

Escuela de Posgrado

MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO
PENAL Y DERECHO PROCESAL PENAL

Tesis

**La imprecisa tipificación del delito de
peculado culposo contenido en el
Código Penal Peruano**

Hugo Anthony Espinoza Garcia

Para optar el Grado Académico de
Maestro en Derecho con Mención en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal

Huancayo, 2021

Repositorio Institucional Continental
Tesis digital



Esta obra está bajo una Licencia "Creative Commons Atribución 4.0 Internacional" .

Asesor

Mg. Juan Cárdenas Valdez

Dedicatoria

A mi madre Gaby García por todo el apoyo que me brindo, amor y la confianza que tiene en mí.

Reconocimiento

A la Escuela de Posgrado de la Universidad
Continental.

Índice

Asesor.....	ii
Dedicatoria.....	iii
Reconocimiento	iv
Índice	v
Índice de Tablas.....	ix
Índice de Figuras	x
Resumen	xii
Abstract.....	xiii
Introducción	xiv
Capítulo I Planteamiento del Estudio	16
1.1. Introducción.....	16
1.1.1. Precedentes.....	17
1.2. Formulación del Problema y Justificación del Estudio	18
1.2.1. Formulación del problema.....	18
1.2.2. Justificación del estudio	27
1.3. Antecedentes relacionados con el tema	29
1.3.1. Antecedentes nacionales	29
1.3.2. Antecedentes internacionales	32
1.4. Presentación de objetivos general y específicos	35
1.4.1. Objetivo general.....	35
1.4.2. Objetivos específicos	35
1.5. Limitaciones del estudio	35
Capítulo II Marco Teórico.....	37
2.1. Bases teóricas relacionadas con el tema.....	37
2.1.1. Categoría uno: Peculado	37
A. Definición.....	37
B. Características	39
C. Aspectos relevantes del delito de peculado en otros países.....	45
D. Teoría de los delitos culposos	50
E. Probanza de los delitos culposos	62

F.	Peculado culposo	68
G.	Principio constitucional de legalidad	83
H.	Análisis económico del delito de peculado culposo	87
2.1.2.	Categoría dos: la culpa	103
A.	La culpa en el derecho penal.....	103
B.	La culpa en el derecho civil	110
C.	La culpa en el derecho administrativo.....	114
2.2.	Definición de términos usados.....	119
2.2.1.	Peculado culposo	119
2.2.2.	Culpa leve.....	119
2.2.3.	Culpa inexcusable.....	119
2.2.4.	Culpa Consciente	120
2.2.5.	Culpa inconsciente.....	120
2.2.6.	Imprudencia	120
2.2.7.	Negligencia	120
2.2.8.	Impericia	121
2.2.9.	Peculado.....	121
2.3.	Hipótesis	121
2.3.1.	Hipótesis general	121
2.3.2.	Hipótesis específicas	122
2.4.	Categorías de estudio	123
2.4.1.	Categoría uno: peculado.....	123
2.4.2.	Categoría dos: la culpa	123
Capítulo III	Metodología de Investigación.....	124
3.1.	Tipo, alcance y métodos de investigación	124
3.1.1.	Enfoque de investigación	124
3.1.2.	Tipo de investigación general	124
3.1.3.	Tipo de investigación jurídica.....	125
A.	Tipo de investigación jurídica descriptiva.....	125
B.	Tipo de investigación jurídica propositiva	125
C.	Tipo de investigación jurídica comparativa	125
3.1.4.	Métodos de investigación jurídica	126
A.	Método de investigación jurídica exegético	126

B.	Método de investigación jurídica del análisis económico del derecho.....	126
C.	Método de investigación jurídica hermenéutica	127
D.	Método de investigación jurídica de la argumentación.	127
3.1.5.	Método de interpretación jurídica	127
A.	Método de interpretación jurídica <i>ratio legis</i>	127
B.	Método de interpretación jurídica sistemático	128
C.	Método de interpretación jurídica sociológico	128
3.2.	Diseño de investigación.....	129
3.3.	Población y muestra	129
3.3.1.	Tabla de muestra de estudio uno: <i>Libros y sentencia</i>	129
3.3.2.	Tabla de muestra de estudio 2: Jurista especializados en penal o civil.....	130
3.4.	Técnicas e instrumentos de recolección de datos	130
3.4.1.	Técnicas de recolección de datos	130
3.4.2.	Instrumento de recolección de datos	131
3.5.	Técnica de análisis de datos	131
Capítulo IV	Resultados	132
4.1.	Resultados del tratamiento de la información	132
4.1.1.	Resultados del primer objetivo específico	132
4.1.2.	Resultado del segundo objetivo específico	141
4.1.3.	Resultado del tercer objetivo específico	150
4.1.4.	Resultado del objetivo principal	160
4.2.	Discusión de los resultados	162
4.2.1.	Discusión de la primera hipótesis específica	162
4.2.2.	Discusión de la segunda hipótesis específica	166
4.2.3.	Discusión de la tercera hipótesis específica	170
4.2.4.	Discusión de la hipótesis principal	174
Conclusiones	176
Recomendaciones	177
Referencias Bibliográficas	178
Anexos	188

Anexo 1: Encuesta de Investigación respecto a la culpa en el peculado culposo contenido en nuestro código penal peruano	188
Anexo 2: Proyecto de Ley que modifica el artículo 387 del código penal y precisa la conducta punible del delito de peculado culposo.....	193
Anexo 3: Formato de ficha bibliográfica	198
Anexo 4: Matriz de consistencia	199

Índice de Tablas

Tabla 1	Operacionalización de la categoría 1: peculado.....	123
Tabla 2	Operacionalización de la categoría 2: la culpa	123
Tabla 3	Tabla de muestra de estudio uno: Libros y sentencia	129
Tabla 4	Tabla de muestra de estudio 2: Jurista especializados en penal o civil	130

Índice de Figuras

Figura 1. ¿Conoce usted qué tipo de culpa sanciona el delito de peculado culposo contenido en el código penal peruano?	135
Figura 2. ¿Señale Usted, que afirmación debe ser sancionada por el delito de peculado culposo contenido en nuestro código penal peruano?.....	136
Figura 3. ¿El peculado culposo sanciona la culpa consciente o inconsciente?	138
Figura 4. ¿Considera usted que el bien jurídico protegido por el delito de peculado culposo puede ser lesionado levemente?	140
Figura 5. ¿Usted cree, que los caudales o efectos con un valor menos a $\frac{1}{4}$ de UIT producto de la comisión del delito de peculado culposo, no deberían ser sancionados penalmente?	141
Figura 6. ¿Considera usted que la tipificación del delito de peculado culposo es entendible?.....	144
Figura 7. ¿Considera usted, que la tipificación del delito de peculado culposo contenido en el código penal peruano debería tipificarse de mejor manera?	145
Figura 8. ¿Considera usted, que la tipificación del delito de peculado culposo contenido en el código penal peruano vulnera el principio de tipicidad?	147
Figura 9. ¿Considera usted, que la tipificación del delito de peculado culposo contenido en el código penal peruano es entendible por un ciudadano con conocimientos básicos?.....	148
Figura 10. ¿Considera usted que la tipificación del delito de peculado culposo contenido en el código penal peruano debería ser tipificado de una forma sencilla a fin de poder ser entendido por un ciudadano común?	149
Figura 11. ¿Considera usted que los bienes sustraídos de un valor menor a $\frac{3}{4}$ de UIT por culpa del funcionario público no debería ser sancionado penalmente?	152
Figura 12. ¿Considera usted que el delito de peculado culposo en bienes sustraídos de un valor menor a $\frac{3}{4}$ de una UIT debería ser sancionado por un tribunal administrativo y no por un tribunal penal?	154

Figura 13. ¿Considera usted que el delito peculado culposo en bienes sustraídos con un valor menos a $\frac{1}{4}$ de UIT estaría lesionando el patrimonio del estado de manera relevante, protegido por el ordenamiento jurídico?	156
Figura 14. ¿Considera usted que las funciones del empleado público pueden estar establecidas de manera complementaria en documentos internos y órdenes expresas?	158
Figura 15. ¿Considera usted que debería ser sancionado penalmente un funcionario público que cometa el delito de peculado culposo en bienes que sean medicamentos esenciales y de un valor menos a $\frac{3}{4}$ de UIT?	159
Figura 16. ¿Considera usted que es necesario modificar la tipificación del delito de peculado culposo contenido el código penal peruano con la finalidad que sea entendible por una persona con un conocimiento básico en derecho?	161
Figura 17. ¿Es una buena propuesta modificatoria “si el agente omite o realiza con imprudencia profesional sus funciones establecidas en las normas legales ocasiona sustracción de causales o efecto de un valor un $\frac{3}{4}$ de UIT será?	162

Resumen

En la investigación se ha establecido una propuesta modificatoria, para aclarar el tipo penal del delito de peculado culposo y de esa manera se estaría delimitando la conducta punible en el Código Penal peruano. Uno de los problemas es la mala tipificación del delito, otro es no establecer un valor mínimo de los bienes dañados; estas definiciones son necesarias para diferenciar conductas punibles y no punibles, y así disminuir el archivamiento injustificado de investigaciones por parte de un sector de fiscales del Perú, así como también una disminución de la carga procesal y la obtención de sentencia absolutoria. Esta investigación se ha realizado bajo una metodología dogmática, así también se utilizó una metodología jurídica hermenéutica, exegético; básica descriptiva y de diseño no experimental transeccional, de igual forma se ha utilizado la técnica de análisis documental y la encuesta. El resultado que se ha llegado es el siguiente: “Si el funcionario o servidor público omite o realiza con imprudencia profesional sus funciones establecidas en las normas legales, documentos internos u otros, de manera que ocasione la sustracción de caudales o efectos de un valor mayor a $\frac{3}{4}$ de UIT, será reprimido (...)”. Es la propuesta modificatoria, que logra aclarar el tipo penal del delito de peculado culposo y de esa manera se estaría delimitando la conducta punible, que busca ayudar a obtener sentencias condenatorias, esto con el fin de disminuir los archivamientos injustificados y reducir la carga procesal. Por último, como conclusión más importante planteamos la siguiente: “La tipificación del delito de peculado culposo, contenido en el Código Penal peruano, vulnera el principio constitucional de legalidad y tipicidad; puesto que no es entendido por una fracción de fiscales del Perú, y menos aún puede ser entendido por cualquier ciudadano de formación básico”

Palabras clave: principio de lesividad, peculado culposo, principio de legalidad, peculado y la culpa.

Abstract

In the investigation a modification proposal has been established, managing to clarify the criminal type of the crime of culpable embezzlement and in this way the punishable conduct contained in the Peruvian Penal Code would be delimited, one of the problems is the bad classification of the crime, another problem is not to establish a minimum value of the damaged goods, these definitions are necessary, to differentiate punishable and non-punishable behaviors, and thus reduce the unjustified filing of investigations by a sector of Prosecutors of Peru, as well as a decrease in the procedural burden and obtaining an acquittal. This research has been carried out under a dogmatic methodology; thus, a hermeneutical, exegetical legal methodology has also been used; basic descriptive and transectional non-experimental design, in the same way the documentary analysis and survey technique has been used, the result that has been reached is the following: in the legal norms, internal documents or others, in a way that cause the subtraction of flows or effects for a value greater than $\frac{3}{4}$ of UIT. It will be repressed ... ", is the amending proposal, which manages to clarify the criminal nature of the crime of culpable embezzlement and in this way the punishable conduct would be delimited, thus helping to obtain: convictions, reducing unjustified filings and reducing the procedural burden; Finally, as the most important conclusion is: "The classification of the crime of culpable embezzlement contained in the Peruvian Penal Code violates the constitutional principle of legality and typicity, since it is not understood by a fraction of Prosecutors of Peru, and even less can be understood by any citizen of basic training. "

Keywords: principle of injury, guilty embezzlement, principle of legality, embezzlement and guilt.

Introducción

El delito de peculado culposo se encuentra tipificado en el último inciso del artículo 387° del Código Penal peruano, existen problemas de tipificación de esta conducta punible, puesto que no es entendible para un sector de operarios del derecho, así lo señala la Defensoría del Pueblo del Perú, en su Informe Defensorial N.º 168. A su vez, este delito es aclarado y especificado en el Acuerdo Plenario 4-2005-CJ-116, sin embargo, estas especificaciones o aclaraciones deberían darse en la propia ley; de esa manera no vulneraría el principio de legalidad y tipicidad, puesto que toda sanción penal debe estar redactada en una ley de forma clara, concisa, específica, sencilla y entendible por cualquier ciudadano con un conocimiento básico.

Dicho lo anterior existe una mala tipificación del delito de peculado culposo, referido a la conducta punible, puesto que se encuentra mal redactado y poco entendible para cualquier ciudadano con un conocimiento básico, de igual forma el valor mínimo de los bienes dañados no se encuentra establecido en la tipificación del delito. Para ser considerada lesiva, la conducta y la falta de estas especificaciones en la tipificación conlleva al archivamiento injustificado de procesos y a la obtención de sentencia absolutorias, como también al aumento injustificado de la carga procesal.

Para resolver estos problemas, la presente investigación se enfoca en hacer un análisis del delito de peculado culposo, así como también busca establecer una tipificación donde se delimite la conducta punible, de forma objetiva y se establezca el valor mínimo de un bien dañado. Y así sea sancionado penalmente la conducta lesiva de un funcionario público, la redacción del delito debe tipificarse de forma tal que el funcionario pueda comprender de una manera sencilla la conducta punible. Asimismo, toda complementación o especificación de la conducta debe darse a través de una ley y no a través de un acuerdo plenario, por lo tanto, es necesario respetar los principios constitucionales de legalidad y tipicidad. Esto se logrará

delimitando la conducta de una manera más objetiva, para facilitar así la diferenciación de una conducta punible de una no punible, con el propósito de disminuir los archivamientos injustificados de procesos, además de reducir la carga procesal injustificada y la obtención de sentencias absolutorias.

Para poder dar una solución óptima, se ha realizado un estudio dogmático, hermenéutico, exegético de un tipo de investigación básica descriptiva y de diseño no experimental transeccional. Así mismo, para la recolección de datos se utilizó la técnica de análisis documental, la más adecuada para la obtención de información contenidas en las sentencias; además se aplicó la técnica de encuesta para la obtención de información de juristas, que busca ayudar así a demostrar la existencia de un problema de tipificación como también determinar la viabilidad de la propuesta modificatoria.

Toda esta información recolectada, se ha dividido en los siguientes capítulos: capítulo I Formulación del problema; capítulo III Marco teórico; capítulo III Metodología de investigación; y capítulo IV Resultados y discusión. Asimismo, esta investigación ha tenido un enfoque en el ámbito de los delitos imprudentes, el peculado culposo, los principios constitucionales y la lesividad del patrimonio del Estado en los casos concretos.

Por último, los resultados obtenidos en esta investigación se basaron en argumentos y datos recolectados; si bien la propuesta modificatoria puede mejorarse, esta propuesta cumple con los requisitos mínimos para no vulnerar los principios constitucionales de legalidad y tipicidad, indispensables para poder sancionar conductas punibles, además la finalidad de esta investigación fue describir la culpa en el delito de peculado culposo.

Capítulo I

Planteamiento del Estudio

1.1. Introducción

El Perú está enfrentando una pandemia producto de la COVID-19, en esta situación las vacunas son un bien muypreciado para nuestra población, sin embargo, se están presentando casos de mala utilización o sustracción de vacunas, producto de ello el exministro Ugarte explicó al Congreso los nuevos protocolos, para prevenir la pérdida y mal uso de estos (Gestión, 2021). Estas pérdidas o mal uso de estos bienes, a su vez son protegidos por el derecho penal, a través del delito de peculado doloso y culposo, si por tal situación existirán casos de pérdida o uso de vacunas, tendrán que ser investigados por las fiscalías del país, que resultará en el aumento de procesos penales por el delito de peculado. Además, se ha escuchado en las noticias que existen funcionarios públicos que se benefician de las vacunas, como es el caso de vacunagate y otros (Gestión, 2021). Sin embargo, no solo se debe sancionar al funcionario público que con intencionalidad se apropie o utilice estas vacunas, sino también al funcionario responsable de custodiar o administrarlas, así lo establece nuestro Código Penal peruano en el artículo 387° último inciso, donde tipifica el delito de peculado culposo, y sanciona al funcionario público por la no toma de precauciones necesaria, para evitar la sustracción de bienes a su cargo.

También, existe un problema que se viene arrastrando desde antes de la pandemia, la cual es identificar a qué tipo de culpa se refiere el delito de peculado culposo, si bien la definición de culpa no está tipificada como tal en el artículo 387° del Código Penal peruano, la esta definición se debe realizar a través de un análisis de la teoría del delito, dado que en algunos casos no es tan fácil de comprender. Así mismo, el tipo o grado de culpa necesaria para sancionar penalmente una conducta ha sido desarrollado en diferentes ramas del derecho, encontrando una amplia variedad de definiciones en el derecho

penal y en el derecho civil, donde ambas tienen sus propias teorías, definiciones, grados, manifestaciones, entre otros.

La culpa necesaria para poder sancionar a un funcionario público por la sustracción de bienes o caudales deberá entenderse desde un punto de vista de las obligaciones y funciones del empleado público, en vista a la existencia de un vínculo contractual entre el trabajador y la institución, la no especificación del concepto de culpa en el delito de peculado culposo conlleva a la apertura de investigaciones que finalizará en una sentencia absolutoria y en otros casos conllevará al archivamiento injustificado del proceso, por lo que se obtendrá como resultado la utilización injustificada de recursos del Estado y el aumento de la carga procesal innecesaria.

A menos que se delimite de manera más objetiva el delito de peculado culposo, el archivamiento de los procesos estará latente; a pesar de que existe jurisprudencia emitida por el Poder Judicial, esta no es suficiente para aclarar el concepto de culpa y la conducta punible de este delito. Dado que existe contradicción entre sus afirmaciones como, por ejemplo, la afirmación siguiente señalada en el Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116: “Culpa es un término global usado para incluir en él todas las formas conocidas de comisión de un hecho, diferentes al dolo, la fuerza mayor y el caso fortuito” (p. 33). Y con la siguiente afirmación: “Habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando este no toma las precauciones necesarias para evitar las sustracciones (...)” (p. 33), es decir, la definición de culpa se deberá tomar de forma general o solo será cuando el sujeto no tome las precauciones necesarias.

1.1.1. Precedentes

Existen muy pocos estudios que analizan la culpa en el delito de peculado culposo, por ellos, es imprescindible establecer un concepto de culpa necesaria para imputar a un funcionario público por el delito de peculado culposo. Así mismo, es necesario delimitar de manera más objetiva el tipo penal, si bien existe trabajos donde tratan acerca de la cuantía mínima de los daños en el delito de peculado, como es

la tesis de Ortiz (2019), donde establece fijar una cuantía mínima para apertura un proceso por el delito de peculado doloso; y otra investigación (Capcha, 2016), donde se propone crear acuerdos reparatorios del daño. Estas son propuestas interesantes, pero que no estudian la culpa en el delito de peculado imprudente, concepto fundamental para poder entender la figura y simplificar la labor de la Fiscalía, que busca ayudar así el archivamiento injustificado de procesos, la mala utilización de recursos e incrementar la carga procesal innecesariamente.

1.2. Formulación del Problema y Justificación del Estudio

1.2.1. Formulación del problema

Si a la gran mayoría de peruanos le preguntáramos, ¿cuál es el mayor problema que enfrenta el país?, es muy probable que nos digan que es “la corrupción de funcionarios y autoridades”, en sí un 62 % de peruanos afirma esta premisa (Consejo Nacional Para la Ética Pública, 2017). Ahora si a las mismas personas le preguntáramos, ¿cuán efectivo cree que son los resultados de las denuncias por casos de corrupción?, probablemente nos dirían muy poco efectivo o nada efectivo, en si un 78 % de peruanos afirma esta premisa (Consejo Nacional Para la Ética Pública, 2017), es decir, los ciudadanos entienden que existe un problema grave en el país, el cual es la corrupción, sin embargo, señalan que existe poco o nada de efectividad, por parte de los responsables de investigar o juzgar estos delitos.

Esta percepción se puede dar por diferentes factores, entre ellos están los archivamientos injustificados de algunos procesos o la obtención de una sentencia absolutoria por parte de los fiscales, contrario a la finalidad de los procesos penales donde se busca la sanción penal.

