítimos* de los menores. Análogamente, se estructuró el artículo 145 del Código Penal al penalizar el supuesto en el que se atribuya falsa filiación, con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cinco años.

Por otro lado, el artículo 90 del Código de Niños, Niñas y Adolescentes prevé que el régimen de visitas puede extenderse a parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como a *terceros no parientes* cuando el interés superior del niño o adolescente lo justifique; advirtiéndose que el derecho reconoce y *legítima* relaciones intersubjetivas no reguladas expresamente, como podría ser el caso de la

novedosa posesión constante de estado que origina una filiación socioafectiva.

En consecuencia, siguiendo el razonamiento expuesto, el daño moral jurídicamente no se limita a la semblanza psicosomática del sujeto pasivo del hecho antijurídico (daño directo), sino que también se extiende al sufrimiento de los miembros de su familia y a otros sentimientos que, social y jurídicamente, son considerados legítimos, como los de una novia, una madre socioafectiva, un hijo político, un ahijado, entre otros (daño indirecto).

Del tenor literal y teleológico del citado artículo, no cabe duda de que, de manera implícita, se deduce la exclusión de su ámbito de aplicación a las personas jurídicas, toda vez que la mera mención legal de las expresiones “víctima” y “familia” o “ahijado”, “novia” (a nivel doctrinal), permite concluir que la categoría de daño moral solo encuentra sentido en el ser humano.

Sucede, pues, que los términos legalmente utilizados responden a la tendencia histórica de protección al ser humano y al contexto de la vigencia de la Constitución Política de 1979 que, en términos constitucionales, establecía que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1), semejante a la redacción de la vigente Constitución Política de 1993, que contempla a la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1 *ut supra*).

En efecto, a fin de conocer la voluntad del legislador, y sin ánimo de justificar la independencia de la figura “daño a la persona”, nos allanamos a lo postulado por Fernández Sessarego (2002, p. 37) en el extremo en el que afirma que, anteriormente, en la legislación peruana, la cerrada concepción individualista y patrimonialista impedía la comprensión de la trascendencia y de la necesidad de proteger al ser humano de todo daño plausible de experimentar. Por lo tanto, la incorporación del “daño a la persona” sustituye la concepción individualista - patrimonialista por una concepción humanista del derecho.

Ahora bien, ciertamente se ha establecido que, en la práctica judicial, no existe consenso en la presunción o probanza del daño moral; máxime si el artículo 1332 del Código Civil permite al juzgador establecer una valoración equitativa.

Sobre la presunción del daño moral, es necesario aclarar que esta no se agota en una mera actividad judicial subjetiva que determina la posibilidad de sufrir o no un daño, pues está destinada a revelar cuáles serían los perjuicios que podrían haber sentido debido a un hecho que lesione sus derechos (inclusive pudiendo aplicar las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos). Lo que queremos decir es que aquella presunción no está referida a determinar si la persona es susceptible o no de experimentar un daño, sino más bien, sobre el entendimiento de su capacidad de sentirlos, cuáles serían éstos y en qué magnitud se habrían manifestado.

Pongamos por caso los hechos que motivaron la Casación 2084-2015, Lima. Félix Alméstar interpone demanda de indemnización por daños y perjuicios contra la Oficina de Normalización Previsional – ONP, solicitando para tal fin, una determinada suma pecuniaria. Como fundamento de la demanda, sostiene que la Oficina de Normalización Previsional, mediante resolución administrativa (04/10/1991), le otorgó una pensión de jubilación bajo los alcances de la Ley 19990. No obstante, dicha entidad no cumplió con reajustar la citada pensión bajo los alcances de la Ley 23908¹²; así como tampoco reajustó la pensión de viudez del demandante, afectando, según Félix Alméstar, su derecho a la dignidad, y ocasionando un severo daño moral al provocar el fallecimiento de su cónyuge.

Al respecto, la Corte Suprema, a través del fundamento 6, consideró:

(...) Ante ello, resulta *comprensible* que el accionante haya podido sufrir daño moral (lesión a su sentimiento), debido a que se vio obligado a seguir el itinerario judicial en mención,

¹² que establecía en una cantidad igual a tres sueldos mínimos vitales, determinados para la actividad industrial en la Provincia de Lima, el monto mínimo de las pensiones de jubilación a cargo del Sistema Nacional de Pensiones (SNP).

ante la negativa (ilegítima) de la entidad demandada de reajustar la pensión que percibía, *en consecuencia, devendrían en irrelevantes los argumentos esgrimidos por el Colegiado Superior tendientes a establecer una pretendida falta de acreditación del daño moral.* (énfasis nuestro)

Análoga fundamentación realizó el juez laboral en la Casación N.º 4977-2015 Callao, en el extremo en el que afirmó:

(...) el *daño moral* es uno de los múltiples daños sicosomáticos que pueden lesionar a la persona, al afectar la esfera sentimental del sujeto en su expresión de dolor, sufrimiento (por lo tanto para efectos de su cuantificación debe recurrirse a los artículos 1322º y 1332º del código Civil) que en este caso en concreto resulta evidente que el demandante ha sufrido la aflicción psicológica causada por el despido como lo siente cualquier ser humano que se ve privado sorpresivamente de aquello que lo permite cubrir sus necesidades básicas y las de su familia (...).

En línea, se cree, sin embargo, que, como consecuencia de la eventual presunción del daño moral en las personas jurídicas, es probable que se produzcan situaciones de abuso del derecho y enriquecimiento indebido o siguiendo los términos civiles, un “enriquecimiento sin causa”, pues en algunos casos se indemnizarán perjuicios no ocurridos, sino presumidos; situación que indudablemente resulta inconstitucional, pues según el artículo 103 (Constitución Política del Perú), la Constitución no ampara el abuso del derecho.

Adicionalmente, aquella inseguridad en la norma podría transgredir la naturaleza jurídica de la indemnización en el derecho de la responsabilidad civil, pues permitiría desproporcionalidad en la reparación al desconocer la identidad del daño sujeto a reparar; pues bajo la idea de indemnizar un perjuicio determinado (en tipología y magnitud), se valora un daño determinable (solo en personas naturales). De hecho, piénsese que, en personas jurídicas con fines lucrativos, la lesión a sus intereses no patrimoniales resulta ser rentable, cuyos haberes, a decir de Champo y Serrano (2019), materializarían el espíritu burgués y el reduccionismo a términos económicos.

Siguiendo el enfoque *iusfilosófico* propuesto en esta investigación, evidentemente se transgrediría la tendencia constitucionalista pospositivista al no cumplir con las condiciones de validez material y no ser coherente con la moral construida discursivamente en el contexto de un Estado Social y Democrático, sobre la base de los principios y el contenido axiológico derivado de los derechos fundamentales.

Sobre el particular, el artículo 1954 del Código Civil establece que la acción por enriquecimiento sin causa recae en aquel que, indebidamente incrementa su patrimonio a expensas de otros. Ciertamente, desde el Derecho Romano, todo desplazamiento positivo que amplifique el patrimonio debe ser producto de una causa cierta, debida, lícita y justa (en términos de correspondencia); de lo contrario, estos deben ser repetidos o regresados a la fuente de su obtención (*in rem verso*).

Lo anotado no contiene mayor dificultad de comprensión, puesto que el Derecho ampara conductas lícitas que permiten la interrelación subjetiva sin intromisiones ilegítimas a las esferas privadas de los particulares; proscribiendo toda conducta o acción que atente contra sus fines, pues la ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusiva de un derecho (artículo II del Título Preliminar del Código Civil referido al ejercicio abusivo del derecho y artículo 103 de la Constitución); o, si buscamos una justificación *ius filosófica*, como se anticipó precedentemente, toda actuación regulada por el Derecho debe estar sujeta a la maximización de un principio o valor fundamental, en este caso, el principio de equidad e igualdad ante la ley (artículo 2, inciso 2 de la Constitución Política del Perú), y el principio democrático mediante el cual el Estado establece la promoción del bienestar general de la nación fundamentada en la justicia (artículo 44 de la Constitución Política del Perú).

En ese sentido, una vez más se demuestra que no es adecuado aplicar la categoría de “daño moral”, pues tratándose de personas físicas que se tiene certeza de su capacidad de percibir sentimientos negativos cuando se produce una intromisión ilegítima, el perjuicio (y por tanto, la presunción) se dará cuando el agente, experimente lesiones anímicas;

pero en el caso de las personas jurídicas, que carecen de semblanza subjetiva (al ser un ente del Derecho con existencia únicamente para efectos jurídicos), no. Por supuesto que ello no implica que las mismas no tengan ciertos derechos dignos de protección, sino simplemente que, como hemos venido demostrando, los atentados ilegítimos a sus derechos de naturaleza no patrimonial, no configurarían un “daño moral”.