Asimismo, se debe señalar que no todo archivamiento de una investigación es malo, sino solo los archivamientos injustificados, el archivamiento injustificado, estos se dan cuando el fiscal cierra una investigación sin ninguna justificación, lo que conlleva a la impunidad de los casos archivados, el Informe Defensorial N.º 168 realizado por la Defensoría del Pueblo señala lo siguiente: “En las denuncias por peculado prima la estimación de los hechos como no delictuales (39 %) (...)” (p. 148). Es decir, que el gran problema que existe para los operadores del derecho es el desconocimiento de determinar si un funcionario público cometió el delito de peculado en ciertos casos, puesto que la tipificación no es la mejor. Por otro lado, esta deficiencia no es el único problema que existe, la tipificación del delito de peculado culposo no es la más adecuada, puesto que existe una imprecisa tipificación del delito de peculado culposo contenido en el último inciso del artículo 387º del Código Penal peruano, para comprender esto primero definiremos la conducta punible del delito, contenido en el Código Penal peruano donde define al delito de peculado culposo lo siguiente: “Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos (...)”

Para entender esta expresión se debe partir primero sobre la definición de la palabra *agente*, entendiéndose esta palabra según la Real Academia Española (en adelante RAE), como el “qué obra o tiene capacidad de obrar” (párr. 1), es decir, el sujeto activo del delito es el funcionario público, de igual forma culpa lo define según la RAE en su tercera acepción como “omisión de la diligencia exigible a alguien, que implica que el hecho injusto o dañoso resultante motive su responsabilidad civil o penal” (párr. 1). Por último, las voces *dar* y *ocasión*, para la primera la RAE la define en sus acepciones dos y tres de la siguiente manera: “Entregar. Conceder, otorgar” (párr. 1); en cambio, la segunda palabra la RAE la define en sus acepciones una y dos: “Oportunidad que se ofrece para ejecutar o conseguir algo. Causa o motivo por que se hace o acaece algo” (párr. 1).

En pocas palabras, el significado de peculado culposo según la tipificación del Código Penal y utilizando las definiciones generales de la lengua castellana como “el funcionario público que omite diligencia exigible al propio funcionario entrega o concede una oportunidad para la sustracción de bienes o efectos”, sin embargo, el Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116 define distinto el peculado culposo, en su inciso 9.b señalando lo siguiente sobre el delito “Habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando este no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones (...) vale decir cuando viola deberes del debido cuidado sobre caudales efectos (...)” (p. 33). Esto es distinto a lo tipificado por el Código Penal peruano, es decir, existe un problema de tipificación, puesto que el significado o interpretación no es la mejor, de igual forma lo señala Hugo y Huarcaya (2018) “(...) la expresión “por culpa diere lugar” resulta equívoca porque solo la imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia da origen a la culpa. Si posibilita dicha sustracción, la conducta parece estar más próxima a un hecho doloso que culposo.” (p. 260), el problema se enfoca en la semántica lingüística de la tipificación del delito de peculado culposo contenido en el artículo 387º del Código Penal peruano, debido a que no es está redactada de una forma simple y exacta entendible por cualquier ciudadano.

Por otro lado, existen procesos de peculado culposo, que conlleva a la obtención de sentencias con una inadecuada motivación, vulnerando el principio de debida motivación de las resoluciones judiciales, un ejemplo de ello es la sentencia N.º 33-2012 de fecha 22 de mayo de 2012 del expediente N.º 1488-20111-96-1706-JR-PE-06, expedida por la segunda sala penal de apelaciones de la Corte Superior de Justicia Lambayeque, como lo señala la sentencia del Tribunal Constitucional EXP. N.º 04298-2012-PA/TC, de igual forma la sentencia de vista emitida por la sala de apelaciones de la Corte Superior Especializada en delitos de corrupción de funcionarios de fojas seiscientos nueve, señalado en la sentencia de casación N.º

7273-2017 Apurímac, estas inadecuadas motivaciones probablemente se dan por el no entendimiento de la esencia de la conducta punible del delito de peculado culposo, lo que conlleva a la utilización injustificada de recursos del Estado o al incremento innecesario de la carga procesal en los Juzgados.

Esto sucede debido a la redacción actual del delito de peculado culposo, donde no está determinada de forma clara y precisa la conducta punible en el artículo 387° del Código Penal peruano, dado que no se establece el nivel o tipo de culpa necesaria para sancionar la conducta del funcionario público. De igual forma no establece el valor mínimo de los bienes dañados, para considerarlo lesivo y así sancionar la conducta del funcionario público, por la vía penal, un ejemplo de esto sería el siguiente: ¿Qué sucedería si la custodia de un bien no está establecido en el Manual de Funciones de una institución y producto de una emergencia se le autorizó la custodia fáctica de los bienes al funcionario público, y producto del mal manejo de estos, son sustraídos de la esfera patrimonial del Estado, se debería sancionar penalmente?

En el ejemplo relatado líneas arriba, observamos que no existe una normativa específica donde señale la obligación del buen manejo de los bienes en custodia, por parte del funcionario público, sino que solo existe el manual de funciones generales, donde no está determinada esta función fáctica. En el caso de circunstancia externas, donde es necesario salirse de ciertos procesos establecidos de forma general, según Borjas (2020), el delito de peculado culposo se implementó por primera vez en el Perú “en el segundo párrafo del artículo 346 del Código Penal de 1924, habiéndose tomado como referencia el artículo 406 de Código Penal Español de 1870 (...)” (párr. 15), conocido en España como delito de peculado imprudente, sin embargo, la figura del delito de peculado culposo fue eliminado del Código Penal Español, así lo afirma Borjas (2020) indicando que “el

vigente corpus penal español 1995 y sus sucesivas modificaciones, no sanciona el peculado imprudente, pues de manera correcta se ha considerado que para tal ilícito deberá encargarse el derecho administrativo sancionador (...)” (párr. 15). Es decir, que estas conductas que causan daño al patrimonio del Estado sin haber voluntad se deberán sancionar por el derecho administrativo, mas no por el derecho penal.

Si bien en la actualidad España no sanciona el delito de peculado imprudente, en nuestro país aún se encuentra tipificado en el artículo 387 del Código Penal peruano, donde literalmente señala lo siguiente: “Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos (...)” (Código Penal, 2015, p. 304), como observamos el delito de peculado culposo, sostiene que deberá existir una acción con culpa por parte del funcionario público, que conlleve a la sustracción de caudales o efectos producto del incumplimiento de sus obligaciones de vigilancia y cuidado de los bienes a su cargo.

Como podemos apreciar el tipo o grado de culpa, no se encuentra tipificado de manera específica en al artículo 387 del Código penal peruano, si bien existe el Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116, donde define la culpa en su numeral 9 inciso b “(...) habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando este no toma las precauciones necesarias para evitar sustracción (...)” (Corte Suprema del Perú, 2005, p. 33). Esta definición o explicación no aclara al tipo o nivel de culpa necesaria para imputar al sujeto activo por el delito de peculado culposo, es más genera más dudas como a que se refiere con el término “precauciones necesarias”. Por ejemplo, existirá una conducta punible cuando el responsable de vigilancia observe que existen ventanas que facilitan el ingreso de tercero a través de la vivienda colindante, y solo impide el ingreso a la institución un candado fácil de romper, un día ingresan por la ventana terceros

rompiendo el candado y sustrayendo cinco computadores de la institución, pregunta ¿el vigilante debió tomar las precauciones necesarias para asegurar este ingreso? o ¿no?, algunos dirían que no, puesto que no es parte de su función mejorar la seguridad de posibles entradas del edificio, otros dirán que sí, dado que la finalidad de su servicio es cuidar y proteger los bienes de la institución y debió tomar las precaución necesaria para evitar la sustracción, como comunicar o cerrar el ingreso del edificio colindante, de ahí que todavía nos quedemos con la duda ¿Cómo el funcionario cumplirá con las precauciones necesarias? Supongamos otro caso donde podemos ver de manera clara que el funcionario no tomó las precauciones necesarias y producto de ello se sustrajo un termo de propiedad de la institución pública, no obstante, el valor del termo es de s/.80.00 soles, ¿se debería iniciarse un proceso penal por este hecho?

Si bien el Acuerdo Plenario ayuda aclarar en algo el tipo penal, la aclaración no es suficiente puesto que no determina cuanto debe ser el valor mínimo de daño, necesario para diferencia conductas lesivas de las conductas no lesivas, de igual forma no determina de forma objetiva cual es el deber de cuidado y cuál es la conducta específica punible, puesto que a la fecha existen procesos donde un sector de fiscales que no diferencia conductas punibles de las no punibles, de igual forma existe casos donde no existe un reglamento interno o si existiera es contradictorio de la función fáctica, así mismo este Acuerdo Plenario no es de observancia obligatoria, es decir, podría existir fiscales y jueces que podrían desconocer esta definición, sustentándose en otros argumentos.

Para Ruiz (2016), la culpa se subdivide en lo siguiente: “i) culpa consciente y ii) culpa inconsciente” (p. 6); la gran diferencia que existe entre estas dos radica “en la previsibilidad que pueda tener el hombre medio: si prevé el resultado será culpa consiente, de lo contrario será inconsciente si el hecho no podría ser previsto” (Ruiz, 2016, p. 6).

Para entender mejor esta definición pondremos un ejemplo: una persona conduce por la carretera y atraviesa un pueblo, donde el conductor observa una señal que indica disminuya la velocidad, por lo que reconoce el posible riesgo. Si no disminuye la velocidad, es probable que atropelle a una persona, sin embargo, el confía en sus habilidades de conducir y en su perfecta vista, haciendo caso omiso a la señalización, sin tener la intencionalidad de causar daño. Sin embargo, conoce el latente riesgo, pero el confía en evitarlo. En el caso de no poder evitar el atropello, el sujeto habría actuado con culpa consciente, puesto que era previsible el posible riesgo.

El mismo conductor va por la carretera respetando la velocidad máxima y las señalizaciones de tránsito, y no habiendo poblados cercanos atropella a una persona, el conductor actuó con culpa inconsciente, puesto que ignoraba el peligro o no pudo predecir que alguien pasaría por donde estaba manejando, en este caso habría actuado con culpa inconsciente.

Ruiz (2016) también sostiene que la culpa puede manifestarse de las siguientes maneras:

- La imprudencia, según Ruiz (2016), “es aquella forma de la evitabilidad en la que falta el conocimiento de lo que ha de evitarse. Es la falta de una relación volitiva o la falta de previsión segura” (p. 8). Un ejemplo de la imprudencia sería cuando el responsable de almacén observa que existe la posibilidad de lluvias fuertes, sin embargo, no revisa que las ventanas del almacén estén cerradas o no retira los bienes que se encontraban cerca de las ventanas del almacén, y producto de ello se mojaron y quedaron inutilizados, en este caso, el funcionario es responsable, puesto que actuó con imprudencia, en vista que existía la posibilidad de llover y no previno de los daños que causaría a los bienes, que se encontraba cerca de las ventanas del almacén.

- La negligencia para Ruiz (2016) es “obrar u omitir, de los cuidados debidos a que no le permitieron tener conciencia de la peligrosidad de su conducta para la persona, bienes o intereses de terceros” (p. 9). En este caso actuar con negligencia sería si la función de cerrar las ventanas y mover los bienes se encontrara establecido en el manual de funciones del funcionario, por ejemplo, la función antes de cerrar almacén 2.1 “antes de cerrar el almacén se debe verificar que las ventanas estén bien cerradas, así mismo apartar todos los bienes cercanos a ellas”, es decir, existe una función establecida, pero el responsable de almacén se niega a realizarlo en este caso estará actuando con negligencia.
- La impericia, según Ruiz (2016), “es la insuficiente aptitud, habilidad o deficiencia técnica para el ejercicio de un determinado oficio, arte o profesión (...) resultados dañosos por parte de quien carece de preparación debida” (p. 10). Esto es, será responsable el funcionario público por su inexperiencia propia, puesto que cerrar la venta y apartar los bienes de la ventana, son prácticas comunes y de conocimiento básico de toda persona que ejerza el puesto de almacenero, sin embargo, el funcionario no lo realiza, debido a su desconocimiento técnico o inexperiencia, en esta situación estaría actuando con impericia.

Observamos, que la culpa se puede manifestar de diferentes maneras, así mismo en estas situaciones la persona responsable no tomó las precauciones necesarias para prevenir un posible daño; en tal sentido, el Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116 no señala a qué tipo de manifestación de culpa se refiere ni mucho menos señala el valor mínimo del bien dañado para ser sancionado penalmente, las directrices dadas por el Acuerdo Plenario no son eficientes para poder determinar de manera objetiva qué tipos de conducta debe sancionarse por el delito de peculado culposo.

Según el Informe Defensorial N.º 168, en promedio los archivamientos inadecuados de proceso que investigan el delito de peculado es del 39 % (Defensoría del Pueblo, 2014), cabe aclarar que este dato estadístico se realizó el 2018, sin embargo, es una data confiable realizada por la Defensoría del Pueblo del Perú, donde establece que una de las causas del archivamiento injustificado, por parte de las fiscalías, es el de considerar que los hechos investigados no son delitos, siendo incorrecto estas conclusiones por parte de las fiscalías. Según la Defensoría del Pueblo existe una dificultad por parte de un sector de fiscales en establecer la relación funcional del hecho con el empleado público, es decir, un sector de fiscales no entiende o diferencia las conductas punibles de conductas no punibles en el delito de peculado; otro problema que existe es el de las controversias jurídicas, entre ellas el desconocimiento en si del tipo penal del delito de peculado.

Estos problemas conllevan a iniciar procesos penales que finalizarán con una sentencia absolutoria en algunos casos y en otros, al archivamiento injustificado del proceso, lo que causará el gasto innecesario de los recursos del Estado, desperdiciando recursos por parte de las fiscalías, recursos que se podría utilizar en otras investigaciones donde exista una probabilidad alta de tener una sentencia condenatoria. Por tanto, la propia naturaleza del delito de peculado es compleja, complementándose su aplicación con otras ramas del derecho, es por eso que es necesario delimitar de manera más objetiva el delito de peculado culposo para lograr facilitar la labor de los operadores del derecho y así llegar a una sentencia condenatoria y poder aplicar el poder punitivo del Estado.

Por último, la no tipificación eficiente del delito de peculado culposo causa el incremento injustificado de la carga procesal de los juzgados penales, lo que incrementará la tasa de congestión, y perjudicará a otros procesos penales donde existe mayor probabilidad en obtener

una sentencia condenatoria. Además, se debe mencionar que en nuestro Poder Judicial existe una demora en la emisión de sentencias, debido a la carga procesal, producto de la gran cantidad de procesos que tiene que resolver cada juzgado. Según el Poder Judicial en su Boletín N.º 4-diciembre-2018, la tasa de congestión de los Juzgados Especializados es de 1.64 el más alto comparado con los otros juzgados; en pocas palabras en diciembre del 2018 existe en proceso abierto por 1,509,697 de casos (Poder Judicial, 2018), que a la fecha de haber realizado el boletín no tiene sentencia. Una causa de esto es la apertura innecesaria de procesos penales por el delito de peculado culposo, que culminan en su mayoría con proceso con una sentencia absolutoria, por lo que utilizan los recursos del Estado de manera injustificada, que a su vez incrementará innecesariamente la carga procesal.

Por todo lo señalado líneas arriba, nos planteamos las siguientes **preguntas que motiva la investigación**, donde **la más importante** es la siguiente:

¿Qué propuesta modificatoria, logra aclarar el tipo penal del delito de peculado culposo y de esa manera se estaría delimitando la conducta punible contenida en el Código Penal peruano?

Y como **interrogantes secundarias**:

¿Cuál es el principal fundamento jurídico penal, jurídico constitucional y fáctico que sostenga la propuesta modificatoria, logrando aclarar el tipo penal del delito de peculado culposo y de esa manera se estaría delimitando la conducta punible contenida en el Código Penal peruano?

1.2.2. Justificación del estudio

El presente trabajo es importante realizarlo, puesto que existe un problema en la tipificación actual del delito de peculado culposo, debido a la falta de claridad en su redacción, de igual forma la poca eficiencia de su redacción resulta difícil de entender en los casos

concretos, así lo señala el Informe Defensorial N.º 168, donde en promedio el 39 % de los procesos penales que investiga el delito de peculado son archivados injustificadamente, producto de la existencia de un desconocimiento de un sector de fiscales de la conducta punible que sanciona el delito de peculado culposo (Defensoría del Pueblo, 2014).

Así también, no establece en la tipificación actual un valor mínimo del bien dañado, que sustente la necesidad de utilizar al derecho penal para sancionar estas conductas, siendo más factible ser sancionado y resarcido por otras ramas del derecho como es el derecho administrativo sancionador y el derecho civil. Si bien existe el Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116, es insuficiente, puesto que no especifica de manera objetiva cuál es la conducta punible que sanciona el delito de peculado culposo, además no establece un valor mínimo o característica que deben tener los caudales o el efecto para poder ser sancionado a través del derecho penal y no a través del derecho administrativo sancionador o derecho civil.

De igual forma, un sector de fiscales desconoce las circunstancias necesarias que debe darse en el delito de peculado culposo, para poder ser procesados por la vía penal, así lo señala la Defensoría del Pueblo en su Informe Defensorial N.º 168, esto lleva a una utilización de recursos de manera injustificada, y perjudicará otras investigaciones, puesto que un sector de fiscales desconoce en sí qué sanciona exactamente el delito de peculado culposo. Lo que conlleva a la apertura de procesos que finalizarán en una sentencia absolutoria, así como también el archivamiento injustificado de algunos procesos, que desencadenarán en el incremento de la carga procesal de los Juzgados Especializado en lo penal, como lo señala el Boletín Estadístico Institucional N.º 04-2018 realizado por el Poder Judicial, donde se indica que la tasa de congestión de los Juzgados Especializados es de 1.64, la más alta, comparada con los otros

Juzgados (Poder Judicial). Si se modificara la tipificación del delito de peculado culposo contenido en el Código Penal peruano, facilitaría la labor de los fiscales y, por lo tanto, disminuirá en parte la carga procesal de los juzgados especiales. Solo se obtendría esto tipificando la conducta punible de una manera más objetiva y estableciendo supuestos necesarios para poder limitar la utilización del poder punitivo del Estado.

1.3. Antecedentes relacionados con el tema

1.3.1. Antecedentes nacionales

Como antecedente Nacional, tenemos la tesis de Licapa (2018), de la facultad de derecho de la universidad Nacional de Huancavelica, en su tesis titulada: “Indebida tipificación del delito de peculado culposo, quedando impune el delito de hurto agravado, ministerio público de Huancavelica-2016”, para optar el grado de Licenciado en Derecho, Esta investigación tuvo como objetivo “conocer por qué existe la indebida tipificación del delito de peculado culposo” (p. 8), así mismo llegó a la siguiente conclusión: “Los fiscales no vienen aplicando correctamente la tipificación del delito de peculado culposo” (Licapa, 2018, p. 8). Esta tesis ayudó a la investigación, toda vez que el presente trabajo investigo casos de delito de peculado culposo investigado por varias fiscalías del Perú, donde he identificado que existen vacíos en ciertas conductas realizadas por los funcionarios donde no puede ser sancionado por el delito de peculado.

Así también como antecedente nacional tenemos a la tesis de Yánac (2019), de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, titulada: “Atipicidad del peculado por apropiación en los casos de una aparente o inexistente rendición de gastos por concepto de viáticos en la jurisprudencia peruana”, para optar el grado de Licenciado en Derecho. Esta investigación tuvo como objetivo “analizar, identificar similitudes y diferencias entre los diversos conceptos planteados por la doctrina y la jurisprudencia a

nivel nacional” (p. 3), así mismo llegó a la siguiente conclusión: “Es imposible que la rendición de gasto por concepto de viáticos configure el delito de peculado por apropiación” (p. 3). Esta tesis ayudó a la investigación, toda vez que en el presente trabajo investigo y analizo los conceptos planteados por la doctrina y la jurisprudencia, respecto al delito de peculado en tal situación facilitó la investigación, en la parte de la definición y características de la figura del delito de peculado culposo.

Por otro lado, un antecedente nacional relevante para la investigación es la tesis de Ortiz (2019), de la facultad de derecho de la Universidad Peruana los Andes, en su tesis titulada: “Necesidad de fijar un quantum mínimo en los delitos de peculado para su configuración penal, en relación al principio de lesividad”, para optar el grado de Licenciado en Derecho. Esta investigación tuvo como objetivo el “determinar la necesidad de fijar o establecer un monto mínimo para la configuración del delito de peculado. Regulado en el primero párrafo del artículo 387 del Código Penal” (p. 4), y como conclusión “proyecto de ley, para la modificatoria del primer párrafo del artículo 387 del Código Penal” (p. 7). Esta tesis ayudó a la investigación, ya que en el presente trabajo investigo, desarrollo y establezco un proyecto de ley, donde se establece el valor mínimo económico del daño causado para que pueda ser procesado un funcionario en un proceso penal del peculado, de igual forma ayudó a la propuesta modificatoria en referencia al valor promedio mínimo del valor del bien dañado.

Por otro lado, tenemos como antecedente nacional relevante para la investigación, la tesis de Ytusaca (2017), de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Altiplano-Puno, en su tesis titulada: “El principio de imputación necesaria en los requerimientos Acusatorios de los tipos imprudentes en las fiscalías penales de Puno, 2009-2016”, para optar el grado de Licenciado en Derecho. Esta

investigación tuvo como objetivo “analizar y establecer la estructura típica de los delitos imprudentes y el nivel de desarrollo del principio de imputación necesaria, en los requerimientos acusatorios de los tipos imprudentes en las fiscalías penales de Puno” (p. 14). Así mismo, llegó a la siguiente conclusión: “La determinación de la responsabilidad penal imprudente en el seno de las organizaciones de personas constituye aspectos dogmáticos y prácticas necesitadas de una mayor atención, para el establecimiento de la culpabilidad por la comisión de hechos ilícitos” (p. 16). La importancia de este trabajo, que se tomó en cuenta, radica en el análisis que realiza el autor sobre la teoría del delito y la culpabilidad, en los delitos imprudentes, además describe conceptos básicos de los delitos culposos.

Como otro antecedente nacional tenemos a la tesis de Guevara (2016), de la Universidad de Piura, en su tesis titulada: “Análisis del principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador a partir de la jurisprudencia del tribunal constitucional”, para optar el grado de Licenciado en Derecho. Esta investigación tuvo como objetivo “encontrar una respuesta adecuada y así evitar posturas que podrían alejarse del ordenamiento que el derecho trata de mantener” (p. 13), así mismo llegó a la siguiente conclusión “confirma la diferencia cualitativa que por obvias razones existe y que deberían tomarse en cuenta en la doctrina, por lo que si bien los autores, que se encargan de defender la inclusión del principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador” (p. 115). Esta tesis ayudó a la investigación, toda vez que analizó la figura de la culpa en el derecho administrativo, además hizo una comparación entre la culpa penal y la culpa en el derecho administrativo. Este análisis ayudó al trabajo en el sentido que facilitó conceptos necesarios de la culpa, con la finalidad de determinar una mejor modificatoria.

Por último, como antecedente nacional, tenemos a la tesis de Capcha (2016), de la facultad de derecho de la Universidad Nacional de

Huancavelica, en su tesis titulada: “Aplicación del acuerdo reparatorio en el delito de peculado culposo en la fiscalía provincial corporativa especializada en delitos de corrupción de funcionarios de Huancavelica-2014”, para optar el grado de Licenciado en Derecho. Esta investigación tuvo como objetivo “Conocer el modo de evitar procesos innecesarios ante la Corte Superior de Justicia con la aplicación del Acuerdo Reparatorio en el delito de peculado culposo” (p. 6), así mismo llegó a la siguiente conclusión: “La aplicación del acuerdo reparatorio en el delito de peculado culposo es pertinente y oportuno a fin de evitar que las investigaciones emprendidas por los mismos, no lleguen a instancias judiciales” (p. 9).

Esta tesis ayudó a la investigación, toda vez que en ese presente trabajo propuso una alternativa de solución, esto para facilitar la investigación, en el tema particular de las condiciones que debe cumplir la conducta del sujeto activo para ser imputado por el delito de peculado.

1.3.2. Antecedentes internacionales

Como antecedente Internacional, tenemos la tesis Salinas (2014), de la Maestría en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Regional Autónoma de los Andes y Universidad Católica de Cuenca Extensión Azogues, en su tesis titulada: “El peculado culposo: bien jurídico afectado, principio de legalidad, tutela judicial efectiva y seguridad jurídica”, para optar el grado de magister en derecho penal y criminología. Esta investigación tuvo como objetivo “Elaborar un documento jurídico (...) que evidencie las incongruencias (...) referente al delito de peculado culposo cometido por los servidores públicos” (p. 5), así mismo llegó a la siguiente conclusión: “El peculado es un delito comúnmente conocido como corrupción, consistente en la apropiación de fondos o bienes públicos se por parte del funcionario público encargado de su custodia” (p. 59)

Esta tesis ayudó a la investigación, toda vez que analizó la figura del delito de peculado culposo en Ecuador, donde comparó la ley penal con la constitución del país, este análisis ayudó al trabajo en el sentido que facilitó el entendimiento de la figura del peculado culposo, así también la teoría que lo respalda.

De igual forma tenemos como antecedente internacional la tesis de Freire (2018), de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, en su tesis titulada: “Imprudencia, impericia y negligencia. Responsabilidad penal, civil y administrativa del profesional médico”, para optar el grado de Licenciado en Derecho. Esta investigación tuvo como objetivo “proponer un sistema normativo que vincule los derechos constitucionales y legales de los pacientes y la actividad profesional de los médicos (...) responsable de infracciones penales, civiles y/o administrativas posibles” (p. 10), así mismo llegó a la siguiente conclusión “Existe graves falencias en nuestro ordenamiento jurídico, el cual, con una constitución, podría decirse progresista estableció una serie derechos constitucionales en el papel” (p. 105). Esta tesis ayudó a la investigación, toda vez que analizó la manifestación de la culpa penal, en la profesión médica, este análisis ayudó al trabajo, en el sentido que facilitó el entendimiento de las modalidades de culpa que existe.

Otro antecedente internacional relevante para la investigación, tenemos a la tesis de Gallardo (2015), de la facultad de jurisprudencia, ciencias políticas y sociales de la Universidad de Cuenca, en su tesis titulada: “El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos en la legislación ecuatoriana”, para optar el grado de Licenciado en Derecho. Esta investigación tuvo como objetivo “una visión general acerca del deber objetivo cuidado, la culpa como elemento de culpabilidad, antecedentes históricos evolución y desarrollo en la ciencia penal sus diversas formas en las que puede presentarse” (p. 6), así mismo llegó a la siguiente conclusión: “El deber objetivo de

cuidado presenta una doble dimensión: normativa, constituida por la previsibilidad, es decir, el deber de conocer los riesgos que, en virtud de las circunstancias concurrentes, era exigible al sujeto agente” (p. 44). Esta tesis ayudó a la investigación, toda vez que se estudió un enfoque teórico el dolo y la culpa, de igual forma se analizó cómo se manifiesta la culpa y la valoración que se debe hacer de esta.

Otro antecedente internacional relevante para la investigación, tenemos a la tesis de Aguilera (2019), de la facultad de derecho departamento de ciencias penales de la Universidad de Chile, en su tesis titulada: “Criterio de determinación del deber de cuidado en los delitos culposos de resultado”, para optar el grado de Licenciado en Derecho. Esta investigación tuvo como objetivo “los delitos culposos establecidos en los artículos 490 a 492 del Código Penal, en relación con los delitos de homicidio y lesiones comprendidos en los artículos 391 y 397” (p. 8), así mismo llegó a la siguiente conclusión: “Las conductas realizadas sin autorización y sin cumplir con los requisitos para ser autorizados por la autoridad estatal, importan ya un claro indicio de infracción del deber de cuidado, pues crearan o aumentarán un peligro derechamente no tolerado” (p. 89). Esta tesis ayudó a la investigación, toda vez que analizó la figura de la culpa en los delitos imprudentes en Chile, este análisis ayudó al trabajo en el sentido que facilitó el entendimiento de la culpa.

Por último, como antecedente internacional tenemos a la tesis de Quintero y Vivar (2013), de la Maestría de Derecho Penal de la Universidad Sistema de Posgrado, en su tesis titulada: “El delito de peculado público y bancario”, para optar el grado de Magister en Derecho procesal. Esta investigación tuvo como objetivo “determinar los obstáculos que se presentan en el tipo penal de peculado, Indagado mediante un exhaustivo estudio de los procesos existentes, para la sanción de este delito y evitar a impunidad” (p. 14), así mismo llegó a la siguiente conclusión: “Las diferentes facetas actuales del

peculado culposo (...) hasta las diferencias en la tipificación en cada país, al cual nos hemos podido remitir, mediante análisis comparativo” (p. 118). Esta tesis ayudó a la investigación, toda vez que se analizó la figura del delito de peculado en el derecho comparado, este análisis ayudó al trabajo en el sentido que facilitó el entendimiento de la figura de peculado culposo, así también como la teoría aplicada, en cada país de Latinoamérica.

1.4. Presentación de objetivos general y específicos

1.4.1. Objetivo general

Establecer la propuesta modificatoria, que logre aclarar el tipo penal del delito de peculado culposo y de esa manera se estaría delimitando la conducta punible contenida en el Código Penal peruano.

1.4.2. Objetivos específicos

- a. Determinar el principal fundamento jurídico penal que sostenga la propuesta modificatoria, logrando aclarar el tipo penal del delito de peculado culposo y de esa manera se estaría delimitando la conducta punible contenida en el Código Penal peruano.
- b. Determinar el principal fundamento jurídico constitucional que sostenga la propuesta modificatoria, logrando aclarar el tipo penal del delito de peculado culposo y de esa manera se estaría delimitando la conducta punible contenida en el Código Penal peruano.
- c. Determinar el principal fundamento fáctico que sostenga la propuesta modificatoria, logrando aclarar el tipo penal del delito de peculado culposo y de esa manera se estaría delimitando la conducta punible contenida en el Código Penal peruano.

1.5. Limitaciones del estudio

Al momento de realizar el trabajo, el Perú está pasando por una pandemia producto de la COVID-19, en tal circunstancia existe restricción al momento

de la obtención de información, un ejemplo son las bibliotecas de la propia Universidad Continental y de otras instituciones que se encuentran cerradas producto de la pandemia, otra limitación son la obtención de sentencias, carpetas fiscales, debido al impedimento que existe para ingresar a las oficinas de las fiscalías y juzgados, y por último las reuniones de personas están prohibidas, sin embargo, todas estas limitación se afrontó buscando alternativas, como la obtención de información de sitios webs, de igual forma realizar cuestionarios virtuales, entre otros.

Capítulo II

Marco Teórico

2.1. Bases teóricas relacionadas con el tema

2.1.1. Categoría uno: Peculado

A. Definición

Según la Real Academia Española (2021), en adelante RAE, el peculado se define como “en el antiguo derecho y hoy en algunos países hispanoamericanos, delito que consiste en el hurto de caudales del erario, cometido por aquel a quien está confiada su administración” (párr. 1), si bien la Real Academia Española sostiene que el delito de peculado consiste en el hurto de caudales, no es una verdad universal, puesto que en algunos países el concepto varía o se amplía, un ejemplo de ello es México donde el Código Penal mexicano, establece en su artículo 223° lo siguiente: “El servidor público que ilícitamente utilice fondos públicos u otorgue algunos de los actos a que se refiere el artículo de uso ilícito de atribuciones o facultades” (párr. 2), en este caso no sigue el significado de la RAE, si no tiene un enfoque más de utilización del bien o el beneficio del patrimonio del Estado por parte del funcionario público, además el peculado en México amplía el concepto, al sancionar otras conductas como solicite, acepte, realice, promocióne, entregue o utilice bienes.

En Argentina este delito está tipificado en su artículo 261° del Código Penal argentino, estableciendo lo siguiente: “será reprimido con reclusión o prisión de dos a diez años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que sustrajera caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiado” (párr. 18). Es decir, en Argentina

no sanciona la utilización en beneficio propio o tercero, si no la sustracción del bien por parte del funcionario público, distinto y más limitativo que en México.

Otra definición distinta del peculado se da en Colombia, donde no solo protege el patrimonio del Estado, sino también el patrimonio privado, como lo señala su artículo 133° del Código Penal colombiano, donde indica lo siguiente: “el servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes particulares (...)” (párr. 14). Es decir, en Colombia el peculado busca proteger el patrimonio privado y/o público, y solo basta con la participación de un funcionario público realizando la conducta punible, y producto de ello causara daño, de estos ejemplos podemos observar, los siguiente del delito de peculado: i) el sujeto activo del delito siempre es un funcionario público; ii) estamos delante de un delito especial, es decir, que necesariamente el autor o coautor del delito debe tener la condición de funcionario o servidor público; iii) respecto al verbo rector en la mayoría de países de Latinoamérica imputa la sustracción, sin embargo, existe otros países donde se amplía la figura como en México donde uno de los verbos rectores es utilizar u otorgar; y por último iv) el enfoque de la conducta punible varía mucho dependiendo al país que lo aplica.

El peculado está tipificado en nuestro Código Penal y publicado en el Decreto Legislativo 635, en el apartado de delitos especiales, donde solo se puede imputar de autor, a las personas que tenga la condición de funcionario o servidor público, llamados también delitos contra la administración pública, en su artículo 387° indicando lo siguiente: “El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en

cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena” (p. 304).

Entendiéndose al sujeto activo comúnmente llamado funcionario público, al verbo rector como sustracción o utilización, al objeto caudales o bienes, es decir, solo podrá ser cometido el delito de peculado, cuando un funcionario sustrae o utilice un bien del Estado en beneficio de él o de un tercero, además se debe entender por bienes o caudales, a todo bien mueble o inmueble, así como también dinero o títulos valores.

B. Características

a) **Sujeto del delito**

Una de las características esenciales del peculado culposo es el sujeto activo del delito, que solo podrá ser sancionado por este delito el servidor o funcionario público, es decir, el empleado público. En este caso por ser un delito especial se diferencia de otros delitos comunes donde no existe relevancia en el sujeto activo, además la conducta punible es por la indebida diligencia del mismo, por otro lado, la complicidad no existe en el delito de peculado culposo, puesto que no son delito planeados, sin embargo, la coautoría es posible en este delito, siempre y cuando el coautor sea otro empleado público, se sanciona la conducta del coautor de manera independiente al autor. Así también, el empleado público deberá contar con el manejo directo o un vínculo fáctico con los caudales o bienes otorgado por la institución pública en su resguardo, debido a la confianza otorgada al empleado público por parte de la institución pública, así mismo la función que realiza el funcionario público, se dará a través de una ley, decreto, orden, sea escrita o fáctica.

b) Bien jurídico protegido

Sobre el bien jurídico protegido en el delito de peculado culposo, el Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116 sostiene que “el peculado es un delito pluriofensivo que busca: i) garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública y ii) evitar el abuso de poder (...) resguardando así los deberes funcionales” (p. 2), es decir, el bien jurídico protegido por este delito es el de no lesionar los intereses patrimoniales del Estado y el de sancionar el abuso de la confianza otorgada al funcionario público, es decir, protege el deber que tiene todo empleado público en ejercer con la mejor pre disponibilidad su trabajo, buscando cumplir con la misión de la institución pública.

c) La conducta típica

Sobre la conducta típica, según Chanjan (2019), se da por “faltar los deberes de cuidado (...) este cuidado no puede ser mayor al que naturalmente puede exigirse al funcionario en razón de los establecido en los reglamentos o más de lo que podría cumplir” (párr. 6),

Es decir, no se puede pedir al funcionario público más de sus capacidades, estas capacidades varían según ciertas variables, como experiencia laboral, edad, puesto, físico, entre otros. Así mismo la exigencia de los deberes debe establecer según corresponda sus funciones preestablecidas o estipuladas en un documento interno o norma legal.

d) Objeto sobre el que recae la conducta

Respecto al objeto sobre el que recae la conducta, según Chanjan (2019), “los objetos que recae las conductas (...) son caudales o efectos públicos. Un bien tendrá dicha naturaleza siempre que este destinado a cumplir finalidades públicas” (párr. 9). Los bienes pueden ser

patrimonio del Estado, según Chanjan (2019) son “bienes (...) íntegramente del Estado; patrimonio parcialmente del Estado (...) o patrimonio privado que se encuentre en posesión directa del estado” (párr. 13), es decir, la afectación de los bienes es exclusivamente del Estado independientemente de su origen.

Asimismo, Chanjan (2019) sostiene que se entiende como caudales lo siguiente: “a todos los bienes muebles e inmuebles que son susceptibles de valoración económica, incluido el dinero. Por otro lado, los efectos [son] tipo de documentos crédito negociable emitidos por la administración pública” (párr. 18), es decir, el objeto dañado, deberá ser un bien, dinero, documentos de créditos o títulos valores, no se considera objetos que no tenga esas características como por ejemplo imagen de la institución pública o documentos con información.

e) Administración, percepción o custodia

Según Chanjan (2019), cuando se trata de administración “implica las funciones activas de manejo y conducción de dichos bienes” (párr. 21), es decir, el funcionario público debe tener la delegación de su puesto por parte de una autoridad, esto se pueda dar a través de un documento interno o ley, donde se señala las funciones o responsabilidades que tiene, así mismo se podría entregar la administración o custodia de un bien al funcionario de forma fáctica, ya que no existe una delimitación establecida por la ley. Respecto a la custodia, según Chanjan (2019), la custodia conlleva “la protección, conservación y vigilancia debida por parte del funcionario o servidor de los caudales o efectos públicos” (párr. 25). Es decir, es muy distinto administrar que custodiar, puesto que en la administración el funcionario puede disponer del bien o

usarlo, a diferencia de la custodia donde el funcionario no puede disponer del bien, pero si debe cuidarlo o protegerlo.

f) El beneficiario o destinatario en el delito de peculado

En el caso de beneficiario o destinatario, Chanjan (2019) considera que “el destinatario del acto cometido por el funcionario no necesariamente será este mismo” (párr. 27), es decir, que el sujeto activo del delito, realiza la conducta dolosa con la finalidad de beneficiarse el mismo o beneficiar a un tercero, además el sujeto activo traslada el dominio o uso del bien a un tercero, puesto que se aprovecha del poder dado por parte del Estado con la finalidad de custodiar o administrar el bien dañado, utilizando este poder para trasladar los bienes de la esfera de dominio del estado e ingresarlos a la esfera de dominio de él o un tercero. Así mismo Chanjan (2019) cuando indica que el sujeto beneficiado “no debe haber participado en el hecho mismo de apropiación o utilización, es decir, no debe contribuir en la preparación y /o ejecución del acto; de lo contrario, tratándose de un funcionario, sería coautor del delito” (párr. 31). Este caso el delito se consumará cuando el sujeto activo o un tercero tenga la posesión del bien o este se beneficie de él a través de la venta o utilización de los bienes sustraídos o puesto a disposición.

g) Perjuicio al Estado

Respecto al perjuicio o también conocido como daño, según Chanjan (2019) señala que “para la configuración del delito de peculado no se requiere la constatación de un desmedro o perjuicio patrimonial efectivo de los caudales o efectos públicos” (párr. 36), si bien Chanjan (2019) sostiene que no es necesario un perjuicio económico, no se debe entender de una manera objetiva la demostración del daño. Sino la demostración del daño será

indispensable en ciertos casos y en otros bastará con presumirlo.

Para poder entender mejor la idea, se dará el siguiente ejemplo: el chofer de una municipalidad utiliza el vehículo de la institución un día feriado, anteriormente se le ha señalado que lo recogiera del mecánico el día sábado posterior a su salida de trabajo, por lo que deberá presentarse a la institución junto con el vehículo el día lunes. En el presente caso se ha demostrado que el bien se ha utilizado, sin embargo, no es suficiente para sancionarlo penalmente, puesto que no se ha demostrado de manera objetiva que la utilización del bien haya causado daño, primero porque el día que uso el bien, técnicamente no es un día laborable que se utilice el vehículo en la institución, segundo el desgaste del bien es mínimo o imperceptible, en tal situación no existe perjuicio o disminución patrimonial, sin embargo, no es necesario la demostración del perjuicio, puesto que el tipo penal sanciona la utilización, es decir, se habría cumplido con el tipo penal. No obstante, en otros casos sí sería necesario probar el daño o perjuicio realizado, esto dependerá exclusivamente de las variables implicadas en el caso concreto.

h) Consumación

La consumación del delito dependerá del verbo rector en la modalidad de uso, Chanjan (2019) señala que “la modalidad de utilización, la consumación se presentará con el uso privado del caudal o efecto” (párr. 42). Asimismo, Chanjan sostiene que el verbo rector de utilización se cumplirá cuando el sujeto activo o tercero utiliza el bien distinto a su finalidad, para la cual está destinado. Un ejemplo de esto sería la utilización de un vehículo de la institución pública, este vehículo tiene como

finalidad transportar bienes del almacén al centro de atención de la organización, si la persona responsable del uso y manejo utiliza el bien distinto a su finalidad entonces habría consumado el delito de peculado, en el caso que el funcionario no hubiera culminado de ejecutar su conducta y hubiera quedado en actos preparatorios, solo estaría configurándose la tentativa.