A propósito de lo postulado, como hemos anotado en el apartado 2.2.6, Fernández Cruz (2023) sugiere la creación de otra categoría contigua al daño moral, denominada “daño no patrimonial residual”, con capacidad aplicativa al concebido y a las personas jurídicas en cuanto sujetos de derecho, proponiendo la fidelidad al concepto tradicional de daño moral (que afecta únicamente a la persona humana). Siendo así, vale cuestionar si la implementación de esta nueva categoría suprimiría la problemática de identificar el daño no patrimonial en las personas jurídicas. Analicémoslo.

Con fecha 12 de noviembre de 2020, a través de la Resolución 2107-2020/SPC, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal del Indecopi atribuyó responsabilidad administrativa a las personas jurídicas “Latam Airlines Perú S.A.” y “Latam Airlines Group S.A. Sucursal Perú” por la reprogramación y cancelación de 276 vuelos, imponiéndoles, a la primera, una multa de 454,51 UIT y una multa de 39,99 UIT a la segunda.

La Comisión de Protección al Consumidor de Lima Norte, que incoó el proceso de oficio, calculó que el número aproximado de pasajeros afectados por las empresas cuya responsabilidad administrativa fue acreditada, fue de 2,568 en el caso de los vuelos operados por Latam Airlines Group S.A. Sucursal Perú; y de 36,798 en el caso de los vuelos operados por Latam Airlines Perú S.A.

Según la Resolución signada con el N.º 2107-2020/SPC, dichas empresas vulneraron el artículo 19 del Código de Protección y Defensa del Consumidor en el Perú, ya que establece que el proveedor responde por la idoneidad y calidad de los productos y servicios ofrecidos;

asimismo, es garante de la autenticidad de las marcas y leyendas exhibidas en sus productos; además, por la inconformidad entre la publicidad comercial y los productos o servicios brindados.

Pues bien, evidentemente se ha configurado un daño derivado del incumplimiento de una obligación (responsabilidad civil contractual) por parte de las aerolíneas, daño que debe ser indemnizado, considerando los perjuicios patrimoniales y no patrimoniales ocasionados a las personas que adquirieron un boleto de viaje (patrimonial) con las expectativas de realizar una movilidad necesaria o deseada (pudiendo configurarse daño extrapatrimonial afectando la semblanza subjetiva de los pasajeros). Sin embargo, ¿qué pasaría si en el caso expuesto se agrega la hipotética situación en la que no se corrobora fehacientemente la vulneración del artículo 19 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, y pese a ello la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal del Indecopi aplica las multas expuestas, informando errónea y masivamente la falsa calidad de servicios prestados por aquellas personas jurídicas?

En este supuesto, Espinoza Espinoza (2014) y probablemente León Vidal (2015) argumentarían el daño no patrimonial ocasionado a estos entes jurídicos de derecho privado, al afectar su imagen o su derecho al honor. O Fernández Cruz (2023) se esforzaría en demostrar la configuración del “daño no patrimonial residual” a la persona jurídica.

No obstante, sostenemos que, en el caso expuesto y en otros más, no existe un “daño no patrimonial” *per se* (aun cuando se afecte el derecho al honor de la persona jurídica), ya que las consecuencias no están atribuidas al perjuicio de bienes jurídicos que, por la naturaleza de este sujeto de derecho, sean considerados “no patrimoniales”. Al contrario, nos situamos más bien, indirectamente, en un daño patrimonial de tipo lucro cesante, pues existe gran probabilidad de que, debido a la información difundida, los usuarios de aerolíneas decidan adquirir los servicios de otras empresas ajenas a Latam Airlines Group S.A. Sucursal Perú y Latam Airlines Perú S.A., ocasionando una disminución o pérdida de ingresos o

beneficios que se habrían obtenido si la información falsa no hubiese sido difundida (lucro cesante).

Empero, ¿qué pasa con las personas jurídicas de derecho público o aquellas cuya naturaleza no es patrimonial o no persiguen fines lucrativos?

Sostenemos que, en esos casos, sí es posible hablar de la configuración de un perjuicio “no patrimonial” (más no “daño moral”, e incluso, tampoco puede denominarse “daño”, como demostraremos posteriormente). Esto es claro, por ejemplo, en los Expedientes en materia de peculado de uso N.º 811-2024- 0-0601-JR-PE-07, 801-2024- 0-0601-JR-PE-07¹³, donde la consecuencia mediata e inmediata del perjuicio no oneroso no es la reducción del patrimonio en el evento lesivo (daño emergente) o como consecuencia de este (lucro cesante), sino que, tal como señala la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Cajamarca, el daño a la imagen, el prestigio de la institución, y la desconfianza de la sociedad hacia la Administración Pública, al incumplir sus presupuestos teleológicos de representación, promoción de la adecuada prestación de servicios locales y el desarrollo integral, sostenible y armónico, tal como establece el artículo IV de la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N.º 27972.

Siendo así, se demuestra que se logró desarrollar el objetivo específico “explicar la figura de responsabilidad civil y los tipos de daños en el ordenamiento jurídico peruano, con énfasis en el daño extrapatrimonial en el delito de peculado” y su vinculación con las personas jurídicas en el Ordenamiento Jurídico peruano.

¹³ Analizados en el apartado 2.2.7.

3.3. LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO *NE BIS IN ÍDEM* CON LA DETERMINACIÓN DEL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL EN EL DELITO DE PECULADO

Desde la constitucionalización del Derecho Penal, como se ha establecido *in supra*, los principios, concebidos como categorías contenedoras de ideas que determinan la validez y coherencia de las normas que componen el orden jurídico, se posicionan sustancialmente como la fuente principal de creación, interpretación y aplicación del Derecho. Es el caso del principio *ne bis in ídem*, como manifestación del Debido Proceso e informador de la potestad punitiva del Estado (artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Penal).

La vigencia del *ne bis in ídem* no solo se encuentra sustentada en la criminalización primaria ejercida por el legislativo, sino que se refuerza en la aplicación de la norma penal y procesal (criminalización secundaria), proscribiendo jurídicamente la posibilidad de juzgar y sancionar en más de una ocasión un hecho que ya haya sido objeto de un proceso concluido y ejecutoriado (excluyendo con ello la antijuridicidad de los recursos impugnatorios).

Así pues, sus alcances se expresan mediante una manifestación sustantiva o material y una adjetiva o procesal. Sobre la primera, el Derecho impide que una persona sea sancionada dos veces por un mismo hecho comisivo u omisivo, al verificar la concurrencia de tres elementos: uno subjetivo, el segundo objetivo y otro referido al fundamento en el proceso. Se identifica como elemento subjetivo a la identidad del agente imputable, la identidad fáctica referida a la causa o hecho que motivó el proceso, y finalmente, la unidad de fundamento orientada a la justificación jurídica de punición. Por su parte, desde su manifestación adjetiva proscribe la probabilidad de que un supuesto fáctico sea objeto de dos procesos distintos, ya sean sucesivos o paralelos.

El principio comentado no solo encuentra sustento en el Código Procesal Penal, ya que la Constitución Política regula la prohibición de resurgir

procesos fenecidos que contengan resolución ejecutoriada, citando la amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción cuyos efectos son denominados “cosa juzgada”.

Ahora bien, del marco conceptual descrito en el apartado 2.3.1., deducimos notas características de este principio, siendo estas la colación, preclusividad, obligatoriedad, estaticidad e interceptabilidad.

La característica de preclusividad se desprende del contenido del inciso 13 del artículo 138 de la Constitución, referido a la proscripción de revivir procesos que contengan resoluciones ejecutoriadas alegando el mismo supuesto fáctico, en contra del mismo sujeto juzgado y apelando a la misma justificación de persecución. La obligatoriedad, paralelamente, sugiere dos contenidos, por un lado, la autoridad de la decisión judicial y por el otro, la imposibilidad de emitir decisiones contradictorias respecto a un mismo caso u otro que esté vinculado a este; es decir, la coercitividad de la ejecución de la decisión en el caso conocido por los juzgadores y la vinculatoriedad en la prejudicialidad.