Respecto a la apropiación de bienes, según Chanjan (2019) “la consumación del delito de peculado por apropiación se da con la incorporación del patrimonio público al patrimonio personal” (párr. 45). Es decir, que el verbo rector es sustraer o apropiarse, esta modalidad se consumará cuando el sujeto activo hubiera sacado los bienes de la esfera de dominio patrimonial de la institución pública, en este caso no existirá consumación en la modalidad de sustracción o apropiación, cuando el sujeto activo tiene la aprobación de la autoridad competente, para utilizar el bien fuera de las instalaciones, un ejemplo claro de esto sería cuando el funcionario utiliza el bien con la autorización correspondiente, independientemente de donde se encuentre el bien.

En el caso de del delito de peculado culposo, según Chanjan (2019) “en el caso del delito de peculado culposo, este se consumará con la sustracción del bien por parte de un tercero” (párr. 49). En este caso observamos que la consumación del delito se dará cuando el bien sea sustraído, es decir, se da por la acción punitiva de un tercero, sin embargo, debemos diferenciar el inicio y fin del delito de peculado culposo, primero se debe indicar cuándo se inicia la ejecución del delito, esto es, al momento que el sujeto activo no toma las precauciones necesarias para poder evitar la sustracción de los bienes por parte de un tercero y su consumación será cuando producto de no

tomar las precauciones necesarias se sustrae los bienes de la esfera de dominio patrimonial de la institución pública. En este caso sí o sí para que exista el tipo penal deberá haber iniciado una mala acción por parte del funcionario público derivando de ella la sustracción del bien como resultado.

C. Aspectos relevantes del delito de peculado en otros países

Para observar la normativa internacional vigente, primero se debe tratar de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, en este tratado internacional los Estados firmantes se comprometen a modificar su normativa interna buscando sancionar la conducta del peculado, si bien no lo señala literalmente, se puede entender cuando se lee el artículo 11° inciso d. donde literalmente señala sancionar los deberes del funcionario público como la siguiente conducta Hocsman (2015) “la desviación ajena a su objeto que, para beneficio propio o de un tercero, hagan los funcionarios públicos de bienes muebles o inmuebles, dinero o valores, pertenecientes al Estado (...) que los hubieren percibido en razón de su cargo” (párr. 15). Podemos observar del texto que la finalidad es sancionar la conducta del funcionario público, un ejemplo sería cuando su conducta no está dirigida al objetivo de la institución pública, y producto de ella ocasionará posibles daños a bienes, dinero o caudales entregados a su administración o custodia; en algunos países latinoamericanos implantaron de manera amplia el concepto de peculado, como lo refleja sus códigos penales, en otros modificaron la esencia del peculado y en otros países no hicieron cambio alguno.

a) Chile

En el caso del Chile, el peculado se encuentra tipificado en el Código Penal chileno en su artículo 233° donde literalmente señala que Hocsman (2015) “el empleado

público que, teniendo a su cargo caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación, los substraigiere o consintiere que otros los substraigan, será castigado (...)" (párr. 19). En este caso podemos observar primero que en Chile se sanciona el peculado doloso, así mismo especifica que el sujeto activo es un empleado público, y además del daño que pudiera causar su conducta deberá pertenecer al patrimonio público o privado, por último, el beneficiario puede ser el propio trabajador público o un tercero.

b) México

En México, la tipificación del delito de peculado es más amplia, ya que se sanciona varias conductas asemejándose a otros delitos como la colusión y otros, sin embargo, el peculado propiamente dicho se establece en el artículo 215° del Código Penal de México que Hocsman (2015) "los servidores públicos que incurran en algunas de las infracciones siguientes: VIII. Cuando haga que se le entreguen fondos, valores u otra cosa que no se le haya confiado a él y se los apropie o disponga de ellos indebidamente" (párr. 24), se observa que en el caso de México el sujeto activo es un servidor público, distinto a lo que señala en el Código Penal de Chile donde indica que el sujeto activo es trabajador público, otra diferencia es el caso del verbo rector el cual es "uso" en México sanciona la utilización indebida de los bienes y por último, sobre el patrimonio dañado en México sanciona la conducta siempre y cuando sea de patrimonio público o estatal, sin embargo, en el país de Chile no hace distinción alguna entre patrimonio público o privado.

c) Honduras

En el caso de Honduras, el peculado se encuentra tipificada en su artículo 370° del Código Penal hondureño,

donde señala que Hocsman (2015) “el funcionario público que se apropie de caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiado por razón de su cargo, y (...) interviniendo en los actos de administración (...) aunque directamente no le hubiesen sido confiado” (párr. 19). La diferencia más relevante en Honduras, es la ampliación de la tipificación del peculado en el tema del funcionario público donde no necesariamente debe tener la administración directa o custodia, sino solo basta con una participación indirecta, en el caso de la calificación del patrimonio, en Honduras el patrimonio debe ser público, como es en nuestro país.

d) El Salvador

En el caso del Salvador, el delito de peculado se encuentra tipificado en el artículo 438° del Código Penal del Salvador donde señala que Hocsman (2015) “el funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público que se apropiare, en beneficio propio o ajeno, de dinero, valores, especies fiscales o municipales u otra cosa mueble de cuya administración, recaudación, custodia (...)” (párr. 24). Se observa que el sujeto activo del delito debe tener la condición de funcionario o servidor, distinción importante, por las diferencia que existe entre ellos, estos conceptos varían dependiendo al área del derecho y también a la definición que cada país le otorga, además se observa que la figura de peculado en el Salvador protege no solo bienes, caudales y títulos valores, si no que amplía la figura protegiendo especie fiscales o municipales, figura interesante propia del Salvador, donde estas especie se refiere a un título valor, diferenciándose en el nacimiento del título valor de un impuesto propio de la legislación tributario.

e) Brasil

En Brasil, también se sanciona el peculado, aun teniendo una cultura distinta a la latinoamericana, en su artículo 312° del Código Penal brasileño donde arguye que Hocsman (2015) “Apropriarse o funcionario público de dinheiro, valorou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio: Pena- reclusão, de 2 a 12 anos, e multa” (párr. 31). En el caso de Brasil, el peculado sanciona la lesión del patrimonio público o privado, similar Chile y, respecto a los bienes que protege, puede ser dinerario, valores u otros bienes, por más que existe una diferencia de cultura o idioma, sigue las mismas obligaciones establecidas en el Convención Interamericana de Corrupción.

f) Colombia

En Colombia, el peculado, se encuentra tipificado en el artículo 133° del Código Penal colombiano, señalando lo siguiente: Hocsman (2015) “El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas (...) o fondos parafiscales, o de bienes particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado” (párr. 35), una característica interesante de la tipificación del peculado es la no importancia del patrimonio dañado, independientemente si es de origen público o privado, sin embargo, para poder ser sancionado por el delito de peculado el sujeto activo debe tener la condición de servidor público.

g) Bolivia

El peculado en Bolivia se encuentra tipificado en el artículo 142° donde se señala que Hocsman (2015) “el funcionario público que aprovechando del cargo que desempeña, se apropiare de dinero, valores o bienes de cuya administración, cobro o custodia se hallare encargado (...)”

(párr. 42), en el caso de Bolivia los bienes, valores u otros deberán ser del Estado, distinto a lo que se establece la legislación Colombia.

h) República Dominicana

En el caso de este país centroamericano el peculado está tipificado en el artículo 169° del Código Penal, señalando lo siguiente: Hocsman (2015) “La apropiación por parte de cualquier funcionario o empleado, de dinero, propiedad, suministros o valor, para destinarlo a un uso y fin distinto (...) o la falta, negligencia o negativa a rendir cuenta exacta del dinero recibido (...)” (párr. 45), podemos observar que el peculado en República Dominicana sanciona la modalidad doloso y culposa, a través de la negligencia realizada por el trabajador público, distinto a otros países señalados líneas arribas donde sanciona, solo el delito de peculado doloso.

i) Uruguay

En Uruguay, el peculado se encuentra tipificado en el artículo 153° donde arguye que Hocsman (2015) “ El funcionario público que se apropiare el dinero o las cosas muebles, de que se estuviese en posesión por razón de su cargo pertenecientes al Estado, o a los particulares, en beneficio propio o ajeno (...)” (párr. 49), se observa que la legislación Uruguayana sancionó la apropiación de bienes de origen privado o público como se hace en otros países, ejemplo de ello es Colombia o Chile, se debe señalar que no solo sanciona la apropiación, si no también se sanciona la conducta tipificada en el artículo 155° donde señala que “el funcionario público que en ejercicio de su cargo, aprovechándose del error de otro, recibiere o retuviere, indebidamente, en beneficio propio o ajeno, dinero u otra cosa mueble (...)” (párr. 52), es decir, que también sanciona al funcionario público que aprovechándose del

error de otro se beneficia de este, sin embargo, no sanciona el peculado culposo o el error del funcionario público, que conllevo a facilitar el acceso a los bienes que administraba o custodiaba.

j) Argentina

En Argentina, el peculado se encuentra en el Código Penal argentino donde señala que Hocsman (2015) “será reprimido con reclusión o prisión de dos a diez años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que sustrajere caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada en razón de su cargo (...)” (párr. 43), en el caso de Argentina, se diferencia de otros, puesto que solo podrá ser sancionado el funcionario público cuando sustrajera caudales o efectos que tenga origen público, además sanciona solo caudales y efectos mas no bienes, figura distinta en otros países de Latinoamérica.

Si bien existe semejanzas en la tipificación del delito de peculado en los diferentes países de Latinoamérica, en algunos países si existe diferencias bastantes marcadas como es Argentina, Chile, México y Colombia, así mismo la figura del delito de peculado imprudente o llamado en nuestro países peculado culposo, no es sancionado por todos los países de Latinoamérica, sino por algunos, es aceptable esta realidad, puesto que la figura nace de la Convención Interamericana contra la Corrupción, donde no se tipifica el peculado imprudente.

D. Teoría de los delitos culposos

a. Conceptos preliminares

Nuestro ordenamiento jurídico tiene un enfoque de protección a los bienes jurídicos, es decir, que nuestro Código Penal sanciona conductas lesivas a bienes

jurídicamente protegidos por el mismo Código. Según Bramont (1997), nuestro “sistema de los *numerus clausus*. La premisa básica para la existencia de un delito culposo es la lesión efectiva al bien jurídico, el cual no se quería lesionar, es decir, producir un resultado sin querer hacerlo” (p. 107), si bien la mayoría de delitos deben ser ocasionados dolosamente, es decir, que debe existir intencional, nuestro ordenamiento jurídico, reconoce las sanciones penales a las conducta imprudentes o culposas, siempre y cuando este debe estar establecido a través de una ley, es así que nuestro ordenamiento jurídico reconoce a los delitos imprudente como conductas sancionables por el Derecho Penal, debido a la necesidad de proteger bienes jurídicos especiales.

Así mismo, nuestro Código Penal tiene una naturaleza de delitos doloso, es decir, se aplica las teorías clásicas, buscando delimitar las conductas punibles, mas no tiene un enfoque a las conductas culposas, es decir, que el juez debe utilizar conocimientos de otras ramas del derecho para poder resolver los casos donde exista la necesidad de sancionar una conducta imprudente, de igual forma lo señala Bramont (1997): “Nuestro Código Penal no establece una definición sobre la culpa, por lo que el juez, al momento de administrar justicia, el encargado de cerrar el concepto” (p. 107). En pocas palabras la definición conceptual de culpa debe tomarse de distinta forma cuando se trata de un delito especial, puesto que cada tipo penal protege un bien jurídico distinto. Así mismo, Bramont (1997) arguye que “la culpa es entonces un tipo abierto, ya que, debe ser completado-cerrado-por la autoridad judicial; para que se pueda dar esta operación, se debe analizar el deber objetivo de cuidado que debió tener el sujeto activo” (p. 107), es decir, que uno de los pilares que sienta los

delitos culposos, es el deber de cuidado, en tal situación los legisladores deberán crear tipos penales imprudentes cuando sea necesario proteger el bien jurídico y pensando en el deber de cuidado.

Debemos indicar que en la actualidad existe un incremento de actividades peligrosas permitidas distinto a las actividades permitidas décadas atrás, y es por esto que existe un riesgo latente para los bienes jurídicos protegido por el derecho penal, el límite de la conducta punible dependerá del riesgo permitido por la sociedad. De igual manera Peña (2017) señala que “la labor del injusto imprudente es esencial en una sociedad caracterizada por una vastedad de actividades riesgosas, una tarea política criminal complementaria al injusto doloso” (p. 132). Es decir, existe bienes jurídicos especiales, protegidos por la constitución, es por esto que el derecho penal debe intervenir, sancionando cualquier conducta intencional o no que dañe estos bienes jurídicos especiales. Así mismo, Peña (2017) arguye que “resulta justificado el castigo a aquellas imprudencias por parte de quienes ostenta una especial posición de deber de cuidado (...)” (p. 132), en pocas palabras existe un pilar relevante para sancionar las conductas, el cual es deber de cuidado del sujeto activo, puesto que el sujeto activo tiene la condición de garante, debiendo proteger los bienes jurídico especiales.

b. La regulación del delito imprudente

Si bien nuestro Código Penal no señala la definición de culpa, no obstante, sí nos señala la legalidad de los delitos culposos, en su artículo 11° indicando lo siguiente: “son delitos y faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la ley” (p. 120), y en su artículo 12°, que “las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa. El agente de infracción culposa es

punible en los casos expresamente establecido por la ley” (p. 121), como se puede apreciar el Código Penal peruano reconoce los delitos culposos de forma excepcional.

No obstante se observa que no existe una definición del concepto de culpa en el Código Penal como se ha señalado líneas arriba, si bien esta definición se establece de forma excepcional en jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, estos conceptos de culpa no será aplicable a todos los casos, puesto que el concepto de culpa varía según del tipo penal, Peña (2017) arguye que “el termino imprudencia (...) como falta de prudencia, cuidado o diligencia, como actuación de un riesgo excesivo, es perfectamente claro e inequívoco tanto para juristas como para cualquier otro ciudadano, a nuestro entender, al realización de un riesgo no permitido” (p. 134), el sujeto activo debe tener un conocimiento mínimo de las consecuencias de sus acciones, si no tiene ese conocimiento, no podría ser imputable ni mucho menos podría tomar las precauciones necesarias, dado que él no podría evitar el hecho por más que tomara las precauciones necesarias, tomando en cuenta el desconocimiento de los posibles riesgos que puede afrontar, si el sujeto desconoce el posible riesgo que causa el daño, no podrá ser imputado.

Según Peña (2017), “el concepto psicológico de imprudencia se encuadra en la concepción psicológica de la culpabilidad propia del “concepto clásico de delito” (...) si la culpabilidad se entendía como un nexo psíquico de enlace entre el sujeto y el hecho” (p. 135), es decir, que en un inicio el concepto clásico de imprudencia o culpa, era el nexo entre el sujeto y el hecho, sin definir sus características o conceptos propios de la imprudencia,

debido a que se entendía que era el conector y bastaba con eso.

Posteriormente, Peña (2017) menciona que “con English, empieza a advertirse la presencia de un elemento definidor del injusto imprudente en base a una consideración objetiva “el deber objetivo de cuidado”, es decir, el cuidado que requiere la vida social es de carácter objetivo valorativo” (p. 136). Lo que quiere decir Peña es que el deber objetivo de cuidado es la exigencia que se le pide a toda persona por la comisión de alguna conducta, nuestro ordenamiento jurídico protege bienes jurídicos específicos, sin embargo, existe algunos bienes jurídicos considerados especiales, que merecen una protección jurídica penal distinta, entre ellos esta los delitos culposos, donde ya no es suficiente con indemnizar el daño o sancionar administrativamente al sujeto, sino se debe utilizarse al derecho penal para protegerlos por ser bienes jurídicos constitucionales, el deber objetivo de cuidado, es la exigencia de un comportamiento ideal ordenado a todo ciudadano cuando realiza ciertas conductas que pudiera perjudicar bienes jurídicos especiales.

Así mismo, Peña (2017) arguye que “los delitos culposos son resultados de una acción no final (no querida por el autor) (...) a partir de Welzel la doctrina mayoritaria considera que el deber de cuidado se ve infringido cuando el resultado típico es objetivamente previsible” (p. 136).Lo que quiere decir Peña es que posterior a la teoría clásica la imprudencia se entendía de una forma más objetiva a través del deber de cuidado donde era necesario la previsibilidad, para poder encontrar una falta del deber de cuidado, y así sancionar penalmente la conducta, es decir, se debe observar la previsibilidad de los posibles daños causado por la conducta del sujeto activo, un ejemplo claro

es el manejar con alcohol en el cuerpo, si partimos de ese punto, debemos preguntarnos como se va a saber si el grado de alcohol en el cuerpo que tiene el sujeto activo va a causar un posible daño, para Welzel y la doctrina actual, deberá medirse de forma objetiva, es decir, respetando las normas legales que señala, en este caso sería el propio Código Penal, donde establece el máximo grado de alcohol permitido en el cuerpo que puede tener una persona al momento de conducir, así mismo Peña (2017) complementa la idea señalando “no todo en la vida puede ser abarcado por la mente humano, hay asuntos que trascienden la esfera consciente del individuo, por lo que la imputación jurídico-penal por culpa, ha de encontrar sustento, en un basilar esencialmente “normativo”(p. 137). Compartimos totalmente lo que indica Peña que existe situaciones o conductas que no puede ser entendidos por la subjetividad o por el conocimiento del juzgador, este conocimiento dependerá de su propio saber, su ética y experiencia vivida, por tal circunstancia la imprudencia debe valorarse de una manera más objetiva, como por ejemplo el incumplimiento de una norma, regla o indicación, existirá imprudencia por parte del sujeto activo cuando incumple las reglas establecidas en algún dispositivo legal y sea de conocimiento anterior a la realización de la conducta imprudente.

De igual manera, para poder utilizar la objetividad en los delitos imprudentes se debe conocer el riesgo aceptado en nuestra sociedad, un ejemplo claro son las peleas de los cónyuges, estas peleas no pueden ser considerado como delito por más que se realiza el tipo penal a menos que se vulnere bienes jurídicos especiales, estas conductas son aceptadas en nuestra sociedad como, por ejemplo, el revisar el celular, el de encerrar por un tiempo determinado

o las propias discusiones de pareja. Sin embargo, estas conductas permitidas tienen límites y para esto debe conocerse el riesgo permitido o aceptado por nuestra sociedad, debiendo compararse y ponderarse el resultado lesivo de la conducta y los bienes dañados, y así establecer la imprudencia en la conducta del sujeto, de igual forma lo señala Peña (2017) cuando establece “los conocimientos y capacidades del autor y de establecer una relación normativa entre la creación del riesgo no permitido con la realización del resultado lesivo producido, pero este debe ingresar al ámbito de protección de la norma” (p. 137).