La estaticidad se refiere a la seguridad jurídica que adquiere una decisión judicial debidamente motivada y obtenida como resultado de un debido proceso, denominándose también la inmutabilidad de la cosa juzgada. A su turno, la interceptabilidad se traduce en el contenido del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Penal, en el entendido que ningún sujeto debe ser procesado ni sancionado en más de una ocasión por un mismo hecho y sustentándose en el mismo fundamento; garantizando no solo la preclusividad, sino también proscribiendo la posibilidad de que una persona sea perseguida por la misma causa y bajo el mismo fundamento en dos vías distintas (paralelamente); garantizando la unidad de proceso.

Por último, la característica de colación. Esta función incide mayormente en la vertiente material o, como nosotros hemos denominado, en la manifestación sustantiva del principio *ne bis in ídem*; al centrarse en los hechos investigados, conocidos, valorados y, en su oportunidad, sancionados.

En efecto, puede estar referida a elementos descriptivos o elementos normativos del tipo, a situaciones relevantes a fin de determinar la responsabilidad penal del agente, por ejemplo, error de tipo o error de prohibición (artículo 14 del Código Penal), causas de justificación o exculpación (artículo 20 *ibidem*); e individualizar la consecuencia jurídica proporcional a la causa delictiva, como la tentativa (artículo 16 *ibidem*), la habitualidad (artículo 46- C *ibidem*), reincidencia (artículo 46- B *ibidem*), concurso de delitos (artículos 49 a 51 *ibidem*), bonificaciones procesales; entre otras.

De ese modo, el principio *ne bis in ídem*, mediante esta característica, estructura una valoración ordenada de los juicios de subsunción realizados por el aplicador del derecho (en este caso, por la Procuraduría Pública, Ministerio Público, Poder Judicial y quien ejerza la defensa del investigado, sea defensa privada o pública), valorando los elementos que componen la teoría del delito, la determinación de la pena y su adecuada ejecución.

La denominamos “valoración ordenada”, en tanto permite que se conozcan y consideren las categorías y circunstancias fácticas o jurídicas referidas al caso, planteando la regla poco estudiada, pero legítimamente aplicada: “no se puede valorar doblemente una misma situación o un mismo elemento” en virtud de la misma finalidad.

Por ejemplo, en materia de determinación judicial de la pena, el artículo 46, inciso 2 del vigente Código Penal, dispone que las circunstancias agravantes son aplicables, siempre y cuando no estén previstas de manera específica para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible; por lo tanto, no es jurídico que, al momento de individualizar la pena concreta por el delito de peculado, se aplique como agravante la situación de “ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos públicos” (artículo 46, inciso 2, literal b, del Código Penal), pues la descripción típica del delito ubicado en el artículo 387 *eiusdem*, ya valora dicha situación, estableciendo que “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 (...)."

Semejante situación se evidencia en los literales "c" y el artículo 108 inciso 1 que regula el homicidio calificado por ferocidad; el literal "d" y el artículo 108 – B (feminicidio) y el literal "h" del artículo 46, inciso 2, contrapuesto al artículo 170 relativo a la violación sexual cuyas agravantes específicas están contenidas en el tipo.

No obstante, bajo ese razonamiento, sí se podría aplicar el artículo 22¹⁴ del Código Penal respecto a la responsabilidad restringida por la edad, juntamente con el artículo 57¹⁵ que regula los requisitos para la suspensión de la ejecución de la pena, pues aun cuando se esté valorando en el mismo sujeto, reiteradamente la situación de la edad, la determinación de la pena y la suspensión de la pena concreta; como se sabe, no comparten el mismo fundamento u objetivo (se cumplen los requisitos de entidad objetiva, entidad subjetiva, pero no la identidad en el fundamento).

El resultado de la característica de colación, entonces, es prevenir la redundancia en la valoración judicial de las categorías, elementos y circunstancias que componen el delito y las consecuencias jurídicas derivadas de este.

Aclaremos que no debe confundirse el principio *ne bis in ídem* con la institución de la cosa juzgada, aun cuando se haya desarrollado doctrina

¹⁴ **Artículo 22.- Responsabilidad restringida por la edad**

Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga **más de dieciocho y menos de veintiún años** o más de sesenta y cinco años al momento de realizar la infracción, salvo que haya incurrido en forma reiterada en los delitos previstos en los artículos 111, tercer párrafo, y 124, cuarto párrafo. (énfasis nuestro)

¹⁵ **Artículo 57.- Requisitos**

El juez puede suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes: (...)

Excepcionalmente, puede aplicarse lo establecido en el presente artículo cuando la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de ocho años y el autor o partícipe del delito carezca de antecedentes penales y **sea menor de 25 años al momento de cometer el delito**. Para este supuesto es aplicable lo previsto en el numeral 2 del párrafo anterior, exigiéndose una motivación reforzada. (énfasis nuestro)

que les atribuye una relación de sinonimia (Reyna Alfaro, 2020¹⁶) u otra que argumenta que la cosa juzgada comprende al *ne bis in ídem* (Oré Guardia, 2016¹⁷).

Contrariamente, sostenemos que el principio *ne bis in ídem* es el que contiene a la institución de la cosa juzgada, pues mientras el primero se caracteriza por la colación, preclusividad, obligatoriedad, estaticidad e interceptabilidad; en la segunda es posible hablar únicamente de preclusividad, obligatoriedad y estaticidad, más no de colación e interceptabilidad.

Por lo tanto, a efectos de demostrar la vulneración a este principio con la determinación del *quantum* indemnizatorio por concepto de daño extrapatrimonial en el delito de peculado, nos centraremos en el *ne bis in ídem* material – sustantivo y en su característica de colación.

Recapitulemos. Superando la tradicional discusión dogmática sobre el bien jurídico tutelado, el Acuerdo Plenario N.º 04-2005 señala que el delito de peculado tiene un carácter pluriofensivo y protege, por un lado, el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública, y por el otro, evita el abuso de poder del funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionariales de lealtad y probidad (Código de Ética de la Función Pública, Ley N.º 27815).

Legalmente, se define a la probidad como la aptitud para actuar con rectitud, honradez y honestidad, procurando satisfacer el interés general y desechando todo provecho o ventaja personal, obtenido por sí o por interpósita persona (artículo 6, inciso 2 de la Ley del Código de Ética de la Función Pública, Ley N.º 27815).

¹⁶ Al considerar que el fundamento del *ne bis in ídem* es la limitación del poder jurisdiccional en los casos que conoce, explicando que con un fallo judicial con calidad de cosa juzgada el poder jurisdiccional del Estado fenece.

¹⁷ En tanto describe presupuestos para la interposición de la excepción de cosa juzgada siendo uno de ellos que se configure una triple identidad entre el proceso finalizado y el iniciado (principio *ne bis in ídem*).

De la normativa se desprende que el deber de probidad es esencial es un Estado Social y Democrático de Derecho, en tanto se concibe a la Administración Pública no solo como un sistema de orden económico, destinado a fiscalizar, organizar y suministrar los caudales estatales, sino como una correspondencia entre Nación, Gobierno Público, asuntos públicos y políticas públicas. Este argumento se refuerza con el artículo 1 de la Constitución Política, que señala que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo del Estado y la sociedad.

Lo afirmado nos lleva a considerar la premisa *leviatanesa hobbesiana* en términos modernos y geográficamente reducidos: la Nación, entendida como el conjunto de ciudadanos, mantiene una funcionalidad dinámica con el Gobierno Público; por un lado, cimentando el deber de contribuir (capacidad contributiva de los administrados) en favor de la Administración Pública, y por el otro, el Estado garantizando el cumplimiento de los fines constitucionales y los objetivos descritos, entre otras normas, por el artículo 3 de la Ley del Código de Ética de la Función Pública, Ley N.º 27815 y por el artículo 4 de la Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado, Ley N.º 27658, referidos a la obtención de altos niveles de eficiencia del aparato estatal, logrando una mejor atención a la ciudadanía, priorizando y optimizando el uso de los recursos públicos.

Ahora bien, la constitucionalización del proceso penal no se agota en su formación normativa; sino que, además, conduce las actuaciones institucionalizadas de los agentes jurídicos.

Así pues, siguiendo la secuencia lógica de la teoría del delito para determinar la responsabilidad penal del agente, una vez realizado el juicio de tipicidad del hecho que compone la noticia criminal y al tener un indicio de que aquella conducta contradice el derecho, se procederá a analizar su antijuridicidad, valorando, en principio, si el hecho se opone al mandato normativo (antijuridicidad formal), y paralelamente, si se concibe como una ofensa socialmente nociva al bien jurídico que la norma protege

(antijuridicidad material). Si se superan todas las categorías descritas, incluyendo la culpabilidad y punibilidad, tal como prevé el artículo 92 del Código Penal, debe determinarse la reparación civil juntamente con la pena, obedeciendo a los elementos que el Ordenamiento Jurídico civil ha establecido y que detenidamente se han desarrollado en el apartado 2.5. (imputabilidad, antijuridicidad de la conducta, el daño causado, la relación de causalidad y el factor de atribución).

No es sino en este procedimiento en el que los aplicadores del derecho, atendiendo a la falta de criterios establecidos legalmente, adoptan los alcances que la jurisprudencia desarrolló a través de la Casación N.º 189-2019, como el cargo o posición de los funcionarios o servidores sindicados como responsables (Corte Suprema de Justicia de la República, 2020, pp. 17-20) quienes inobservaron los deberes de lealtad y probidad.

Lo descrito, *prima facie*, es jurídicamente posible, pues como se ha mencionado, para constatar la vulneración del principio *ne bis in ídem*, es necesaria la verificación de la identidad de tres componentes: (i) identidad de la persona física o identidad de sujeto; (ii) identidad del objeto o identidad objetiva; e, (iii) identidad de la causa de persecución o identidad de fundamento.

Similar al razonamiento de la aplicación conjunta de los artículos 22 y 57 del Código Penal, el artículo 92 *eiusdem* no vulneraría dicho principio, pues como es evidente, no comparten identidad en el fundamento; mientras uno aplica la facultad sancionadora del Estado, el otro efectiviza la función afflictiva-consolatoria (y otras funciones analizadas en el apartado 2.6.) de la responsabilidad civil. Lo dicho, creemos, encuentra mayor sustento en el artículo 12, inciso 3 del Código Procesal Penal, norma que concede al juzgador la facultad para fijar un monto por concepto de reparación civil, aun cuando haya absolución o sobreseimiento de la causa.

Pues bien, en los apartados 3.1., y 3.2., de este capítulo; al analizar los alcances históricos, dogmáticos, hermenéuticos, y probatorios del artículo 1985 del Código Civil y la posibilidad de que las personas jurídicas

experimenten “daño moral”, se ha demostrado que aquel vocablo engloba al denominado daño a la persona, concibiéndose como toda afectación a la esfera física o psicológica de la persona humana. Asimismo, se ha corroborado que las personas jurídicas, aun cuando puedan experimentar intromisiones ilegítimas dada su naturaleza de sujetos de derecho, estas no deben ser resarcidas mediante la aplicación de la categoría “daño moral”.

Entonces, ¿cuál es la consecuencia teórico-práctica de considerar que el “daño a la persona” está contenido en la institución del “daño moral” (o que dichas categorías presentan una relación de sinonimia) y esta última solo encuentra sentido en la persona humana y que las personas jurídicas, dentro del ordenamiento jurídico peruano, aun cuando puedan sufrir perjuicio “no patrimonial”, no son susceptibles de ser sujetos pasivos de “daño moral” y, por ende, no deben ser resarcidas aplicando tal categoría?

La vulneración al principio *ne bis in idem*.

En efecto, si partimos del entendimiento de que las personas jurídicas carecen de semblanza subjetiva al tener únicamente personalidad impuesta por el Derecho, cualquier atentado en contra de su honor o, a su derecho a la identidad no se considera *per se* daño moral, por lo tanto, no es subsumible jurídicamente en esta categoría.

Lo que se pretende demostrar es que al no estar comprendidas aquellas lesiones no patrimoniales en el “daño moral” (previsto en el artículo 1985 del Código Civil), jurídicamente no habría un daño que deba ser resarcido bajo los términos que la norma civil emplea. Máxime si, como hemos señalado, para que un perjuicio sea considerado como *daño*, es necesario que concurren cuatro requisitos: que la lesión sea cierta, subsistente, que contenga especialidad y, sea injusta.

No hay duda de que aquel perjuicio no patrimonial sufrido por la persona jurídica (entiéndase persona jurídica de Derecho Público o aquellas constituidas sin fines de lucro) tiene individualizado al sujeto pasivo, es subsistente en cuanto vulnera su honor, y además sería injusto; no

obstante, jurídicamente no contiene certeza (puede que fácticamente sí), ya que se ha demostrado que no se encuentran subsumidos en la categoría de “daño moral”; por lo tanto, el Derecho de daños desconocería dicho supuesto.

Aun así, el apartado 2.9., da cuenta de la aplicación de los criterios postulados por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2018) y por la Corte Suprema, en la Casación N.º 189-2019 a efectos de cuantificar un monto indemnizatorio, aplicando, una vez más, de manera errónea la figura del “daño moral” y valorando injustificadamente aquellas pautas establecidas infralegalmente, como (i) la gravedad del hecho ilícito, (ii) las circunstancias de la comisión de la conducta antijurídica, (iii) el aprovechamiento obtenido por los sujetos responsables, (iv) el nivel de difusión pública del hecho ilícito, (v) la afectación o impacto social del hecho ilícito, (vi) la naturaleza y el rol funcional de la entidad pública perjudicada, (vii) el alcance competencial de la entidad pública perjudicada; y, (viii) el cargo o posición de los funcionarios públicos que faltan a sus deberes de probidad y lealtad.

Centrémonos en el último criterio, criterio que, por cierto, está contenido en los bienes jurídicos tutelados por el delito de peculado, intereses sociales que, debido a su importancia para proteger el sistema social, el legislador mediante la criminalización primaria fija dicha conducta como delictiva dentro del catálogo penal, haciéndola acreedora de una determinada consecuencia jurídica.

Adviértase que, a causa de lo señalado, el criterio “el cargo o posición de los funcionarios públicos” que inobservan sus deberes jurídicos de probidad y lealtad, pese a que ya está considerado en la descripción típica del delito (en la antijuridicidad material, concretamente); la criminalización secundaria reitera su valoración (excediendo inmotivadamente la colación del *ne bis in ídem*) a fin de establecer un monto por concepto de daño extrapatrimonial; aplicando injustificadamente dichos criterios *so pretexto* de demostrar un “daño moral”.

Finalmente, lo demostrado no se agota en identificar una mala práctica judicial (al aplicar dichos criterios) o doctrinal (al dar por sentado que las personas jurídicas pueden experimentar daño moral, sin antes estudiar los alcances conceptuales de dicha figura dentro del derecho interno), pues como es evidente, se está vulnerando una garantía constitucional de carácter implícito, que forma parte del contenido del Debido Proceso reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de nuestra Constitución Política; situación que lleva a transgredir los pilares fundamentales del Estado Social y Democrático, a la par de la nueva concepción de derecho que postula el Constitucionalismo Pospositivista, en tanto pregonar la coherencia del Ordenamiento Jurídico con los principios y el contenido axiológico derivado de los derechos fundamentales.

La posición argumentada (además de utilizar los métodos propios del derecho para obtener conclusiones dogmáticas) responde al proceso de razonamiento hipotético deductivo descrito por Zenteno y Osorno (2016), el cual hemos adoptado como esquema metodológico. Por lo tanto, se demuestra que se logró desarrollar los objetivos específicos: “explicar los alcances dogmáticos de los elementos descriptivos y normativos del delito de peculado contemplado en los artículos 387 y 388 del Código Penal, para identificar el contenido y los componentes del bien o bienes jurídicos protegidos” y “analizar los alcances legales y teóricos del principio *ne bis in ídem*, para determinar su vulneración respecto del criterio subjetivo de la determinación del daño extrapatrimonial en el delito de peculado”.

Paralelamente, hemos demostrado la primera hipótesis referida al *ne bis in ídem* como principio jurídico vulnerado con la determinación del daño extrapatrimonial en el delito de peculado.

3.4. LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA CON LA DETERMINACIÓN DEL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL EN EL DELITO DE PECULADO

Los siguientes componentes hipotéticos por desarrollar están referidos al principio de legalidad y al principio de seguridad jurídica.

Dogmáticamente, no hay conflicto en considerar que el principio de legalidad proviene del Estado de derecho, con el objeto de fortalecer la seguridad jurídica ante la histórica inestabilidad del sistema normativo; es debido a su relevancia que se encuentra regulado por el Derecho Privado, el Derecho Público, y los ordenamientos jurídicos internos, como es el caso peruano.

Se ha descrito en el apartado correspondiente, que gran parte de la doctrina posiciona al principio de legalidad como contenido del principio de seguridad jurídica, es el caso de Mir Puig (2011), Castillo Alva (2004) y Villavicencio Terreros (2016). Por el contrario, otros autores consideran que la legalidad contiene a la seguridad jurídica, como Salazar Sánchez (2019) al afirmar que el fundamento axiológico del principio de legalidad es la creación de la seguridad jurídica (p. 44).