Por último, Peña (2017) sostiene que “el avance portentoso de una sociedad Postindustrial, generó la aparición de nuevas actividades humanas, en principio peligrosas para los bienes preponderantes, que se desprenden del orden social y jurídico (...) actividades como la industria, el tráfico rodado, deportes peligrosos, etc.” (p. 139), es decir, que en la actualidad existen actividades humanas riesgosas aceptadas por nuestra sociedad, así mismo existe la posibilidad que una conducta aceptada ocasione un resultado lesivo a pesar que el sujeto activo actuó con debida diligencia y produjo un resultado típico, sin embargo, no se le puede atribuir a título de imprudencia, por no haber pasado su conducta permitida o aceptada por el ordenamiento jurídico.

c. Estructura del injusto imprudente

Si bien no existe una sola estructura, una de las más frecuentes es la de los elementos del injusto imprudente, que ayuda a limitar de forma más objetiva la conducta punible, de igual forma Peña (2017) arguye que “el injusto no supone únicamente la desobediencia a una norma de conducta sino también la afectación aun interés jurídico penalmente protegido” (p. 143), es decir, que por más que

una persona incumpla la norma establecida no es sancionable cuando existe una aceptación del riesgo permitido, un ejemplo claro son las carreras de autos, donde se incumple la norma legal, sin embargo, no se le puede sancionar penalmente si causa daño, puesto que son actividades permitidas por nuestra propia sociedad, además Peña (2017) sostiene que los elementos del injusto imprudente “son los siguientes: 1. La posibilidad de exigirle al autor la conducta prudente; 2. La previsibilidad del resultado; y vincular la previsibilidad del resultado a la infracción de deber de cuidado” (p. 143-144). Estos tres elementos se tienen que cumplir, para poder observar que el sujeto actuó con imprudencia, respecto al primero se refiere al sujeto que realiza las actividades no permitidas por nuestro ordenamiento jurídico o no es un riesgo aceptado por nuestra sociedad, el siguiente elemento señala la previsibilidad objetiva, es decir, que el sujeto debe conocer el posible resultado lesivo producto de su conducta y el último elemento sostiene que el sujeto activo entiende que su conducta puede afectar bienes jurídicos protegidos, es decir, que los bienes vulnerados o dañados deben estar protegido por la ley, un ejemplo claro es cuando un boxeador conoce que su actuar puede llevar a la muerte de su contrincante o la de él, sin embargo, su conducta imprudente o lesiva es aceptado por la sociedad. Por otro lado, los delitos imprudentes tienen diferente tratamiento, respecto a la autoría y complicidad, donde comparado con los delitos dolosos son complemente distintos, según Peña (2017), “en el delito culposo no se admiten las variantes de accesoriedad en la participación, no se admite la posibilidad que concurra complicidad o instigación, más el caso de la coautoría es un tema de amplia discusión” (p. 144). Compartimos el mismo

pensamiento, respecto a la complicidad, no puede existir esta figura en los delitos imprudentes, puesto que la naturaleza de los delitos imprudentes o llamados en nuestra legislación culposos, es la falta de intencionalidad para realizar la conducta lesiva, en tal situación no podría ver un planeamiento o coordinación entre el autor y el cómplice, sin embargo, si podría existir la coautoría, puesto que la acción de dos sujetos puede provocar un accidente, en esta situación si existiría la coautoría. Ahora Peña (2017) arguye que “solo es punible la plena configuración delictiva(consumación), por ende, quedan fuera del ámbito de lo punible las formas imperfectas de ejecución” (p. 144). Por ser un delito de resultado o lesión a un bien jurídico, las formas imperfectas del delito no pueden existir, como es la figura de la tentativa, es decir, no se le puede sancionar al sujeto activo por un delito no consumado, en virtud a la finalidad de sancionar estas conductas imprudentes, el cual es sancionar el resultado lesivo, es decir, se sanciona la conducta que ocasione el resultado lesivo a los bienes jurídicos especiales protegido por nuestro ordenamiento jurídico.

De igual forma Heinrich y Weigend (2014) arguye que “en los delitos imprudentes no hay ni tentativa (...) ni participación (...) a pesar de que una y otra fueran imaginables en el supuesto de la imprudencia consciente. Cuando varios causan imprudentemente un resultado típico cada uno (...)” (p. 860), estamos completamente de acuerdo con Heinrich y Weigend (2014) respecto a la tentativa, según la teoría clásica la comisión del delito empieza por hechos preparatorios, en tal circunstancia al no existir la intencionalidad en los delitos imprudentes, esta fase de realización del delito no se puede llevar a cabo, de igual forma los delitos imprudentes sanciona al sujeto por

lesionar bienes jurídicos, los daños o lesiones son el resultado de una conducta ejecutada y concluida, respecto a la participación se entenderá mejor con un ejemplo un avión desea aterrizar en un aeropuerto, el piloto de la nave pide el permiso para aterrizar, teniendo la autorización de la torre de control, sin embargo, existe otra nave que está utilizando la pista de aterrizaje y producto de ello se ocasiona un accidente, algunos podría decir que el sujeto activo del delito es la persona que está en la torre de control. Afirmación que estoy completamente de acuerdo por ser su función específica el de dar autorización a las naves para poder despegar y aterrizar, otros dirán que también tiene responsabilidad el piloto, porque debió observar que la pista de aterrizaje estaba siendo utilizada, en este caso observamos que las conductas de los sujetos activos son sancionables penalmente por no realizar sus conducta sin el deber de cuidado exigible, de igual forma existe lesiones a los bienes jurídico protegido, el cual es la vida y la salud de los pasajeros, en tal situación deberían ser sancionado por su conducta imprudente, existiendo coautoría por parte del piloto y el operario de la torre de control, no existiendo la figura de complicidad, si no la de coautoría, puesto que no existe intención de la comisión del hecho y si fuera así sería un delito doloso, segundo existe una institución en la teoría del delito, la cual es la imputación objetiva de prohibición de regreso, es decir, que no se sanciona a todas las personas que colaboraron sin conocimiento de causa, en este caso concreto la prohibición de regreso en los delitos imprudente, se debe entender por no sancionar a personas que pudieron contribuir a la conducta, solo se sanciona a la persona directa responsable de la decisión final de realizar la conducta imprudente, en tal situación el primer autor

directo es el personal de la torre de control, el dio la autorización, ahora el piloto, no podría ser cómplice porque no hay vínculo de acuerdo entre él y la torre de control, sin embargo, sí existiría coautoría, si se demuestra que pudo evitar lesionar los bienes jurídicos. En tal situación correspondería la coautoría en menor grado, puesto que el operario de control no tomó el debido cuidado de observar la disponibilidad de la pista, las propias costumbres y normas de la aviación comercial señala la obediencia sin cuestionamiento a las indicaciones de la torre de control, sin embargo, en caso concreto se le pide al piloto que hubiera realizado las acciones necesarias para evitar el choque, por tal situación sería sancionable penalmente en un grado menor al operario de control.

d. **Causales de justificación en el delito imprudente**

Existe supuestos donde se justifica la comisión de un delito imprudente, esto se da en el caso donde se ha cometido el tipo penal, sin embargo, puede existir una causa de justificación en consecuencia pueda quedar excluida la sanción penal por la presencia de causas de justificantes, en nuestro país estas causas de justificación se llama la antijuridicidad, existe supuesto establecidos por la ley que exime de culpa o sanción penal al sujeto activo del delito imprudente, en tal situación trataremos de las más comunes que existe, sin embargo, estas causales justificables varían según el caso concreto, por lo que trataremos de las causales más comunes o conocidas:

a) Legítima defensa

En el caso de la legítima defensa, es un justificante que debe cumplir ciertos requisitos como establece el artículo 20° del Código Penal peruano, sin embargo, no nos enfocaremos en desarrollar de estos requisitos, lo que podemos decir de este justificante,

es que se utiliza para los delitos doloso e imprudentes, de igual forma lo señala Heinrich y Weigend (2014): “La legítima defensa puede dar cobertura no solo a la actuación dolosa, sino también a la imprudente, en la medida en que a través de la acción defensiva solo resulte lesionado el agresor mismo y no un tercero no interviniente (...)” (p. 885), concordamos con lo que establece Heinrich y Weigend en el sentido irrestricto de la acción de defensa debe causar daño solo a la persona que ejerce la conducta violenta, sin embargo, existe excepciones cuando el sujeto que usa la legítima defensa desconoce que existe un tercero afectado directamente por su actuar.

b) Estado de necesidad justificante

En el caso del estado necesidad, Heinrich y Weigend (2014) sostiene que “se trata de contravenciones en materia de tráfico que por su naturaleza comportan peligros considerables para otros participantes del tráfico viario” (p. 886). Lo que quiere decir Heinrich y Weigend es que la necesidad justificante se dará cuando el sujeto activo realiza conductas que dañe bienes o personas, no obstante salvara un bien jurídico superior, debemos señalar que este justificante no podrá ser utilizado cuando ocasione daños graves a la víctima, con la finalidad de salvar una vida, es decir, que el límite del estado de necesidad es el daño causado a tercero, este daño deberá ser mínimo, si estuviéramos refiriéndonos a bienes jurídico especiales, si fueran bienes jurídicos de menor categoría podrá causarse daño sin medir las consecuencia con la finalidad de salvar una vida.

c) Consentimiento del ofendido

En el caso del justificante del consentimiento de la víctima Heinrich y Weigend (2014) arguye que “al igual que en el delito doloso aquí también se atiende a que el bien jurídico puesto en peligro este sometido a la facultad de disposición de quien consiente (...) que se mantiene dentro de los límites” (p. 886-887). En este caso debemos señalar que este justificante no es absoluto, puesto que la víctima podrá disponer de algunos bienes jurídicos propios, pero no bienes jurídicos especiales, que pueda causarle daños graves, es decir, este consentimiento tendrá límites y por más que la víctima autorice, el sujeto activo no podrá protegerse por esta causal de justificación.

E. Probanza de los delitos culposos

Si bien se sabe que el dolo debe probarse y no presumirse, así lo establece la Corte Suprema en su recurso de nulidad N.º 1509-2017- Arequipa, donde hace un análisis sobre el dolo en el delito de peculado, la Corte Suprema señala lo siguiente: “Ante la falta de actuación probatoria del sujeto procesal legitimado para determinar el dolo con el que obró el imputado, no corresponde a la judicatura, vía presunción o interpretación, establecer el ánimo subjetivo con el que este habría obrado” (p. 2). En el caso de la probanza del dolo en los delitos penales se debe indicar, lo siguiente en los delitos dolosos se debe demostrar la intencionalidad y el tipo de dolo, sin embargo, no es necesario demostrar a través de prueba directa, si no se puede demostrar a través de la prueba indiciaria, la presunción no es aceptado para demostrar el dolo, es decir, debe existir un medio probatorio que concluya que el sujeto actuó con intencionalidad, un ejemplo claro es una declaración de testigo escuchando el planeamiento del sujeto activo para la comisión de un delito eso sería una prueba directa, en el caso de indicios, puede existir un depósito

de dinero en los delitos de colusión, donde se demostraría la intención de realizar la acción dolosa.

Sin embargo, en el caso de los delitos imprudentes, no es necesario probar la culpa, si bien basta con presumir esta presunción no puede ser vaga si no tiene que existir una lógica mínima, así lo señala el profesor Domínguez (1967), quien indica que la “culpa en materia contractual se presume. Corresponderá al deudor probar, ya sea que el incumplimiento del contrato se debe caso fortuito o a otra causa extraña o que no es responsable del incumplimiento al haber empleado toda la diligencia” (p. 2), si bien el profesor Domínguez hace referencia a la culpa en el tema contractual, nuestro Código Penal no trata de cómo se debe presumir la culpa, para tal situación los jueces utiliza la máxima de la experiencia, así como también la lógica, esta presunción varía dependiendo al caso y el tipo penal, en algunos casos se debe utilizar conceptos del Derecho Civil para poder delimitar la conducta punible y no entrar en subjetividades. En el caso del Derecho Civil, es más práctico probar la culpa del sujeto solo tiene que demostrar el incumplimiento de la obligación o lo establecido en el contrato, este incumplimiento no debe ser por caso fortuito o fuerza mayor, así mismo lo señala Rodríguez (1943): “Tratándose de la responsabilidad contractual, el acreedor debe solo probar la existencia de la obligación y no tiene necesidad de probar que el incumplimiento proviene de la culpa del deudor; esta queda demostrada por el solo hecho del incumplimiento” (párr. 18), en el caso del Derecho Civil la probanza de la culpa es más simple, solo basta probar el incumplimiento de una obligación aceptada para poder señalar que existe culpa.

En el derecho penal existe una similitud a la presunción de la culpa, como es la prueba indiciaria, sin embargo, esta prueba indiciaria tiene un nivel superior a la presunción, esta figura está reconocido en nuestro ordenamiento jurídico y puede probar

hechos, contexto y el dolo, para entender mejor sobre la prueba indiciaria y como podría aplicarse en un grado menor en los delitos culposos desarrollaremos de forma general esta institución.

a) La prueba indiciaria

Existe varios conceptos de la prueba indiciaria, una de ellas lo señala Castro (2006) indicando lo siguiente: “prueba indiciaria se debe entender como aquella que se dirige a demostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son constitutivos de delito objeto de acusación (...) a través de la lógica y de las reglas de la experiencia” (p. 852). De igual forma Mixán (2008) señala como concepto de la prueba indiciaria “como una actividad probatoria de naturaleza necesariamente discursiva e indirecta cuya fuente es un dato comprobado, y se concreta en la obtención del argumento probatorio mediante una infrinja correcta” (p. 18). Y por último Rosas (2016) arguye que “se dirige a mostrar la certeza de un(os) hecho(s) (indicios) (...) a través del razonamiento basado en un nexo causal y lógico entre los hechos probados y los que se trata de probar, y estos estar relacionado directamente con el hecho delictivo” (p. 1143). Lo que quieren señalar estos autores es que la prueba indiciaria se llega a través de la lógica, para esto primero se debe usar una lógica coherente, verosímil, a través de la máxima de la experiencia del juzgador y posteriormente llegar a una conclusión, sin embargo, esta lógica o conclusión si bien no es necesario probar la lógica de forma directa, si es necesario probar a través de prueba directa el inicio de la lógica y el resultado de este razonamiento.

Un ejemplo claro de la prueba indiciaria es cuando se quiere demostrar que A mato a B, para llegar a esa afirmación o lógica, se debe probar primero que A tiene un

vínculo con B, este vínculo puede variar pero para el caso se dirá que A y B tiene un vínculo de lugar o sitio, es decir, A estaba en el mismo lugar que B en un momento determinado, posterior a su salida de A, B apareció muerto en el lugar de encuentro, se demuestra que B murió a horas aproximadas de la reunión con A y que murió por asfixia, el perito no encuentra restos de comida u objeto en su interior. Y el vínculo que tiene A y B aparte del lugar o sitio es que están enamorados ambos de C, cual es el razonamiento: A mató a B asfixiándolo porque sentía celos por C, entonces se prueba de forma directa e indudablemente que A estuvo con B en las horas aproximadas de su muerte, el inicio del razonamiento es el encuentro y se demuestra que A y B salían con C y B murió por asfixia resultado, en este razonamiento, es verosímil y no existe otro razonamiento que pueda refutar esta lógica, esto se llama prueba indiciaria, reconocido por el Tribunal Constitucional del Perú, con la finalidad de probar casos donde no se tienen pruebas directas.

b) Diferencia entre indicio con prueba indiciaria

En el caso de la diferencia entre indicio y prueba indiciaria, Rosas (2016) sostiene que el indicio es “el indicio si bien es cierto constituye fuente de prueba, todavía no es medio de prueba (...) es necesario que este sea sometido a un raciocinio inferencial (...) permita llegar a una conclusión y (...) ella aporte conocimiento sobre el objeto de la prueba” (p. 1144). Así mismo, Mixán (2008) arguye que “prueba indiciaria (...) es un concepto jurídico-procesal compuesto y, como tal, incluye como componentes varios sub-conceptos: indicio (...) inferencia aplicable y la conclusión inferida (...) que conducen al descubrimiento razonado de aquello que es indicado por el indicio” (p. 10). Lo que señala Rosas y Mixán es una diferencia esencial entre un

indicio y una prueba indiciaria, una de las diferencia de estos es como está formado un indicio, el cual es la existencia de una sospecha de un suceso, es decir, existe un objeto de prueba o elemento de convicción que señala un posible hecho, sin embargo, la prueba indiciaria no es una sospecha si no es una afirmación de un hecho verosímil y esto se llega a través de un conjunto de componentes, el primero es tener un indicio o una sospecha de un posible hecho, posteriormente un razonamiento donde se complementa con el indicio o idea, luego un hecho u otro indicio que cierre el ciclo y se complementa con el razonamiento y el indicio inicial, finalmente este razonamiento tiene que ser afrontado a otra conclusión o razonamiento que pueda desmentir la lógica utilizada.

c) Importancia de la prueba indiciaria

Respecto a la importancia de la prueba indiciaria, según Rosa (2016) arguye que “es capaz de generar convicción por si sola si concurre a plenitud los requisitos para su eficacia probatoria (...) concurrirá con los demás medios probatorios; pero también puede conducir a un conocimiento meramente probable sobre el tema de prueba” (p. 1145). Esta idea es complementada por Echandia (2002), que indica que la prueba indiciaria “es una prueba fundamental e indispensable en la mayoría de los casos, sin la cual quedaría impune innumerables delitos. Agrega, que las técnicas modernas de investigación (...) han acrecentado enormemente la importancia y empleo practico de la prueba por indicios” (p. 600). Lo que quiere decir Rosa y Echandia es que en nuestra actualidad la tecnología y técnicas de investigación ha llevado a la prueba indiciaria ser más utilizada y viable, esto permite que se demuestre delitos con poca prueba

directa, esta herramienta probatoria está reconocido por nuestro Tribunal Constitucional y es muy práctico su uso en la actualidad.

d) Indicio, presunción y sospecha

En el caso de indicio Rosas (2016) sostiene que “el indicio, como se ha visto, está constituido por hechos, datos o circunstancias que aportan al conocimiento de un hecho real” (p. 1148); en cambio la presunción Rosas (2016) arguye que “denota un juicio incompleto o sin motivo suficiente, y puede derivar muy bien del indicio. Está basada en la deducción” (p. 1148). Por otro lado, Mixán (2008) arguye que “presunciones o pruebas por presunciones, carece de rigor, es equivocada; ya que puede ser confundida con la idea de una mera sospecha-como era conceptuada antiguamente-, mera suposición. son diferentes (datos significativos) y presunción (conclusión inferida)” (p. 11). Lo que señala Rosas y Mixán que el indicio es llamado comúnmente como una pista, eso quiere decir que es una idea vaga como un dato específico que facilita la ubicación de otros datos de la investigación, en el caso de presunción es una deducción vaga o simple, donde se llega a través de un indicio, una persona presume una conexión del indicio con una acción o sujeto, sin embargo, esta deducción es vaga sin fundamento haciendo juicio de valor sin bases sólidas, y sospecha es una creencia o suposición que una persona se hace sobre algo o sobre alguien esta creencia se da en base a los indicios encontrados, y a la presunción asimilada por una persona para desconfiar de alguien o algo.

e) Valor probatorio de la prueba indiciaria

Según Rosas (2016), “en el caso de la valoración de la prueba indiciaria existe hasta dos posiciones en la doctrina” (p. 1153), la primera posición según Rosas (2016)

es que “algunos autores otorgan a la prueba indiciaria un valor subsidiario. Otro afirma que son idóneos para complementar la prueba de la autoría. Finalmente se indica que esta tiene un valor probatorio relativo” (p. 1153). Rosa (2016) arguye que “la prueba indiciaria tiene el mismo valor que le otorgan a las otras pruebas: es la doctrina dominante que considera como una de las pruebas de mayor importancia dentro del proceso pena” (p. 1153), en nuestro país Perú el Tribunal Constitucional acepta la prueba indiciaria con el mismo valor que la prueba directa en las sentencias N.º 1600-2013-PHC/TC y N.º 728-2008-PHC/TC.

F. Peculado culposo

a) **Definición**

Nuestro Código Penal peruano define el peculado culposo en el último inciso del artículo 387° donde literalmente arguye que “si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectuó por otra persona la sustracción de caudales o efectos (...)” (p. 304), se puede notar que el legislador señala un condicionante para que se pueda dar el delito, el cual es la sustracción por parte de un tercero, es decir, materialmente solo se sanciona el robo o hurto, mas no la pérdida o deterioro de un bien, así lo señala Vizcardo (2016) cuando indica que “la materialidad del delito requiere que, como consecuencia del actuar culposo del funcionario o servidor público, se efectuó por otra persona (que si actúa dolosamente) la sustracción de los caudales o efectos del estado. Este otro puede ser cualquiera” (p. 269)

Este delito busca sancionar en un primer término la mala función de servidor público, donde producto de su ineficacia, negligencia o imprudencia, el Estado se

perjudica en su funcionamiento diario, así mismo lo señala Vizcardo (2016) cuando establece que el peculado culposo “En general, las formas culposas requieren un resultado típico, no querido por el agente, pero si posible de prever, derivado de una violación del deber de prudencia y cuidado socialmente exigido a sus elementos componentes” (pp. 268-269)

Si bien el funcionario podría cometer errores en su trabajo, lo cual es permitido y aceptado, el delito de peculado culposo va más allá de la impericia del empleado público, más bien sanciona el daño causado por parte del funcionario público, con un nivel grave de lesividad para las instituciones públicas, violando el principio de confianza, otorgado por el Estado, esta confianza solo debe utilizarse para el cumplimiento de los objetivos de la institución pública. De igual forma, Salinas (2014) sostiene que el peculado culposo “hace alusión directa a la sustracción efectúa por tercera persona aprovechándose del estado de descuido (...) servidor público en su función de vigilar y resguardar los bienes del estado, no hay delito de peculado culposo en la modalidad de utilización” (p. 356)

b) Características

En el caso de las características se asemeja mucho al peculado doloso, sin embargo, debemos aclarar algunas características esenciales como la culpa, entendiéndose por esta, la falta de intencionalidad del sujeto activo para cometer el delito, de igual forma Salinas (2014) sostiene que la culpa “es un término global usado para incluir en las todas las formas conocidas de comisión de un hecho, diferentes al dolo, la fuerza mayor y el caso fortuito” (p. 357). Salinas claramente sostiene que la culpa tipificada en el Código Penal, es básicamente una culpa general de todas las clases y niveles de culpa, sin embargo, se debe

aclarar que toda culpa no es sancionable penalmente, como es la culpa inconsciente, esta situación lleva a que la tipificación de la culpa en el delito de peculado culposo este mal redactada, si bien para la doctrina la culpa inconsciente es una clase de culpa y no es sancionable penalmente, de igual forma se exime de culpa al sujeto activo, cuando exista un caso fortuito o fuerza mayor, donde el sujeto activo no pueda realizar ninguna acción que impida el hecho. Salinas (2014) complementa su concepto con lo siguiente: “Habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando este no toma las precauciones necesarias para evita sustracciones (...) cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos a los que está obligado por la vinculación funcional” (p. 357), el propio Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116 emitido por la Corte Suprema analiza el peculado culposo, y sigue el mismo patrón que señala Salina, no tratando de una diferencia de tipos o niveles de culpa que señala el artículo 387º en el último inciso del Código Penal peruano, este acuerdo solo sostiene que debe tomar las precauciones necesarias, entendiéndose que no toda culpa es sancionable penalmente, si no solo la culpa consciente, mas no la culpa inconsciente cuando no existe negligencia, en tal situación, es importante la diferenciar las definiciones de culpa, así como también los tipos y niveles de culpa que se desarrollara más adelante.

Respecto a la conducta que sanción el peculado culposo, se debe decir que este delito sanciona la conducta negligente por parte del funcionario, exigiendo al funcionario público una conducta más protectora del bien, puesto que la función y confianza otorgada a este, impida la lesión de los bienes entregados para su administración o custodia encomendado por el Estado, de igual forma se

le pide el deber de cuidado al mismo funcionario público, como señala Vizcardo (2016) “El cuidado debido debe ser (...) exigible al funcionario; no se le puede exigir más cuidado que el establecido en los propios reglamentos (...)el cargo exigía ciertos conocimientos que el funcionario no tenía (...)siempre habrá infracción del deber de cuidado” (p. 269).

Por último, un requisito indispensable para que exista peculado culposo es que los bienes sean sustraídos por un tercero, no es sancionable la pérdida o el daño ocasionado de forma culposa, sino solo será sancionado cuando sean sustraídos por un tercero; de igual forma Salinas (2014) arguye que “la sustracción entiéndasele como el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la administración pública, por parte de un tercero, que se aprovecha así del estado de culpa incurrido por el funcionario o servidor público” (p. 357).

En conclusión, las características esenciales en el delito de peculado culposo, es la definición de culpa donde se debe entender por culpa cuando no toma las precauciones necesarias, de igual forma no podrá existir culpa cuando exista un caso fortuito o fuerza mayor, también debe existir una sustracciones de caudales o efectos, producto de la custodia o administración realizada por el sujeto activo, en tal circunstancia, solo podrá existir peculado culposo cuando estos caudales efectos, puesto a su disposición o custodia sean sustraídos, y por último, el actuar del funcionario público se sanciona porque afecta gravemente la funcionalidad de la Institución pública, también se sanciona por la afectación de la confianza puesta en él, por parte del Estado, con consecuencias patrimonio del Estado.

c) Bien jurídico protegido

En el caso del bien jurídico protegido debemos entender que no solo es la vulneración del patrimonio del estado de manera económica, si no es una suma de afectaciones, es decir, el bien jurídico protegido por el delito de peculado culposo, sanciona al funcionario público en vista de la protección de una posible afectación de la función del Estado, entendiéndose como afectación a la función del Estado al momento de realizar sus obligaciones sociales, también se sanciona la mala utilización de la confianza otorgada al funcionario público, vulnerando la infracción del deber. De igual forma Peña (2014) sostiene que “el bien jurídico hemos de cifrarlo en el patrimonio público y en los servicios que gracia a él han de prestarse a la comunidad” (p. 375). Esí mismo el Exp. N.º 3630-2001-Ucayali, sostiene que en el delito de peculado “el bien jurídico es el normal desarrollo de las actividades de la administración pública, garantizando el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de dicha administración y evitando el abuso de poder del que se halla facultado” (p. 10), de igual forma complementa esta de definición Vizcardo (2016) cuando arguye que “el fundamento sobrecriminalizador (...) directa relación con la trasgresión que hace la agente de sus deberes funcionales, y por, sobre todo, la confianza depositada en el por todos nosotros, que se ve burlada al actuar descuidada y negligente” (p. 269-279).

Por último, debemos señalar que existe agravantes en el delito de peculado culposo, el cual es la lesión del funcionamiento del Estado en programas sociales, este agravante tiene como finalidad el de velar y proteger derechos fundamentales reconocidos por nuestra constitución, como es vida digna, entre otros, en tal circunstancia el legislador entiende que debe sancionar

con mayor severidad estas conductas, esta idea es complementada por Vizcardo (2016) cuando arguye que “constituye circunstancias agravantes que los caudales o efectos estuviera destinados a bienes asistenciales o a programas de apoyo social” (p. 269)

d) Objeto material

El objeto material que afecta el delito de peculado culposo, está establecido en el artículo 387° del Código Penal peruano, el cual es los caudales y efectos, Peña (2014) sostiene que caudales “será todos aquellos bienes de la administración, expresados y valorados en términos económicos, que ingresan al patrimonio estatal. Caudal público se ha entendido que lo constituye cualquier objeto mueble dinero o efectos negociables susceptibles de ser convertido en dinero” (p. 269), así mismo señala Peña (2014) los efectos “serán aquellos que no son fungibles (como el dinero) y que pueden ser objeto de apropiación y de utilización; lo serán todos aquellos objetos o bienes (distintos del dinero) (...) su inclusión o no entre los bienes inventariables” (p. 381-382), de igual manera el Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116 señala de los caudales y efectos son “los primeros son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos, son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables” (p. 2), es decir, que los caudales son bienes dinerarios llámese dinero, bienes con valor económico y otros, y los efectos son bienes similares como título valor o documentos de deudas.

e) Principio de insignificancia

Este principio se refiere a que no se debe utilizar el derecho penal para situación o casos donde se cumple el tipo penal, pero la lesión causada por este es leve, lo que conlleva al

uso injustificado de recursos por parte del Estado para sancionar penalmente estas lesiones mínimas, de igual forma lo señala Heredia (2017) cuando indica que “Parece ser un asunto de sentido común que el derecho penal no intervenga ante la apropiación de papel bond o engrapadores; pero ese margen de tolerabilidad ha avanzado mucho cuantitativamente en el auto de vista N.º 09-2015-1 donde se excluye la imputación por la apropiación de 133 soles” (p. 177)

Nuestra Corte Suprema a establecidos principios como la de ultima ratio, de igual forma el principio de intervención mínima de derecho penal y el principio de insignificancia, donde se busca no llevar a un proceso penal los casos donde se lesiona levemente el bien jurídico protegido por el delito de peculado culposo, la Corte Suprema también ha establecido en Auto de Vista N.º 09-2015-1 lo siguiente: “se debe aplicar el principio de intervención mínima del derecho penal que consiste en que el derecho penal deja de ser necesario para proteger a la sociedad cuando dicha protección puede conseguirse por otros medios...última ratio” (p. 5)

El problema que se encuentra en la aplicación de estos principios es señalar cuanto sería el monto adecuado, para considerar que la conducta típica no es punible, esta lesividad no se queda en un análisis monetario, sino debe ir más allá, como observar si la conducta ha perjudicado o impedido la realización de las funciones del Estado, el cual es brindar una vida digna a los ciudadanos, esta idea lo complementa el Auto de Vista N.º 09-2015-1 “el derecho penal protege el bien jurídico contra ataques de especial gravedad (...) principio de intervención, mínima del derecho penal, que consiste en que la intervención del estado solo

se justifica cuando es necesaria para el mantenimiento de su organización (...)” (p. 5)

Existe ya varias sentencias jurisprudenciales donde hacen referencia a estos principios, de igual forma señala la no sanción de ciertas conductas, puesto que existe casos donde la lesión es mínima en el bien jurídico protegido y, por lo tanto, no es sancionable penalmente, mas no es el caso en el derecho administrativo sancionador, de igual manera lo establece el Recurso de Nulidad N.º 1686-2007 y el Recurso de Nulidad N.º 1336-2012, donde no se sanciona penalmente la apropiación de s/. 0.76 soles y s/. 1.30 soles respectivamente, Heredia (2017) complementa estos conceptos señalando “el derecho penal ha de ser la última vía efectos de la criminalización secundaria, a la que ha de acudirse cuando el derecho administrativo no sea suficiente (...) se escogerá dependiendo de...la conducta perturba gravemente o no a la sociedad” (p. 178-179)

Por último, Heredia (2017) arguye que “¿Cómo se aplica el principio de insignificancia?, nos obliga a revisar los criterios usados a nivel jurisprudencial. Pero la corte suprema (...)desarrolla criterios nebulosos, que no son eficientes al cuantificar un monto que el delito de peculado deba tolerar” (p. 180), en esta situación no es factible revisar la jurisprudencia en vista que no existe una forma clara de establecer una cuantía mínima en los bienes dañados, es por esto que se debería establecer una cuantía mínima del valor de los caudales o efecto dañados, para poder facilitar la labor de los operarios del derecho, si bien existe jurisprudencia que sostiene que no se debe medir la lesividad en base a un monto económico, consideramos que si es necesario esa medición, puesto que la variedad de bienes que existe en una institución

público es amplia, y la subjetividad de la valoración del bien haría imposible determinar de manera objetiva la lesión.

f) El deber objetivo de cuidado

En la actualidad nuestra sociedad realiza diferentes actividades algunas peligrosas y otras no, las actividades peligrosas o riesgosas, son aceptadas por nuestra sociedad, como es el boxeo, electrificación, entre otros, estas actividades son ejercidas de manera voluntarias por todo ciudadano, de igual forma existe un deber de cuidado por parte del sujeto exigido por las normas, de igual forma Salinas (2015) lo arguye que “el dominio sobre el propio movimiento corporal fundamento del resultado. Este dominio sobre el propio comportamiento es el punto de partida llevado al concepto de la autoría directa o inmediata en todos los códigos penales” (p. 94), sin embargo, se debe mencionar que estas actividades son elegidas y no obligadas.

El deber de cuidado es exigido al funcionario público, a través del vínculo laboral que tiene con la institución pública, además el deber de cuidado se basa en el cumplimiento de sus obligaciones por parte del funcionario con la finalidad de no causar lesiones a los bienes del Estados, la finalidad de sancionar al sujeto activo, es por proteger el buen funcionamiento de las instituciones públicas, Salinas (2015) señala sobre eso cuando indica que “es autor quien realiza la conducta prohibida infringiendo un deber especial de carácter penal, en tanto que partícipe es aquel que también participa en la realización de la conducta prohibida, pero sin infringir deber especial alguno” (p. 94), es decir, solo podrá ser autor del delito cuando tenga la condición de garante, puesto que era su deber de no lesionar los bienes del Estado.

La infracción del deber son conductas que incumplen el funcionario público, estas obligaciones se encuentran establecidas en una norma, y producto del no cumplimiento de estas, sería sancionable su conducta, si ocasionara lesiones a los bienes del Estado, de igual manera lo señala Salinas (2015) indicando “infracción del deber como aquellas conductas en las cuales (...) se ve caracterizada por el hecho (...) que alguien abusa o descuida el deber especial que surge de su rol (...) y de ese modo, pone en peligro u ocasiona una lesión (...)” (p. 95), estos roles son establecidos en una ley, como en la Ley Marco del Empleado Público, de igual forma en la Ley de Ética de la Función Pública entre otras leyes, pero no solo las obligaciones están establecidas en leyes, si no también se puede establecer en documentos internos, sin embargo, la infracción del deber no se puede entender como el incumplimiento de su obligación general, si no se debe establecer de forma específica para ser sancionado penalmente, en el caso de una función general no puede ser sancionado penalmente puesto que esa obligación general vulneraría el principio de legalidad.

Existen dos tipos de obligaciones una son las obligaciones generales con una finalidad de guía, de igual forma lo señala Salinas (2015) cuando indica que “a los sujetos calificados tienen el deber especial impuesto por la ley de mantener la lealtad, honestidad y veracidad; y de cautelar, proteger e impulsar el correcto y normal funcionamiento de la administración pública” (p. 96), y la otra son las obligaciones específicas, estas obligaciones si pueden ser sancionadas penalmente, cuando exista una ley que lo disponga, de esta forma no vulneraría el principio de lesividad y tipicidad, exigidos para que el Estado ejerza su poder punitivo, así también lo señala Salinas (2015)

cuando nos refiere “que tal conducta esté tipificada como delito en el Código Penal o en una ley penal especial de acuerdo al principio de legalidad, fundamento último del derecho penal” (p. 96), es decir, las obligaciones específicas que ocasionen lesividad, deberán ser sancionadas por el derecho penal siempre y cuando la ley penal lo señale.

También se debe señalar la exigencia formal de las obligaciones, puesto que el rol del Estado es de servir a los ciudadanos, y si desea lograr este fin debe establecer obligaciones específicas o generales, de igual forma lo señala Salinas (2015) cuando indica que el estado solo “(...)puede organizar (...)deberes funcionales que los funcionarios y servidores públicos deben cumplir y materializar. De ahí que, si no se protegen estos deberes y principios por medio del derecho penal, el Estado mismo es inviable” (p. 97), se sanciona penalmente al funcionario, por el incumplimiento de su deber, que cause imposibilidad de cumplir la finalidad del Estado, el cual es servir a los ciudadanos.

Existe sanciones penales que tiene como finalidad impedir dañar los bienes del estado y proteger el funcionamiento eficiente del Estado, un ejemplo de ellos es el peculado doloso y culposo, de igual forma Salinas (2015) arguye que “La relación funcional prevista por el legislador como elemento típico objetivo fundamental del delito especial hace más fuerte a los deberes o principios que sustentan la organización del Estado” (p. 99), por otro lado, estas infracciones sancionadas y exigidas surge del rol del funcionario, sin embargo, este rol debe ser específico y directo, de igual forma lo señala Salinas (2014) arguye que “la infracción de un deber específico que sólo incumbe al autor, a saber, el deber impuesto por una institución (...)”

los delitos de infracción del deber como (...) conductas (...)alguien abusa o descuida el deber especial que surge de su rol” (p. 3), este abuso del poder o descuido puede darse de forma intencional o imprudente.

Los deberes de cuidado son únicos y específicos, es decir, estos deberes u obligaciones serán considerado según al puesto que tenga el funcionario y a las funciones establecidas en este puesto, de igual forma lo señala Salinas (2015) cuando indica que el “deber especial de carácter penal que no recae en todas las personas, sino solo en (...) sujetos calificados por la propia fórmula legislativa. Sujetos que al ser calificados se constituyen en los únicos que pueden ser autores de determinados delitos” (p. 3), esta exigencia del deber, se relaciona con el principio de legalidad es decir, que al momento de incumplir una obligación lo que causará lesividad, debe estar tipificada y detallada, exigiéndose según el cargo y las obligaciones establecidas, de igual forma Salinas (2015) arguye que “Por respeto al principio de legalidad, autores de los delitos especiales solo pueden ser aquellas personas que reúnen las condiciones personales que el tipo penal exige” (p. 4), el principio de legalidad es fundamental en la infracción del deber, puesto que no puede ser exigible ninguna conducta que no esté previamente tipificada de forma precisa y específica.

La infracción del deber no solo debe estar tipificada en la ley penal, si no se complementa con otras leyes, que señala las obligaciones como leyes administrativas, Constitucionales y otros, de igual forma Salinas (2015) arguye que “Estos deberes están antepuestos en el plano lógico a la norma penal y que se originan en otras ramas del derecho. Estos deberes especiales para los delitos contra la administración pública nacen del derecho

constitucional” (p. 4), la designación de sus funciones y obligaciones no solo están en una norma legal, sino también se encuentra en los documentos internos de cada institución, es necesario señalar que el deber de cuidado se da cuando el funcionario tenga directa relación con la conducta lesiva, salvo excepciones, de igual forma Salinas (2015) arguye que “los delitos especialísimos, la relación jurídica funcional específica entre el agente y el objeto del delito consolida y fundamenta los deberes especiales de fomentar el normal, transparente y correcto funcionamiento del Estado” (p. 5), esta relación funcional específica es sancionada penalmente, puesto que tiene el dominio de los bienes y el hecho, además tiene la libre disposición dada por el Estado.

Por último, la relación entre el funcionario y el objeto en custodia o administrado debe estar establecido a través de una norma o documento interno, donde se especifica las funciones y obligaciones que tiene el funcionario con el objeto, de igual forma Salinas (2015) lo arguye que “La relación funcional entre el agente público calificado y el objeto del delito, puede ser mediata o inmediata, lo trascendente es que aquel, según sus funciones competenciales, posea la atribución jurídica de disponer del objeto del delito” (p. 5-6), se debe señalar que esta relación entre objeto y el funcionario debe estar tipificada de forma específica, de igual forma se debe señalar las obligaciones con este objeto, para no vulnerarse el principio de legalidad, cuando se quiera sancionar a través de la vía penal o administrativa.

g) Las obligaciones del empleado público

Las obligaciones del empleado público, nace a través de la ley o el contrato, cuando el funcionario se vincula con una Institución Pública, estas obligación aceptadas de forma

voluntaria deben ser respetadas y cumplidas, de igual forma deben estar establecidas en una Ley o documentos internos, un ejemplo de ellos es la Ley Marco del Empleado Público donde señala en su artículo IV lo siguiente: “Los derechos y obligaciones que generan el empleo público se enmarcan dentro de lo establecido en la Constitución Política, leyes y reglamentos” (p. 2-3), es decir, que toda obligación exigida a un funcionario público, solo podrá ser sancionada siempre y cuando este establecida en una norma legal o interna, puesto que no es posible exigir más de lo designado, respetando así el principio de legalidad en el derecho administrativo.

Si bien existe obligaciones establecidas en ley de manera general como es los términos de eficiencia o convicción, se debe señalar de esa manera puesto que sería muy amplio las leyes o normativas internas, si se especificara cada funciones de forma detallada, un ejemplo de ello es la Ley Marco del Empleado Público que señala en su artículo 2° lo siguiente: “Todo empleado público está al servicio de la Nación, en tal razón tiene el deber de: a) Cumplir su función buscando el desarrollo del país y la continuidad de las políticas de Estado” (p. 4), estas obligaciones generales se complementan con el siguiente artículo 2° que indica lo siguiente: “b) Supeditar el interés particular al interés común y a los deberes y obligaciones del servicio” (p. 4), sin embargo, estas obligaciones generales son guías o caminos que debe tomar el funcionario público, mas no son sanciones penales o administrativa, puesto que vulneraría el principio de legalidad, además si bien se puede indicar funciones generales, no así se puede establecer sanciones generales puesto que estaría vulnerando el principio constitucionales, en el caso del delito de peculado culposo la conducta punible es debido al incumplimiento de sus

obligaciones funcionariales del empleado público, y producto de ello es sustraídos bienes del estado, en este delito no se puede tomar como incumplimiento de funciones generales, si no se deberá incumplir funciones específicas.

Sin duda alguna, existirá obligaciones amplias como velar o proteger, es imposible sancionar penalmente al funcionario por estos términos, puesto que vulneraría su derecho a conocer de manera específica la conducta sancionable penalmente, un ejemplo claro es el de no se estacionara fuera de la institución, esta obligación es específica en tal circunstancia deberá ser sancionado, siempre y cuando es señalada y conocida por el funcionario, si existiera una obligación como “cuidar”, no podría ser sancionado un funcionario por el incumplimiento de esta, puesto que es muy amplio y no especifica la conducta en concreta, el principio de legalidad es claro no podrá ser sancionada por el derecho penal, puesto que está redactada de una forma amplia, imposible de evitar por parte del funcionario público.