Distintamente, habiendo desarrollado los alcances conceptuales y normativos de ambos principios, consideramos que ni el principio de legalidad está contenido en el principio de seguridad jurídica, ni el principio de seguridad jurídica está subsumido en el principio de legalidad. Pasa pues, que no ostentan una relación de sinonimia o pertenencia, sino más bien, están vinculados por una correspondencia de causa (principio de legalidad) – efecto (principio de seguridad jurídica).

Es así, en tanto la seguridad jurídica obliga a los poderes públicos a hacer predecibles sus decisiones y a actuar respetando los límites de proporcionalidad y razonabilidad, estructurándose como un derecho subjetivo que supone la expectativa razonable de que los márgenes de actuación, libertad y autonomía privada están respaldados por el Ordenamiento Jurídico y no serán arbitrariamente modificados e interrumpidos por el Estado o por los particulares; mientras que el principio de legalidad es quien delimita positivamente las directrices para que dicha predictibilidad y dichas expectativas sean posibles. Por lo tanto, en lo sucesivo nos referiremos únicamente al principio de legalidad, sin embargo, debe entenderse que este, como efecto inmediato, genera la vigencia del principio de seguridad jurídica (efecto mediato del principio

de legalidad); razón por la cual, al vulnerarse el primero, automáticamente se está contraviniendo al segundo.

Pues bien, ciertamente el principio de legalidad es considerado como el límite jurídico más importante para el legislador al momento de establecer conductas punibles y para los agentes jurídicos, en tanto están obligados a investigar, procesar y sentenciar a un individuo siguiendo las normas legales que el Derecho prevé.

Se han citado, asimismo, autores que consideran que el principio de legalidad es la garantía más importante en el Derecho Penal, como es el caso de Castillo Alva (2004) y otros juristas, como Hurtado Pozo (2005) quien comentando lo denominado por Franz von Liszt, lo cataloga como la “Carta Magna del delincuente”.

En efecto, este principio se erige como uno de los más relevantes en la constitucionalización del Derecho Penal, manteniéndose no solo como la norma fundamental del delincuente, sino como la directriz de actuación estatal y privada, que establece exigencias al legislador, al ejecutivo, al judicial y a los demás actores sociales, individualizados u organizados.

Formulamos que su vigencia abarca dos enfoques referidos a la vinculatoriedad de la ley, uno vertical y otro horizontal. A su vez, este último incluye un plano institucional y otro subjetivo.

La perspectiva vertical alude a la relación entre ciudadanos, el Estado y el Derecho, siendo la Ley la que delimita el poder público y las actuaciones de los particulares respecto al Estado. En este enfoque se ubica la criminalización primaria, es decir, la potestad de crear delitos y penas (cobrando importancia el principio de reserva de ley). Asimismo, se desprende de esta perspectiva la sujeción de los particulares (entiéndase individualizados o colegiados) y los sujetos procesales al imperio de la Ley, los primeros direccionando sus actuaciones conforme al fin comunicativo de la norma, y los segundos, respetando las normas procesales.

La vinculación entre particulares y la ley, así como entre instituciones estatales y el Derecho, se ubica en el enfoque horizontal del principio de legalidad, específicamente en su interrelación, conociendo verídicamente los límites de sus esferas de libertades protegidas respecto a otros.

Mediante este principio, la doctrina ha identificado diversas garantías, como la criminal, la garantía penal, la garantía jurisdiccional y la garantía de ejecución. La primera de ellas es la exigencia de la previa definición típica de las conductas punibles, la garantía penal permite describir abstractamente las consecuencias jurídicas atribuidas a los supuestos punibles. Por garantía jurisdiccional se entiende a la exigencia de un proceso penal preestablecido por el orden jurídico, la subsunción de las conductas al supuesto de hecho y aplicación concreta de la consecuencia jurídica a través de una sentencia judicial debidamente motivada. Finalmente, la garantía de ejecución busca que la efectivización de la decisión judicial (sentencia) se realice con sujeción a la Ley.

Aquellas garantías, a su vez, contienen exigencias. Ley escrita, ley precisa, ley estricta y ley previa. Por ley escrita (principio de reserva de ley), se expresa el carácter formal del Derecho Penal, por la precisión (principio de taxatividad), la ley debe ser redactada con la mayor determinación posible; debe ser estricta (principio de prohibición de la analogía) pues se considera como una de las únicas fuentes que tiene el juez para su actuación; y, finalmente, la exigencia de ser previa (principio de prohibición de la retroactividad), referida a que el contenido punible de una conducta debe estar redactado anticipadamente a efectos de que la misma sea conocida.

Debe precisarse, sin embargo, que, a nuestro criterio, las garantías del principio de legalidad no se agotan en un proceso penal, pues como se ve, las descritas están referidas a las etapas procesales, sea investigación e imputación (garantía criminal y garantía penal), acusación, enjuiciamiento (garantía jurisdiccional) o ejecución de la sentencia emitida (garantía de ejecución).

Por lo tanto, partiendo del enfoque horizontal del principio de legalidad y su carácter universal en el Ordenamiento Jurídico (no únicamente en el Derecho Penal); postulamos que en el derecho civil sustantivo la legalidad delimita la autonomía privada de los sujetos de derecho, informando el radio de acción positivo entre la interrelación de las esferas de libertades; haciendo posible que estos conozcan las actuaciones permitidas y las consecuencias producidas por sus conductas fuera de ese ámbito privado. Por lo tanto, se puede concluir que el principio de legalidad funge no solo como barrera a la potestad punitiva del Estado, sino también, a la autonomía privada de los particulares (y la libertad contractual en muchos supuestos).

Por ejemplo, el ordenamiento civil peruano declara nulo el acto celebrado por un particular sin observar las formas prescritas por la Ley; es el caso del artículo 1625 referido a la donación de bienes inmuebles, cuyo acto debe realizarse a través de escritura pública individualizando el bien donado, su valor real y las cargas que deben ser satisfechas por el donatario (artículo 1625 del Código Civil). Siendo así, nótese que el particular conoce – o debería conocer – la expansión de su autonomía privada para celebrar positivamente actos jurídicos (en este supuesto, una donación cumpliendo las formalidades exigidas por Ley) y comprende, asimismo, los límites a esa autonomía, entendiendo que, si no cumple con aquellas formalidades, las normas de orden público declararán dicho acto como nulo. La garantía del principio de legalidad a la que nos referimos, la llamaremos garantía de actuación.

En el ámbito del Derecho Penal, la garantía de actuación fácilmente puede ser identificada con las garantías criminal y penal, pues las tres están referidas a limitar la libertad y la autonomía privada. La garantía de actuación tiene fines civiles, mientras que las garantías criminal y penal tienen objetivos penales, describiendo conductas prohibidas y sus consecuencias jurídicas; *contrario sensu*, informando cuáles son las actuaciones exentas de responsabilidad penal; o en el caso del derecho privado, qué conductas son capaces de producir efectos jurídicos.

Veamos el caso del artículo 274 del Código Penal, el cual prescribe que si un individuo, encontrándose con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos litro; conduce, opera o maniobra vehículos motorizados privados (garantía criminal), será reprimido con pena privativa de la libertad (garantía penal); norma que no solo contiene una prohibición, según la literalidad del tipo penal, sino que también, tácita e inferencialmente, incluye un operador deóntico permisivo, es decir, la posibilidad de conducir un vehículo motorizado particular con presencia de alcohol en la sangre en proporción menor de 0.5 gramos litro, cuya acción no constituye delito (sin perjuicio de vulnerar normas contenidas en el Reglamento Nacional de Tránsito, que ameriten la imposición de un monto por concepto de multa al ser conductas calificadas como “muy graves”).

Entonces, sobre lo mencionado se concluye que la garantía de actuación (que, desde nuestros postulados, es aplicada en el ámbito del Derecho Civil) incluye tanto a la garantía criminal como a la garantía penal (propias del sistema penal).

Recapitulemos. El principio de legalidad como uno de los pilares fundamentales del sistema jurídico, en sede penal se manifiesta mediante garantías que la doctrina ha denominado garantía criminal, garantía penal, garantía jurisdiccional y garantía de ejecución; mientras que, en el ámbito del Derecho Civil sustantivo, se identifica la vigencia de la garantía de actuación, cuya noción coincide con las garantías criminal y penal, pero con efectos en las normas civiles.