También se debe señalar que las obligaciones exigidas por una Institución Pública, debe ser comunicadas de manera formal, de igual forma la institución debe capacitar y enseñar la forma de realizar el cumplimiento de estas obligaciones, puesto que pudiera existir desconocimiento profesional por parte de los funcionarios públicos, así mismo la Ley Marco del Empleado Público señala en su artículo 10° indicando el empleado “incorporado al empleo tiene derecho a que se le proporcione la inducción inicial necesaria, oriente sobre la política institucional e indique sus derechos, obligaciones y funciones. Esta capacitación constituye requisito básico para el inicio de la prestación de servicios” (p. 8), por consecuencia toda obligación exigida

por las instituciones públicas deberá de ser informadas con anterioridad al funcionario público, además la institución deberá capacitar a los funcionarios en sus obligaciones, y exigencias establecidas, puesto a que la propia institución exige determinadas obligaciones y estas deben realizar de una forma deseada por la propia Institución, en el caso que no se comunicara, especificara y no se capacitara, no podrá exigirse estas obligaciones.

G. Principio constitucional de legalidad

El principio de legalidad está reconocido en nuestra Constitución Política del Perú en el ordinal “d” del inciso 24 del artículo 2° he indica lo siguiente: “nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que, al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley” (p. 4), partiendo de esta premisa el principio de legalidad está conformado por dos garantías:

- **Material:** respecto a esta garantía el Tribunal Constitucional ha señalado en el expediente N.° 2050-2002-AA/TC lo siguiente: “refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos y supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes (...)” (p. 5), se refiere a que toda sanción penal o administrativa se debe encontrar tipificada antes de la realización del hecho, además la descripción de la sanción debe estar delimitada y redactado de una manera entendible y clara, además debe indicar la pena obtenida por cometer el hecho, de igual forma lo establece el Tribunal Constitucional en su misma sentencia “la existencia de preceptos jurídicos (*lex previa*) que permitan predecir con responsabilidad y a la eventual

sanción” (p. 5), se debe precisar que la sanción debe estar tipificado de una manera fácil de entender para poder predecir una conducta punible, y el sujeto activo evite realizarlo.

- **Formal:** sobre la garantía formal el Tribunal Constitucional ha señalado en el expediente N.º 2050-2002-AA/TC lo siguiente: “relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango y que este Tribunal ha identificado como “ley o norma con rango de ley.” (p. 5), lo que señala el Tribunal Constitucional es solo a través de una ley o un Decreto Legislativo podrá contener la sanción, este es un requisito inviolable en los delitos penales, sin embargo, en los temas administrativos podrá complementarse a través de un reglamento de menor jerarquía.

El principio de legalidad además de tener una garantía formal y material, tiene un subprincipio como es el de tipicidad, taxatividad, entre otros, si bien se determina que toda sanción sea establecido en una ley o rango de ley, esta deba ser descrita de una manera sencilla y entendible, a través del principio de tipicidad, de igual forma el Tribunal Constitucional ha señalado en el expediente N.º 2050-2002-AA/TC lo siguiente: “los principios de culpabilidad legalidad, tipicidad, entre otros, constituye principios básicos del derecho sancionador, que no solo se aplican en el ámbito del derecho penal (...)” (p. 4), es decir, reconoce el principio como tipicidad, legalidad, que son inquebrantables para la creación de sanciones, estos principios son inviolables puesto que no será posible que el Estado ejerza su poder punitivo si no cumple con estos requisitos, esta idea es complementa por el Tribunal Constitucional cuando señala en el expediente N.º 2050-2002-AA/TC lo siguiente: “principio de legalidad en materia sancionatoria impide que se pueda atribuir la comisión de una falta si esta no está previamente determinada

(...)y también prohíbe que se pueda aplicar una sanción si esta no está también determinada (...)" (p. 5)

Respecto a la limitación de la sanción, estas deben estar delimitadas de manera específica y están prohibido las analogías o generalidades, además esta definición específica deben ser redactadas de una forma sencilla y precisa, de ninguna manera es aceptada las redacciones ambiguas, generales o indeterminadas, de igual manera lo señala el Tribunal Constitucional en el expediente N.º 2192-2004-AA/TC indicando lo siguiente: "principio de legalidad exige no solo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas por la ley prohibiéndose tanto la aplicación de analogía como (...)el uso de cláusulas generales e indeterminadas (...)" (p. 3)

El motivo por que una sanción debe estar tipificada de forma determinada, es porque el sujeto imputado por esta sanción podría quedar en un estado de indefensión, vulnerando sus derecho fundamental a la defensa, además se estaría vulnerando su derecho a un debido proceso, puesto que es necesario que el sujeto conozca exactamente que conducta se le sanciona, si no se especifica la sanción este no podría armar su defensa, de igual forma lo señala el Tribunal Constitucional en el expediente N.º 0020-2015-PI/TC indicando los siguiente sobre la especificación de la conducta sancionable "la persona sancionada podría encontrarse en indefensión pues tendría dificultades para conocer las infracciones concretas que se le imputan lo que limitaría severamente su capacidad para defender en el proceso o procedimiento administrativo correspondiente.." (p. 14)

Sobre la complementación o especificación de la sanción, esta se debe dar en la misma ley cuando se trata de sanciones penales, en el caso de las sanciones administrativas estas

pueden ser especificadas en otro tipo de normativas como reglamentos, sin embargo, se debe señalar que por ningún motivo el reglamento de la sanción podrá ampliar o corregir los errores establecido en la sanción principal, de igual forma lo señala el Tribunal Constitucional en el expediente N.º 0020-2015-PI/TC cuando indica sobre la especificación de la tipificación de las sanciones “puede interpretarse de manera tal que se permita la desnaturalización de los principios de legalidad y tipicidad o taxatividad. Es admisible que en ocasiones los reglamentos especifiquen o gradúen infracción previstas de manera expresas en la ley.” (p. 15), además el propio Tribunal Constitucional en su misma sentencia sostiene que “nada justifica que establezcan conductas prohibidas sin adecuada base legal o que, al desarrollar disposiciones legales generales o imprecisas, los reglamentos terminen creando infracciones nuevas subrepticamente” (p. 16), es decir, que si bien la Constitución Política del Perú admite reglamentar una sanción administrativa en otra norma, esta no podrá ampliar la figura ni mucho menos corregir algún error de ambigüedad o imprecisión, si sucede esto la sanción no podrá ser castigada por el Estado, el estándar mínimo para tipificar una sanción, deberá ser de un entendimiento simple para un ciudadano con un conocimiento básico, es decir, lo más sencillo y específico posible, de manera tal que el sujeto sancionada no tenga duda alguna de su actuar y así utilizar los mecanismo adecuadas para poder defenderse.

Principio de Tipicidad

Este principio deriva del principio de legalidad, donde su finalidad es el de imponer límites bien establecidos a la función del legislador, puesto que la creación de sanciones limita derechos fundamentales, de igual forma lo señala el Tribunal Constitucional en el expediente N.º 2192-2004-AA/TC lo siguiente: “subprincipio de tipicidad (...)constituye una de las

manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo.” (p. 3) , estos límites son inquebrantables, puesto que es necesario que una sanción sea redactada de la manera más simple, sin generalidades, ni mucho menos indique ambigüedad, la simplicidad de la redacción será al nivel de un ciudadano con un conocimiento básico, de igual forma el Tribunal Constitucional indica sobre la tipificación de sanciones “ (...)serán redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal (...)” (p. 4), por último se debe insistir que la conducta punible en una sanción debe estar redactada de forma muy específica y directa, puesto que son principio fundamentales para la exigencia de una sanción, además toda especificación y sanción debe estar en la misma ley, salvo se hable de sanciones administrativas donde puede estar complementada en un reglamento, pero siempre y cuando no busque solucionar los errores de la sanción principal, ni mucho menos amplié esta sanción, de igual forma lo señala Delegado (2020) cuando nos indica “mediante conceptos jurídicos que permitan deducir, con suficiente grado de certeza las conductas que constituyan una Infracción y las penas o sanciones aplicables” (p. 28)

H. Análisis económico del delito de peculado culposo

Bullard (2018) sostiene que el análisis económico del derecho (en adelante AED) es” (...)una metodología que aplica el razonamiento económico al derecho y nació en los Estados Unidos aproximadamente en la década de 1960” (p. 17), esta metodología hoy en día es muy utilizada puesto busca desde un enfoque costo beneficio anticiparse a posibles conflictos o casos no deseados, de igual forma Bullard (2018) sostiene que el

enfoque principal del AED es en “Busca explicar cómo hacemos el análisis costo-beneficio de nuestras decisiones y con el entender cómo funciona la conducta en el mundo real” (p. 20), esta idea del costo beneficio es muy utilizado en la economía puesto que todo individuo realiza una acción en base un incentivo, un ejemplo de ello son los nuevos negocios que emprender en nuestro país.

En nuestro país uno de los autores más famosas que explica el análisis económico del derecho es Alfredo Bullard donde hace un análisis del AED en nuestra realidad de país.

a. Conceptos generales del análisis económico del derecho

El AED nace de la combinación de dos ramas de estudio la economía y el derecho, de igual forma Bullard (2018) arguye que “...el AED. Une la capacidad de predicción de los economistas con la capacidad de crear incentivos de conducta del derecho. Esa unión hizo nacer una herramienta muy poderosa” (p. 20), sobre a la rama de estudio Economía uno de los temas de investigación es el cómo establecer proyectos de mercado para incentivar a las personas a consumir lo que conlleva a mejorar la economía de un país, Bullard (2018) nos trata sobre estos incentivos al momento de señalar “la gente reacciona a incentivos y cambia sus decisiones en función a dichos incentivos (...)” (p. 19), para Bullard lo fundamental es los incentivos toda persona o empresa actual en base a ello, el incentivo también es llamado como costo beneficio.

Respecto al Derecho esta ciencia o técnica tiene como finalidad regular las conductas de las personas con la finalidad de convivir en paz y tranquilidad, de igual forma Bullard (2018) sostiene que “El derecho (...) es un sistema de regulación de conducta humana. Toda regla jurídica tiene un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica (...)” (p. 19), si bien el derecho no solo regula, como por

ejemplo hace un análisis filosófico del hombre en sociedad, en el caso del AED se enfoca estrictamente en la regulación que establece un Estado a los ciudadanos.

Por último, Bullard (2018) sostiene que “si un sistema de predicción de conductas (la economía se junta con un sistema de regulación de conductas (el derecho) la ventaja es obvia (...)” (p. 19), establece que el AED es una combinación entre la predicción de conductas humanas y la regulación establecida por las leyes, además sostiene que esta combinación ayuda a examinar posibles resultado de una regulación por parte del Estado al mercado y ciudadano común, por otro lado, Bullard (2018) arguye que “Pero el AED nos abre la posibilidad de usar herramientas de discusión que no son imaginables usando meramente herramientas jurídicas” (p. 20), es decir, a través del AED existe una forma metodológica y proyectada de los impactos del mercado a través de la poca o mucha regulación que puede existir en un país.

a) Eficiencia vs equidad

Respecto a la eficiencia, se debe entender como la mejor manera de realizar con los mismo recursos realizar un trabajo, en esta mejor manera de realizar las cosas se debe medir con otro resultado, así mismo la eficiencia tiene un impacto en la calidad del producto o la disminución de recursos y, de igual forma lo señala Bullard (2018) arguye que “ (...)lo que está diciendo es que con la misma dotación de recursos (la misma máquina, los mismos materiales, el mismo tiempo, los mismos colaboradores, etcétera) puede hacer más que otros (...)” (p. 27), ahora el límite de la eficiencia se llegara cuando no es posible mejorar la calidad y tiempo, sin que se necesite la utilización de recursos ajenos a lo

frecuentemente utilizado, por otro lado, Bullard (2018) arguye que “ (...)el mundo está mejor si al menos uno mejoró y nadie empeoró... dados los recursos existentes, no es posible que alguien mejore sin que otro empeore..” (p. 29), es decir, que la eficiencia tiene un límite y si se supera este límite necesariamente se tendrá que perjudicar a un tercero, lamentablemente esto es necesario puesto que los recursos son finitos y limitados.

En el caso de la equidad, se refiere a establecer regulaciones que disminuyan la diferencia que puede existir entre personas o regular acciones que ayuden al beneficio de varias personas, Bullard (2018) da un ejemplo de ello “Si dos personas celebran un contrato, se presume que ambas mejoran. Y nadie empeora. Se cumple la condición paretiana. Por eso los contratos son dignos de protección” (p. 30), existen regulaciones dadas por parte del Estado que busca proteger la mejorar de los ciudadanos, sin embargo, el Estado no es la única regulación que hace, también puede establecer regulaciones que incentive a los ciudadanos a realizar conductas por ejemplos los beneficios tributarios a una pequeña empresa o una nueva empresa, Bullard (2018) complementa la idea al momento de señalar que “un derecho que, sin olvidar otros aspectos o valores a los cuales se deba, sea un derecho eficiente, es decir, un derecho que evite el desperdicio creando incentivos de conducta adecuados para lograr sus fines” (p. 33-34).

b) El Método del AED

Sobre el método del AED tiene un enfoque de los resultados o impacto que dará la creación o

modificación de alguna regulación, de igual forma Bullard (2018) arguye que “Para el AED lo importante (...) más que la estructura de las normas y su lógica formal (...) son las consecuencias. El AED se orienta a identificar las consecuencias de las normas, sean estas constitucionales, legales, términos contractuales, estatutos, etcétera” (p. 41), sobre el resultado que se tiene que estudiar, no significa de un resultado económico, sino más bien un impacto en el día a día de los ciudadanos, así como también el incremento o disminución de las actividades que regula, Bullard (2018) complementa esto cuando arguye que “Cuando uno trata del análisis costo-beneficio, no está tratando de dinero necesariamente, sino de los motores de la conducta humana, y estos son bienestar y malestar” (p. 44), en pocas palabras el método del AED estudia los cambios o creación de regulación y estos como afectan en los incentivos de las personas en realizar ciertas actividades.

Por otro lado, el método de AED se ve afectado por externalidades, estas externalidades son costos económicos y no económicos que una persona tiene que asumir debido a la realización de una conducta, de igual manera Bullard (2018) cuando arguye que “Las externalidades son los costos o los beneficios no contratados (...) si alguien me golpea la cara y se me inflama un ojo, esta inflamación es un costo, pues debo acudir a un médico (...) Esos costos han sido causados por un tercero” (p. 45), así como existe externalidades negativas de costo, existe también externalidades de beneficio, estas externalidades positivas, se dará cuando un determinado sujeto desea realizar una actividad beneficiándose a mi sin

haber invertido ningún recurso, Bullard (2018) complementa esta idea cuando arguye que “Hay también externalidades positivas (o beneficios externos). Si una heladería al costado de mi casa coloca un vigilante, esto nos genera un beneficio porque recibimos seguridad por la cual no hemos pagado” (p. 45)

Por último, el AED tiene diferentes formas de evaluar la eficiencia de una regulación, esta puede ser el impacto económico, bienestar social, incremento de las actividades, así como también el cumplimiento o no de las regulaciones establecidas por el Estado, si los ciudadanos o un sector de ellos incumpliera la regulación, se entendería que no beneficia o facilita las actividades privadas, de igual forma Bullard (2018) lo arguye que “ (...) si los individuos se van a comportar de tal o cual manera, y si ese comportamiento va a ser ineficiente o no. A veces el nivel de cumplimiento (o incumplimiento) de una norma nos indica algo sobre su eficiencia” (p. 47), este punto es fundamental en la investigación puesto que al momento de proponer una modificatoria esta se debe calificar en base a los costos y beneficios, de esa forma disminuir la carga procesal de los juzgados especializados, de igual forma al momento de hacer proyectos de ley estos deben buscar facilitar la labor de los operadores del derecho, y también facilitar cualquier transacción de los ciudadanos, de igual forma Bullard (2018) lo arguye que “el AED puede tener especial relevancia en la labor judicial y en general, en la labor de aquel operador del derecho que tiene justamente que decidir casos en base a normas” (p. 49)

c) **El teorema de Coase**

Este teorema sostiene que los costos de transacción deben ser bajos, esto ayudaría a incrementar las actividades de los privados, además si existieran altos costos de transacción desmotivaría el intercambio entre individuos, de igual forma lo señala Bullard (2018) al momento que indica que “cuando los costos de transacción no son prohibitivos la gente lleva a cabo transacciones generalizadas, creando así mercados, no solo para evitar caer en “ineficientes” estructuras jerárquicas y centralizadas” (p. 93), se debe señalar que siempre existirá costo de transacción puesto que todos los Estados regulan o establecen la forma de realizar transacciones por más mínimo que sea, sin existe regulaciones más eficientes que otras, puesto que menor sea el costo de transacción el beneficio es el incremento de las actividades privadas, Bullard (2018) complementa la idea cuando arguye que “un mundo en el que los costos de transacción son iguales a cero no existe o es irreal. Siempre hay costos vinculados a la celebración de cualquier contrato” (p. 94)

Por último, el teorema de Coase busca el mejor beneficio de los participantes de una transacción, es decir, si se necesita intercambiar bienes o servicios, esto se realizará si los sujetos encuentran beneficioso el intercambio en caso contrario no realizarán la transacción, de igual forma Bullard (2018) lo señala cuando indica “la solución más eficiente. Si es menos costoso mudar la panadería que el dentista, las partes llegarán a un acuerdo en ese sentido, siempre que los costos de transacción sean bajos” (p. 95), lo importante en el teorema de Coase son los costos de

transacción puesto que no necesariamente significa un costo monetario, si no también puede ser un costo de esfuerzo, tiempo o horas de conocimiento, puesto para la realización de ciertas transacciones se tiene que tener un conocimiento amplio sobre las costumbre de mercado, también conocimientos especializados, Bullard (2018) complementa la idea cuando indica “Los costos de información para el consumidor sobre los riesgos implícitos en el consumo de una gaseosa pueden ser altos. Se requieren conocimientos técnicos y estadísticos para establecer cuál es el verdadero riesgo asumido” (p. 98), este teorema también es aplicable al momento de realizar proyectos de ley, puesto que, si se incrementa los costos de transacción, como dejar impune ciertas conductas que no cumple con el valor de daño mínimo, lo que conlleva a incrementar la delincuencia, sin la obtención de beneficios superiores al costo de la modificación de la ley, no será viable dicha modificatoria.

d) Análisis económico de la responsabilidad civil

Sobre el importe de la indemnización en la responsabilidad civil, esta se debe examinar a través de dos variables, la primera es el valor de daño causado y el segundo es el ingreso del causante, puesto que si bien en otros países las indemnizaciones son altas en nuestro país es distinto puesto que la realidad económica de las personas y del país es menor, de igual forma los señala Bullard (2018) cuando indica que “si bien se puede criticar al Poder Judicial por dar valorizaciones bajas, lo cierto es que no se le puede pedir que dé valorizaciones muy altas cuando tenemos una situación que

probablemente no las soporte” (p. 148), sobre la culpa en la responsabilidad civil, el AED sostiene que la culpa es permitida por la regulación, para no limitar las transacciones o actividades peligrosas que los ciudadanos realizan, sin embargo, la propia regulación sostiene que el monto para resarcir los daños deberá ser mayor a otros, esto se da para compensar a las personas por los daños recibidos, un ejemplo de ello tenemos la realización de instalación de electricidad, esta actividad peligrosa es permitida por las normas legales del Perú, sin embargo, las indemnizaciones por accidentes al trabajador son altas, de igual forma lo señala Bullard (2018) cuando indica “ los sistemas subjetivos de culpa son utilizados como una palanca para el desarrollo, es decir, se les utiliza como una forma de hacer menos responsables a las empresas que normalmente ocasionan daños, para permitirles desarrollarse económicamente” (p. 149)

Por último, nuestro poder judicial cuenta con escasos recursos, así como también una alta carga procesal, esto lleva a que se deba a que se deba disminuir la utilización de este órgano de poder, a través de procesos alternativos, así como también culminar algunos procesos como son los procesos de peculado culposo cuando sea resarcido el daño realizado por el funcionario público, puesto que resarcido el daño no sería justificable complementar con una pena, así mismo lo señala Bullard (2018) cuando indica “el aparato judicial tiene escasez de recursos para afrontar el problema y es entonces que tenemos que diseñar el sistema con factores de atribución que sean más razonables y estén más de acuerdo a

nuestra realidad judicial” (p. 151), independientemente si el sujeto actuó con dolo o culpa, lo relevante es el resarcimiento del daño cometido, en el AED será aceptado esa conducta si el sujeto restaura el bien sustraído o perdido, es por eso que debe permitirse ciertas conductas con la finalidad de disminuir procesos en el poder judicial con la finalidad de disminuir la carga procesal, Bullard (2018) complementa la idea cuando arguye que “la causalidad adecuada se relaciona directamente con la predictibilidad del daño, es decir, con la capacidad del actor de identificar, al momento de llevar a cabo su conducta, cuáles pueden ser las posibles consecuencia” (p. 153), por último el AED trata de disminuir los costos de transacción, es decir, el impacto negativo en las actividades de los ciudadanos a un costo permitido, por más que cause mínimos daños a otros, con la finalidad de obtener un beneficio el cual es la disminución de recursos y la carga procesal en el poder judicial, a cambio de incrementar la indemnización al momento que el sujeto deba resarcir los daños causados.

b. La cuantía de los daños en los delitos

En nuestro país una misma conducta puede ser sancionada en ámbito penal y administrativo, sin vulnerar el “ne bis in ídem”, esto se da por la necesidad del Estado en regular conductas, es por eso que en la actualidad los legisladores peruanos promulgan sanciones penales complementadas con otras leyes o ramas del derecho como puede ser el derecho administrativo, de igual forma Mayo (2021) complementa la idea cuando arguye que “ Se pretende así delimitar un concepto “estricto” de sanción

frente al, comúnmente utilizado, concepto “amplio” de sanción, que incluye cualquier acto coactivo, mal o gravamen estatuido por el orden jurídico “ (p. 192), además se debe señalar, que las conductas sancionables por el Estado protegen distinto bienes jurídicos, como los señala el Tribunal Constitucional, en el Exp. N.º 1670-2003-AA/TC.