Como se ha descrito, según el artículo 92 del Código Penal, la comisión de un hecho punible trae consigo, cuando menos, dos tipos de responsabilidad, por un lado, la responsabilidad penal referida al bien jurídico tutelado que, según el legislador, resulta vital para la convivencia social; y por otro, la responsabilidad civil que según el artículo 93 comprende la restitución o pago del valor del bien dañado y la indemnización de daños y perjuicios (artículo 93 del Código Penal, incisos 1 y 2).

Siendo así, el Código Penal mediante los artículos mencionados, deriva al aplicador del derecho- y al particular- a las normas civiles a efectos de determinar los alcances interpretativos de la institución de la responsabilidad civil, informando sobre los tipos de daños y los criterios para establecer un monto concreto que cumpla la función resarcitoria.

No obstante, como se ha demostrado teóricamente, la problemática radica en que el artículo 1985 del Código Civil peruano realiza una errónea interpretación de su contenido, permitiendo que los aplicadores del derecho, siguiendo ese desacierto, determinen el *quantum* indemnizatorio de perjuicios no patrimoniales (llamándolos *daño moral*) sufridos por las personas jurídicas, valorando criterios incorporados no por la Ley, como principal fuente del derecho, sino por la doctrina y la jurisprudencia; situación que vulnera las garantías del principio de legalidad y las exigencias de ley previa, ley escrita y ley estricta.

En efecto, al ser la categoría del “daño moral” (normativamente reconocida en el Código Civil) inaplicable a las personas jurídicas, todo criterio para establecer el monto indemnizatorio por dicho concepto resulta cuestionable e injustificado, pues como se ha establecido, no hay, propiamente, un “daño moral” que se deba indemnizar; por lo tanto, si no hay daño (al ser el elemento central de la responsabilidad civil), es inútil que el juzgador fije un monto reparador.

Sin embargo, hemos demostrado que las personas jurídicas estatales y las personas jurídicas sin fines de lucro o con actividades que posean esa naturaleza, son pasibles de experimentar perjuicios de orden no patrimonial. Empero, la indemnización que deberían recibir no se encuentra teóricamente justificada al aplicar criterios como (i) la gravedad del hecho ilícito, (ii) las circunstancias de la comisión de la conducta antijurídica, (iii) el aprovechamiento obtenido por los sujetos responsables, (iv) el nivel de difusión pública del hecho ilícito, (v) la afectación o impacto social del hecho ilícito, (vi) la naturaleza y el rol funcional de la entidad pública perjudicada, (vii) el alcance competencial de la entidad pública perjudicada; y, (viii) el cargo o posición de los

funcionarios públicos (Corte Suprema de Justicia de la República, 2020, pp. 17-20); los cuales, evidentemente, carecen de legalidad al no ser subsumibles en el “daño moral”, que el Derecho reconoce.

En consecuencia, fieles al esquema metodológico y al proceso de razonamiento hipotético deductivo, se asegura que el juez, sin razón normativa y teórica, aplica criterios no positivizados (y no contenidos en categorías jurídicas) que limitan los derechos de los procesados, al calcular un monto por concepto de daño moral; infringiendo no solo el principio comentado; que como efecto, genera inestabilidad, incertidumbre e inseguridad jurídica y la garantía de actuación, al estar determinada por el contenido de la norma y su fin comunicativo e informador; si no que contraviene todo el orden Constitucional Postpositivista al no adecuar las actuaciones judiciales a la maximización y realización de los principios que finalmente determinan la validez de las normas legales y actuaciones públicas. Pues, como se ha expresado, no solo se busca que el Estado proteja a la sociedad mediante la aplicación del Derecho Penal, sino que además, este debe proteger a la sociedad de la agresividad de la disciplina más violenta del sistema jurídico.

En suma, al haberse establecido el errado contenido e interpretación normativa de la categoría “daño moral” en el ordenamiento jurídico civil, y en la norma penal; los individuos, en especial el funcionario o servidor público, se generan una infundada representación de los perjuicios de orden no patrimonial que consideran deben proteger (garantía penal) o eventualmente indemnizar (garantía criminal); generándose, indiscutiblemente, una inseguridad jurídica.

Situación que no solo necesita ser descrita por el académico, sino que, urgentemente, debe ser evidenciada por el operador jurídico. Con esa esperanza, finalmente, concluimos afirmando que se ha demostrado la segunda y tercera hipótesis de la investigación, referida a la legalidad y seguridad jurídica como principios jurídicos vulnerados con la determinación del daño extrapatrimonial en el delito de peculado. Asimismo, se lograron desarrollar los objetivos específicos “analizar el

contenido normativo y dogmático del principio de legalidad, para verificar su afectación respecto a la aplicación de criterios no establecidos en la norma jurídica para determinar el *quantum* indemnizatorio por concepto de daño extrapatrimonial en el delito de peculado” y “explicar el contenido dogmático y normativo de la seguridad jurídica, para determinar su vulneración ante la predictibilidad de decisiones judiciales en la determinación del daño extrapatrimonial en el delito de peculado”.

CAPÍTULO IV

PROPUESTA DE ACUERDO PLENARIO

Habiendo demostrado que determinadas personas jurídicas son susceptibles de experimentar perjuicios con contenido no patrimonial, consideramos que negarles los mecanismos jurídicos para salvaguardar sus intereses y que estos sean resarcidos, no solo afectaría sus derechos conferidos por su condición de sujetos de derecho, sino también, vulneraría el fundamento político y económico de nuestro modelo de Estado. Por lo tanto, su afectación y no realización plena trascienden axiológicamente a los fines constitucionales que la República Peruana persigue; razón por la cual, a fin de no provocar la impunidad de aquellos perjuicios debido a la inexistencia de categoría normativa que determine su resarcimiento; se formula a continuación una propuesta jurídica, dando cumplimiento, a vez, al objetivo específico “elaborar una propuesta de acuerdo plenario que uniformice la aplicación del daño extrapatrimonial en el delito de peculado”.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTES, TRANSITORIA Y ESPECIAL

ACUERDO PLENARIO N.º 01- 2025/CIJ – 112

Base legal: Artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según la Ley 31595, del 26 de diciembre de 2022

Asunto: Fijar criterios para determinar el monto indemnizatorio por conceto de daño extrapatrimonial en los delitos de peculado.

Lima, primero de enero de dos mil veinticinco

Los jueces supremos de lo penal, integrantes de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República y del Juzgado Supremo de la Investigación Preparatoria, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 112 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente:

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. TEMA MATERIA DE ANÁLISIS

Primero. El presente Acuerdo Plenario tiene el objetivo de uniformizar la aplicación del daño extrapatrimonial en los delitos de peculado, a partir de los artículos 92 y 93 del Código Penal, relativo al contenido de la reparación civil.

Segundo. Ante la inexistencia legal de pautas para determinar el *quantum* indemnizatorio por concepto de daño extrapatrimonial en los delitos de peculado, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos a través de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción, estructuró la primera edición del “Manual de criterios para la determinación del monto de la reparación civil en los delitos de corrupción”, considerando criterios objetivos, subjetivos y criterios sociales. Dentro del primer grupo, se encuentra la gravedad del ilícito, modalidad de realización, reincidencia y la ventaja obtenida por el funcionario. En el segundo grupo, el Manual propone valorar la posición del funcionario en el Estado y su capacidad de representación; y finalmente, la naturaleza social de la función que fue objeto de defraudación e incumplimiento a causa de la comisión del delito, así como la difusión e impacto ocasionado al público por el ilícito, vinculado al impacto mediático que podría generar la comisión de la conducta contraria a la Administración Pública.

Tercero. Que, en el año 2019, la Corte Suprema de Justicia, emite la Casación N.º 189-2019 Lima Norte, estableciendo diversos criterios de cuantificación del daño extrapatrimonial: (i) la gravedad del hecho ilícito, (ii) las circunstancias de la comisión de la conducta antijurídica, (iii) el aprovechamiento obtenido por los sujetos responsables, (iv) el nivel de difusión pública del hecho ilícito, (v) la afectación o impacto social del hecho ilícito, (vi) la naturaleza y el rol funcional de la entidad pública perjudicada, (vii) el alcance competencial de la entidad pública perjudicada; y, (viii) el cargo o posición de los funcionarios públicos.

2. VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO *NE BIS IN ÍDEM* AL APLICAR LOS CRITERIOS PROPUESTOS PARA DETERMINAR EL MONTO INDEMNIZATORIO POR CONCEPTO DE DAÑO EXTRAPATRIMONIAL EN EL DELITO DE PECULADO

Cuarto. Que, se ha determinado la vulneración al principio *ne bis in ídem*, en tanto se parte del entendimiento de que las personas jurídicas carecen de semblanza subjetiva al tener únicamente personalidad impuesta por el Derecho. Por lo tanto, cualquier atentado en contra su honor o, de su derecho a la identidad (perjuicio “no patrimonial”) no es considerado per se *daño moral*, por ende, no sería subsumible jurídicamente en esta categoría civil.

Quinto. Sin embargo, se ha identificado que las personas jurídicas de derecho público y personas jurídicas sin fines de lucro son susceptibles de experimentar

perjuicio de carácter no patrimonial, no obstante, para que el perjuicio sea considerado como daño, según Fernández Cruz (2019), es necesario que concurren cuatro requisitos, el daño debe ser cierto, debe subsistir, debe contener especialidad y, debe ser injusto. No hay duda en que aquel perjuicio no patrimonial sufrido por la persona jurídica tiene individualizada al sujeto pasivo, es subsistente en cuanto vulneraría su honor, y además es injusto; sin embargo, jurídicamente no contiene certeza (puede que fácticamente sí), al no estar comprendido dentro de los alcances de la categoría “daño moral”.

Sexto. La problemática se ha identificado especialmente en el criterio “el cargo o posición de los funcionarios públicos que faltan a sus deberes de probidad y lealtad”, en tanto ya está contenido en los bienes jurídicos que protege el delito de peculado, intereses sociales que, debido a su importancia para proteger el sistema social, aplicando el principio de proporcionalidad y el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, el legislador mediante la criminalización primaria fija dicha conducta como delictiva dentro del catálogo penal, haciéndola acreedora de una determinada consecuencia jurídica.

Séptimo. Por lo tanto, “el cargo o posición de los funcionarios públicos” que faltan a sus deberes de probidad y lealtad, ya está valorado por el legislador para establecer dicha conducta como delictiva y aplicarle una pena, por lo que, al no estar comprendida en la categoría de “daño moral”, arbitraria e injustificadamente se estaría valorando (nuevamente) por el juzgador (en la criminalización secundaria) para establecer un monto por concepto de daño extrapatrimonial, evidenciándose, indiscutiblemente, la doble valoración de aquella situación; vulnerando el principio *ne bis in ídem*, específicamente a su manifestación material.

3. CRITERIOS PARA DETERMINAR EL MONTO INDEMNIZATORIO POR CONCEPTO DE DAÑO EXTRAPATRIMONIAL EN LOS DELITOS DE PECULADO

Octavo. Que, a fin de cumplir las finalidades de la categoría de responsabilidad civil, y no dejar de administrar justicia respecto a los perjuicios de carácter no patrimonial experimentados por las personas jurídicas susceptibles de sufrirlos, y garantizar la vigencia de sus derechos al honor y a la buen reputación constitucionalmente reconocidos, se establecen como criterios para determinar el *quantum* indemnizatorio los siguientes: (i) la gravedad del hecho ilícito, (ii) las circunstancias de la comisión de la conducta antijurídica, (iii) el aprovechamiento obtenido por los sujetos responsables, (iv) el nivel de difusión pública del hecho ilícito, (v) la afectación o impacto social del hecho ilícito, (vi) la naturaleza y el rol funcional de la entidad pública perjudicada y (vii) el alcance competencial de la entidad pública perjudicada, suprimiendo el criterio “el cargo o posición de los funcionarios públicos que faltan a sus deberes de probidad y lealtad” al ya estar considerado en el bien jurídico tutelado.

II. DECISIÓN

Noveno. En atención a lo expuesto, las salas penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en el Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 112 de la LOPJ, según la Ley 31595:

ACORDARON

Décimo. Establecer como doctrina legal, los criterios expuestos en el fundamento jurídico octavo.

Décimo primero. Precisar que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada deben ser invocados por los jueces de todas las instancias judiciales, sin perjuicio de la excepción que estipula el segundo párrafo del artículo 22 del TUO de la LOPJ, aplicable extensivamente a los Acuerdos Plenarios dictados al amparo del artículo 112 de la LOPJ, según la Ley 31595, de veintiséis de octubre de dos mil veintidós.

Décimo segundo. Publicar el presente Acuerdo Plenario en el diario oficial El Peruano. **Hágase saber.**

CONCLUSIONES

- A.** Los principios jurídicos vulnerados con la determinación del daño extrapatrimonial en el delito de peculado son, el *ne bis in ídem*, en su vertiente sustantiva y en su característica de colación de valoración de elementos y situaciones jurídicas y normativas; el principio de legalidad en su garantía de actuación y el principio de seguridad jurídica, al ser el efecto de la vigencia del principio de legalidad.
- B.** En el Ordenamiento Jurídico civil peruano, categoría del “daño moral” contiene al vocablo “daño a la persona” y se refiere a todos aquellos daños provocados a la esfera psicosomática del ser humano. La persona jurídica, aunque pueda sufrir “perjuicios no patrimoniales” debido a su naturaleza jurídica, no se constituye como sujeto pasivo de daño moral, por lo tanto, su aplicación carece de fundamento legal y dogmático que lo justifique.
- C.** La valoración del criterio para determinar el monto indemnizatorio por concepto de daño extrapatrimonial en los delitos de peculado “el cargo de los funcionarios o servidores” (Corte Suprema de Justicia de la República, 2020, pp. 17 - 20) que quebrantan los deberes funcionariales que rigen a la Administración Pública, vulnera el principio *ne bis in ídem* en su vertiente sustantiva y su característica de colación al valorarlo tanto para establecer el *quantum* indemnizatorio por responsabilidad civil y para definir, en la criminalización primaria (por el legislador) y secundaria (por el juez al conocer un caso concreto y analizar la antijuridicidad material) si la acción es punible, pues el tipo penal ya considera tal criterio dentro del bien jurídico protegido.
- D.** La ausencia de criterios positivizados para determinar el monto indemnizatorio por concepto de reparación civil en el delito de peculado y su incorporación en el Ordenamiento Jurídico por la jurisprudencia y la doctrina aplicando la categoría “daño moral” o “daño a la persona”, vulnera el principio de legalidad, específicamente, a la garantía de actuación, en tanto genera en el particular una falsa representación del contenido de los vocablos propios de la Responsabilidad Civil, y por lo tanto, erradamente conduce sus actuaciones sobre la vigencia del bien jurídico protegido

penalmente y la noción del funcionario o servidor público sobre lo que debe indemnizar al cometer el delito de peculado. Vulnerando, asimismo, la exigencia de ley previa y ley cierta.

- E.** El principio de seguridad jurídica que determina la predictibilidad de las decisiones judiciales se constituye como efecto de la vigencia del principio de legalidad a través de sus exigencias orientadas a la norma. Por lo tanto, el Ordenamiento Jurídico, al carecer de norma expresa que regule los criterios para determinar el monto indemnizatorio por concepto de daño extrapatrimonial en el delito de peculado, vulnera la seguridad jurídica al no dotar de certeza al particular y al aplicador del derecho sobre lo jurídicamente protegido por el ámbito no patrimonial de la responsabilidad civil en el delito de peculado.

RECOMENDACIONES

- A. Se recomienda al Poder Legislativo peruano, considerar los alcances argumentativos del presente trabajo para redefinir normativamente el término “daño moral” en el Ordenamiento Jurídico Civil peruano e implicancias en el Derecho Penal, en el marco de la Ley N.º 27658, Ley de Modernización de la Gestión del Estado, a fin de garantizar la vigencia de los Derechos Fundamentales de los ciudadanos en conflicto con las leyes penales y la efectivización de las finalidades propuestas por el Constitucionalismo pospositivista y el Estado Social y Democrático de Derecho.
- B. Se invoca, en atención al interés general, que el Poder Judicial considere la propuesta de Acuerdo Plenario estructurada en el presente trabajo para, uniformizar la aplicación del daño extrapatrimonial en el delito de peculado y dirimir la vulneración de los principios *ne bis in ídem*, legalidad y seguridad jurídica en el sistema jurídico; en virtud del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial que prescribe que los integrantes de las Salas Especializadas, se reúnan en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad; y coherentes con el Capítulo VIII de la Constitución Política del Perú.

LISTA DE REFERENCIAS

- Abanto, M. (2003). *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Palestra
- Abanto Vásquez (2003). *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Palestra Editores
- Aguiló Regla, J. (2007). *Positivismo y postpositivismo: dos paradigmas jurídicos en pocas palabras*. DOXA
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (1998). *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. DOXA
- Álvarez, H. y Huarcaya, B. (2018). *Delitos contra la administración pública: análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios*. Gaceta Jurídica
- Atienza, M. (2014). *Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo pospositivista*. Observatorio da Jurisdicao Constitucional.
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho penal parte general*. 2da Edición. Hammalabi
- Bobbio, N. (1951). *La Certeza de Diritto é un mito*. *Revista Internazionale di Filosofia del Diritto*.
- Cárdenas Gracia, J. (2007). *El Estado Absoluto al Estado Neoliberal*. UNAM
- Castillo Alva (2004). *Principios de Derecho Penal parte general*. Gaceta jurídica
- Carruitero, F. (2014). La investigación jurídica. UNAM. *Revista Jurídica "Docentia et Investigatio"*. Vol. 16, ISSN 1817 - 3594.
- Carrara, F. (1993). *Programa de Derecho criminal*. Vol. V. Temis.
- Castillo Alva, J. (2002). *Principios de derecho penal*. Gaceta Jurídica.
- Corbetta, P. (2007). *Metodología y técnicas de investigación social*. MC GRAW HILL.

- César Landa (2018). *Derecho procesal constitucional*. PUCP
- Corral, A. (2015). *La indización de documentos*. Dokutekana.
<https://acortar.link/cEOVko>
- Champo, N. y Serrano, L. (2019). *Reparación del daño, justicia restaurativa y género*. UNACH
- Espinoza Espinoza, J. (2014). La Reparación civil derivada de los delitos de corrupción en agravio del Estado: ¿qué derecho no patrimonial se lesiona? *Ius 360* <https://goo.su/80mbNFZ>
- Espinoza Espinoza, J. (2016). *Derecho de la responsabilidad civil*. 8va edición. Instituto Pacífico.
- Espinoza Espinoza, J. (2019). *El derecho de la responsabilidad civil*. Tomo I. Instituto Pacífico
- Espinoza Espinoza, J. (2003). *La influencia de la experiencia jurídica italiana en el Código Civil peruano en materia de responsabilidad civil*. PUCP
- Farji-Brener, A. G., (2007). Una forma alternativa para la enseñanza del método hipotético-deductivo. *Interciencia*, 32(10), 716-720.
<https://acortar.link/zXTqDT>
- Ferrajoli, L. (2006). *Garantismo penal*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ferrajoli, L. (2000). *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 121.
- Fernández Cruz, G. (2023). *El daño no patrimonial y el daño moral*. Ara Editores
- Fernández Cruz, G. (2019). *Introducción a la Responsabilidad Civil*. PUCP
- Fernández Sessarego, C. (2015). Daño moral. En Tratado de la responsabilidad civil contractual y extracontractual. Comentarios a las normas del Código Civil. pp. 245-294. Instituto Pacífico.
- Fernández Sessarego, C. (2002). Apuntes sobre el daño a la persona. en “*Ius et Veritas*”, N.º 25.

- Frisancho Aparicio, M. (2011). *Delitos contra la Administración de Justicia*. Jurista Editores.
- Gálvez Villegas, T. (2001). Delito de enriquecimiento ilícito. Idemsa
- García Caveró, P. (2019). *Derecho penal parte general*. Ideas
- García Caveró, P. (2021). *Derecho Penal Parte General*. Ideas
- García Pelayo, M. (1980). *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Editorial Alianza.
- Gómez Hernández, J. A. (2004). La recopilación documental. Para qué y cómo documentarse en Ciencias de la Información Documental. En Ríos Hilario & Frías Montoya (Coord.), *Metodologías de investigación en Información y Documentación* (pp. 33-70). Universidad de Salamanca.
- Gonzales, M. (2008). El Estado Social y Democrático de Derecho y el Estado Peruano. *Revista Derecho & Sociedad*. N°23.
- Guastini, R. (2007). *Estudios de la teoría constitucional*. UNAM
- Hermida, J & Quintana, L. (2019). La hermenéutica como método de interpretación de textos en la investigación psicoanalítica. *Perspectivas en Psicología*, 16(2), 73-80. <https://acortar.link/94Y4bw>
- Humberto Ávila (2012). Teoría de la seguridad jurídica. Cátedra de Cultura Jurídica Marcial Pons. Criado Sánchez.
- Hurtado Pozo (2005). *Manual de derecho penal parte general I*. 3ra edición. Grijley
- León Aguilar, R. (2021). Reflexiones sobre el daño moral en personas jurídicas. Lp Pasión por el Derecho <https://goo.su/4harjGw>
- León Vidal, V. (2015). *El Funcionario Público las Sanciones Penales en los Delitos de Corrupción*. Gaceta Jurídica.
- León Hilario, L. (2007). *La responsabilidad Civil: Líneas Fundamentales y Perspectivas*. Segunda Edición. Jurista.

- León Hilario, L. (2017). La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas. 3ra Edición. Instituto Pacífico
- Luis Rodríguez, J. (2021). La concepción Positivista del Derecho. En: Teoría Analítica del Derecho. Marcial Ponds
- Luzón Peña, D., García Conlledo, M. y Vicente, J. (2008). *Derecho penal parte general. Claus Roxin*. Civitas
- Marcial Rubio y Elmer Arce (2017). Teoría esencial del ordenamiento jurídico peruano. PUCP
- Mir Puig, S. (2006). *Derecho penal parte general*. 8va Edición. Editorial Reppertor
- Morales Luna, F. (2002). Principios Jurídicos y Sistemas Normativos. *Foro Jurídico*. pp. 149 – 156.
- Montoya, Y. (2020). *Derecho penal de principios justificación de la intervención punitiva*. Vol. I. Palestra
- Nakazaki Servigón, C. (2013). *Los delitos contra la administración pública en la jurisprudencia*. Gaceta Jurídica.
- Radbruch, G. (1932). *Rechtsphilosophie*. 2da edición
- Robert Alexy (1986). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 2da Edición. El Derecho y la Justicia.
- Rodríguez Arana, J. (2017). Principio de seguridad jurídica y técnica normativa. *Circulo de Derecho Administrativo*, pp. 251 – 268.
- Rodríguez, F. (2007). Generalidades Acerca de las Técnicas de Investigación Cuantitativa. *Paradigmas*, Vol. 2, N,° 1 Bogotá, D. C, pp. 9-39. ISSN 1909-4302.
- Rojas Vargas, F. (2006). Delitos contra la Administración Pública. Grijley
- Rojas Vargas, F. (2016). *Manual operativo de los delitos contra la Administración Pública*. Nomos & Thesis.
- Sagüés, N. (2012). Jurisdicción constitucional y seguridad jurídica. *Pensamiento Constitucional*. Año IV N° 4, pp. 217- 232.

- Salinas Sicca, R. (2014). *Delitos contra la Administración Pública*. 3ra Edición. Grijley.
- San Martín Castro, C. (2020). Derecho procesal penal lecciones. 2da edición. CENALES
- Sánchez Flores. F (2019). Fundamentos Epistémicos de la Investigación Cualitativa y Cuantitativa: Consensos y Disensos. *Revista Digital de Investigación en Docencia Universitaria*, ISSN 2223-2516.
- Sánchez, M. (2006). *Guía para Elaborar Tesis*. Universidad Nacional de Cajamarca.
- Sánchez, M. y Zavaleta, D. (2012). *Metodología e Investigación Jurídica*. Universidad Nacional de Cajamarca.
- Taboada Córdova, L. (2003). *Elementos de la responsabilidad civil*. 2da Edición. Grijley
- Taboada Córdova, L. (2013). *Elementos de la responsabilidad civil. Comentarios de las normas dedicadas por el Código Civil a la responsabilidad civil contractual y extracontractual*. 3ra edición. Grijley.
- Taboada Córdova, L. (2005). *Elementos de la responsabilidad civil*. Grijley.
- Tantaleán, R. (2015). El alcance de las investigaciones jurídicas. *Revista Derecho y Cambio social*. ISSN: 2224-4131
- Urquiza Olachea (2020). *Código procesal penal comentado*. Tomo I. Gaceta Jurídica
- Warat, L. (1983). Presupuestos kantianos y neokantianos en la teoría pura del derecho. *Revista de Ciencias Sociales*, pp.19-34.
- Zagrebelsky, G. (2003). *El derecho dúctil: ley, derecho, justicia*. Trotta.
- Zenteno Trejo, B. y Osorno Sánchez (2016). *Elementos para el diseño de investigación jurídica. Una perspectiva multidimensional*. UNAM