En la actualidad la diferencia que se puede dar entre una conducta sancionable penalmente y una conducta sancionable administrativamente, en la práctica es difícil de diferenciar, se entiende que las sanciones administrativas tiene un nivel inferior a las sanciones penales, ya sea por el bien jurídico que protegen o por la pena que establecen, de igual forma lo señala Mayo (2021) cuando arguye que “A pesar de que la mayoría de la doctrina mantiene que entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador no existen diferencias cualitativas, son pocos los autores que han ofrecido una definición de sanción” (p. 191), en la práctica los legisladores diferencian las conductas punibles administrativas de las penales, a través de la cuantía de los daños causados, este método es utilizado mayormente para determinar el grado de sanción que deberá imponer al sujeto, eso no quita que en algunas conductas punibles sean utilizado para diferencia entre una sanción administrativa de una sanción penal, se debe señalar que este método es mayormente utilizado en otros países, donde establecen un valor mínimo para que la conducta sea considerado delito, con la finalidad de facilitar el trabajo de los operadores del derecho.

a) Delitos tributarios

En los delitos tributarios existe cuantía del daño realizado al bien jurídico protegido, esto se da puesto que existe tipificación similar en la tabla de infracción

del código tributario y en las infracciones tributarias no se observa el dolo o la culpa, en cambio en los delitos tributario es fundamental demostrar el dolo, esta idea complementa Mayo (2021) cuando arguye que “la imprudencia en el concepto de infracción administrativa (...)cuando el contribuyente realiza su declaración de acuerdo con un fundamento razonable de la norma, no hay ni imprudencia [inobservancia, al realizar la declaración, del cuidado objetivamente debido (146)] ni dolo” (p. 216), puesto que las infracciones administrativas no buscan conocer la existencia de un dolo, culpa, impericia o imprudencia. Debido a la dificultad para diferenciar la sanciones tributarias y delitos tributarios, el legislador entiende eso y establece cuantía del daño para diferenciar entre una infracción tributaria de un delito tributario contenido en la Ley penal tributaria Decreto Legislativo N.º 813, un ejemplo de ello son: i) El delito de almacenar bienes en lugares no declarados, tipificado en el artículo 5-b que arguye que “el que estando inscrito o no ante el órgano administrador del tributo almacena bienes para su distribución, comercialización, transferencia u otra forma de disposición, cuyo valor total supere las 50 Unidades Impositivas Tributarias (UIT), en lugares no declarados (...)”(párr. 45); y ii) Otro ejemplo sería la gravedad de los delitos tributarios tipificado en el artículo 5-d inciso 2 señalando “ Cuando el monto del tributo o los tributos dejado(s) de pagar supere(n) las 100 (cien) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) en un periodo de doce (12) meses o un (1) ejercicio gravable” (párr. 54)

Por último, se debe señalar que el legislador no utiliza la cuantía en todos los delitos tributarios, sino en algunos caso, puesto que no es muy utilizado esta forma de diferenciar entre sanción administrativa y delito en nuestro país, sin embargo, existe jurisprudencia donde establecen directrices para establecer un valor mínimo de cuantía para que una sanción se convierta en delito, de igual forma Mayo (2021) “ (...)intentan sancionar en casos en los que es evidente que existe una interpretación razonable de la norma, como ocurre en el supuesto de que esa interpretación haya sido defendida por una parte de la doctrina y de la jurisprudencia” (p. 216).

b) Delitos aduaneros

En el caso de los delitos aduaneros existe una mayor utilización de diferencia las sanciones administrativas de los delitos, a través de la cuantía representado en las unidades impositivas tributarias como señala la Ley de los delitos aduaneros, Ley N.º 28008, como ejemplo tenemos: i) Delito de contrabando, tipificado en el artículo 1 donde arguye que “El que se sustrae, elude o burla el control aduanero ingresando mercancías del extranjero o las extrae del territorio nacional o no las presenta para su verificación o reconocimiento físico (...)valor sea superior a cuatro (4) Unidades Impositivas Tributarias” (párr. 56); ii) De igual forma tenemos al delito de contrabando fraccionado tipificado en el artículo 3, el cual arguye que “ (...)será reprimido con idénticas penas, el que con unidad de propósito, realice el contrabando en forma sistemática por cuantía superior a cuatro (4) Unidades Impositivas Tributarias, en forma fraccionada (...)o en diferentes actos (...) que

aisladamente serían considerados infracciones administrativas..”(párr. 57); iii) Así como también el receptor aduanero, tipificado en el artículo 6, donde arguye que “El que adquiere o recibe en donación, en prenda, almacena, oculta, vende o ayuda a comercializar mercancías cuyo valor sea superior a cuatro (4) Unidades Impositivas Tributarias (...)” (párr. 59); iv) Tráfico de mercancías, tipificado en el artículo 8, donde arguye que “El que utilizando cualquier medio o artificio o infringiendo normas específicas introduzca o extraiga del país mercancías por cuantía superior a cuatro (4) Unidades Impositivas Tributarias cuya importación o exportación está prohibida o restringida” (párr. 62); y v) Por último, la propia ley sostiene que será infracciones administrativas los delitos menores a la cuantía mínima, esto se encuentra tipificado en el artículo 33, donde arguye que “Constituyen infracción administrativa los casos comprendidos en los artículos 1°, 2°, 6° y 8° de la presente Ley cuando el valor de las mercancías no exceda de cuatro (4) Unidades Impositivas Tributarias (...)” (párr. 68).

c) Delitos de actividad económica o política

En nuestro Código Penal peruano existe delitos donde establecen cuantía en los daños para ser sancionados penalmente, de igual forma la cuantía en los daños, el legislador lo toma como agravante, como ejemplos tenemos los siguientes delitos: i) Desempeño de actividades no autorizadas, tipificado en el artículo 243-b del Código Penal “El que por cuenta propia o ajena realiza (...) actividades propias de los agentes de intermediación, sin contar con la autorización para ello (...) y siempre que los valores

(...)tengan en conjunto un valor de mercado superior a cuatro (4) UIT” (párr. 21); ii) Así también el delito de manipulación de precios, tipificado en el artículo 251-b donde establece “El que proporcione señales falsas o engañosas respecto de la oferta o demanda de un valor o instrumento financiero, en beneficio propio o ajeno (...)siempre que el monto de dichas transacciones superen las trescientas (300) Unidades Impositivas Tributarias (UIT)” (párr. 25); iii) De igual forma el delito de financiamiento prohibido, tipificado en el artículo 359-a, donde arguye que “ El que, de manera directa o indirecta, solicita, acepta, entrega o recibe aportes, donaciones, contribuciones o cualquier otro tipo de beneficio (...)El valor del aporte, donación o financiamiento involucrado es superior a cincuenta (50) unidades impositivas tributarias (UIT)” (párr. 36); y iv) Por último, se debe señalar el delito de fuente de financiamiento legalmente prohibido, tipificado en el artículo 359-c donde establece “Son fuentes de financiamiento legalmente prohibidas aquellas que provengan de (...)Los aportes anónimos dinerarios superiores a dos (2) unidades impositivas tributarias” (párr. 38)

d) Cuantía en el delito de peculado

En cuanto al delito de peculado, el propio Código Penal tipifica con la utilización de la cuantía del daño, para diferenciar la gravedad del delito, esto está señalado en su artículo 387°e indica lo siguiente: “La pena será privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años (...)cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos (...)El valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias” (párr. 154), sin embargo, no

señala una cuantía mínima en el valor del daño causado para no considerarlo delito, la conducta negligente del funcionario, esto ocasiona un problema, puesto que un sector de fiscales apertura procesos por daños ínfimos, no observando el principio de ultima ratio del derecho penal, de igual forma , Mayo (2021) lo arguye que “El principio de ultima ratio y de subsidiaridad del Derecho penal (...)adquiere pleno significado en relación con el castigo con la pena de prisión de las formas más graves de agresión a los bienes jurídicos más importantes (...)” (p. 224), además se debe señalar que existe bienes jurídicos con un mayor grado de protección por parte del estado, como es la vida, salud, entre otros.

Por último, el delito de peculado, al ser un delito que afecta al patrimonio del estado, debería que puede ser cuantificable el daño realizado por el funcionario público, de manera fácil, puesto que tratamos de bienes valorizados en la propia contabilidad de la Institución pública, así mismo como el daño es causado al patrimonio del estado, este debería seguir el valor de afectación, a los delitos aduaneros, puesto que al realizarse estos delitos disminuye el patrimonio del estado ya sea por el no pago de tasas o por la sustracciones de los bienes del Estado, de igual forma Mayo (2021) complementa la idea cuando arguye que “el legislador debe realizar no solo para distinguir el ámbito penal del ámbito del Derecho administrativo sancionador sino también dentro de cada uno de estos ámbitos (así, por ejemplo, el Código penal distingue entre delitos graves, menos graves y leves” (p. 229), siendo fundamental tipificar

el delito de peculado culposa con una cuantía mínima del daño para diferenciar sanciones administrativa de sanciones penales para facilitar la labor de los operadores del derecho.

2.1.2. Categoría dos: la culpa

A. La culpa en el derecho penal

En la actualidad, para imputar de responsabilidad penal a una persona, se debe observar la intencionalidad del sujeto en la comisión del hecho, este análisis es realizado en la imputación subjetiva, Según García (2018) sostiene que “esta exigencia se deriva del principio de culpabilidad, según el cual una pena no puede imponerse al autor por la sola aparición de un resultado lesivo” (p. 125), es decir, que no solo debe observarse el resultado si no la intencionalidad de la persona, que le llevo a cometer el hecho, y producto de ello derivo en el resultado.

Al momento de analizar la imputación subjetiva de la conducta de un sujeto, se debe señalar si esta conducta fue realizada con dolo o culpa, nos enfocaremos en la culpa, puesto que es indispensable entender la figura del peculado culposo, donde solo se enfoca en la culpa del funcionario público, García (2018) señala la idea de Jakobs y establece que “la culpabilidad depende de la finalidad del derecho penal. Solo el fin del derecho penal dota a la culpabilidad de contenido” (p. 127), en pocas palabras se sancionará a la persona que cometa una conducta con culpa, siempre y cuando el tipo penal lo señala.

Varios se preguntarán que cosa es la culpa en los delitos, Ruiz (2016) lo define “como la falta de prevención de un resultado, el mismo que puede cometer por imprudencia o negligencia en la conducta de la persona” (p. 4), así mismo Plascencia (2004) complementa este concepto señalando que “la culpa cobra sus bases de la previsibilidad vinculada con un denominado vicio de la voluntad a partir de cual se ha omitido voluntariamente aquello que debía prever lo previsible” (p. 122), en pocas palabras la

culpa se da cuando una persona realiza una acción que conlleve a causar daños a bienes jurídico protegido sin tener la intencionalidad de causarlo, esta acción culposa en algunas circunstancias es sancionada por el derecho penal, como es el peculado culposo, siempre y cuando la persona no tome las precauciones necesarias, evitando un posible daño a los bienes jurídicos protegidos, es decir, que debió ser previsible los resultados dañinos de su conducta.

En esta situación, se observa que el peculado culposo, sanciona la conducta culpable de un funcionario, como señala el artículo 387°, de igual forma el Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116 sostiene que para que exista culpa en el delito de peculado, el funcionario no debió tomar las precauciones necesaria, es decir, que debió ser previsible los riesgos derivados de la conducta del funcionario, en pocas palabras estaríamos tratando de la culpa consciente.

Para entender mejor que es la culpa consciente, debemos describir las clases de culpa que existe, En el derecho penal existe dos notables clases de culpa, así lo señala Peña (2017) la cual es “la culpa consciente y la culpa inconsciente” (p. 177), de igual manera Plascencia (2004) sostiene que “Actualmente pocos son los que discuten en torno a la existencia de una culpa consciente y una culpa inconsciente” (p. 124).

a. Estructura de la culpa penal

a) Culpa consciente

Según Ruiz (2016), la culpa consciente se da “cuando el sujeto si bien no quiere causar el resultado advierte la posibilidad que este ocurra, pero confía en que no ocurrirá” (p. 6), así mismo Plascencia (2004) indica que la culpa consciente se presenta cuando “ si bien no se quiere causar la lesión (...)se advierte su posibilidad y, sin embargo, se actúa (...)pero se confía en que no dará lugar al resultado lesivo” (p.

124), para entender mejor esto podemos dar un ejemplo, Mario maneja por la carretera a alta velocidad, observa un letrero señalizado, donde indica advertencia colegio, pero el confía en su habilidad como conductor para evitar cualquier daño a terceros, en tal situación no toma las precauciones necesarias para evitar que ocurra un accidente, debido a esto Mario atropella a una persona, en esta situación, Mario actuó con culpa consciente, porque no tenía la intención de atropellar, sin embargo, no tomo las precauciones necesarios para evitar un accidente, sabia de las limitaciones de su conducta, sin embargo, incumplió la norma especial y producto de ese incumplimiento causo daño.

Además de no tener la intención de causar lesiones, el otro elemento importante en la culpa consciente, es predecir o saber que actuar de tal manera podría causar daños, así mismo lo señala Peña (2017) indicando lo siguiente el “autor (...)le resulta cognoscible la producción de un evento un lesivo, aunque confía en poder evitarlo yerra sobre la efectiva virtualidad del peligro generado por su conducta” (p. 179), es decir, debe existir el conocimiento probable de los daños a tercero que desencadenaría su accionar, sin embargo, confía en sus habilidades para poder evitar este final dañino.

b) Culpa inconsciente

Para Ruiz (2016), indica que en la culpa inconsciente “no solo no se quiere el resultado lesivo, sino que ni siquiera se prevé su posibilidad: no se advierte el peligro” (p. 6), así mismo esta idea complementa Peña (2017) señalando “la no advertencia del peligro hace de la evitabilidad, casi un imposible” (p. 178),

daremos un ejemplo para entender mejor esta definición, Mario va por la carretera manejando respetando la velocidad máxima establecida, en una curva atropella a una persona, Mario estaba cumpliendo con lo establecido en la norma, donde señala la velocidad máxima, también se percató que no se encuentre personas cercanas transitando, la probabilidad que una persona cruce la pista era mínimo, en tal situación Mario actuó con culpa inconsciente, algunas personas señalarían que no es cierto porque debió tomar otras precauciones para poder evitar el impacto, como sería tocar la bocina, sin embargo, tocar la bocina en cada curva es descabellado, esta situación sería exigir a Mario a predecir peligros remotos o inciertos, más del deber de cuidado exigido a todo conductor.

b. Manifestación de la culpa penal

Según Ruiz (2016) la culpa se puede manifestar a través de “la imprudencia, negligencia e impericia” (p. 8), así mismo lo señala Freire (2018), donde la manifestación de la culpa se puede dar por estos elementos, siempre y cuando estamos tratando en la realización de una función o servicio, realizado por un profesional o persona.

Estos tipos de manifestación, tienen sus propias características, que diferencia uno del otro, sin embargo, no es la única forma de diferenciar las modalidades de culpa, pero si es la más común, utilizada en la responsabilidad de las obligaciones, por parte de los profesionales la manifestación de la culpa señalado líneas arriba, es la más idónea debido a las características propias de cada uno.

a) Imprudencia

Ruiz (2016) señala a la imprudencia como “aquella forma de la evitabilidad en la que falta el conocimiento de lo que ha de evitarse. Es la falta de una relación volitiva o la falta de prevención segura (...) Representa la temeridad excesiva” (p. 34) , así mismo Freire (2018) complementa esta definición señalando “La imprudencia se entiende como falta de cuidado, criterio y sano juicio exigido al profesional (...)al momento de realizar cualquier procedimiento propio de la especialidad a la que corresponde” (p. 84), para entender mejor esta figura, daremos un ejemplo, una persona es conductor y está manejando más de 10 horas, si bien manejar por más de 10 horas no es ilegal, hasta está permitido, el propio conductor nota que tiene cansancio o siente sueño, es consciente que existe un riesgo probable, sin embargo, el confía en su habilidad de conductor que no causara ningún daño, el daño que puede causar, no es conocido de forma clara, si bien existe un riesgo probable no es suficiente para sancionarlo penalmente, en este caso si se quedara dormido y cae a un barranco o chocara, su conducta es reprochable civilmente, puesto que no debió conducir, es decir, fue imprudente o debió controlar su sueño con una pastilla o refresco energético.

En pocas palabras la imprudencia se da cuando una persona, actúa de manera riesgosa, a sabiendas que la realización de su conducta puede causar daño, sin embargo, el confía en su habilidad para evitar cualquier posible daño, conoce que puede existir la posibilidad de causar daño, pero lo realiza, en vista que su conducta está permitida por la sociedad, sin embargo, esta acción realizada por el sujeto es

riesgoso y sancionable, por más que no sea prohibida en una normativa administrativa, civil o penal, la consecuencia de los daños causado por la realización de esta conducta, es sancionable por el derecho civil, para restituir los daños causado por este.

b) Negligencia

Según Ruiz (2016), indica que “es una falta de atención, descuido (...) donde el autor en su falta de precaución, no ha previsto como posible el resultado criminal que ha causado (...) es la omisión del autor al obrar u omitir de los cuidados debidos” (p. 9), así mismo Freire (2018) sostiene que la negligencia “es lo inverso al sentido del deber, es el incumplimiento de los elementales principios inherentes a la profesión” (p. 34), Freire (2018) añade que habrá negligencia cuando “pueda sostenerse que hay una falta de cuidado o diligencia en el ejercicio de sus funciones” (p. 65), es decir, la negligencia existirá cuando ha omitido los cuidados debidos, conocidos y establecidos en una normativa interna, legal o tradición.

Para entender mejor este concepto de negligencia, se dará un ejemplo, Mario se desplaza en su vehículo en el límite máximo de velocidad permitido, posteriormente observa que no existe viviendas cercanas, de igual forma observa que no hay personas transitando por ese lugar, en vista a eso toma la decisión de aumentar la velocidad superior al permitido, más adelante observa a una persona cruza la carreta, debido a la velocidad de desplazamiento le es imposible detener, causándole daño a la víctima, en este caso, Mario violó la orden de no manejar al límite máximo de velocidad permitido, norma

conocida por Mario, y producto de ello causo daño, la valoración de su culpa se realiza de forma objetiva , puesto que solo basta el incumplimiento de la norma de tránsito, para señalar que su conducta fue inapropiada, y producto de esta decisión causo daño a terceros, es decir, que actuó con negligencia.

c) Impericia

Ruiz (2016), sostiene que es “la insuficiente aptitud, habilidad o deficiencia técnica, para el ejercicio de un determinado oficio, arte o profesión (...) dentro del presupuesto de la impericia podemos señalar la ineptitud e inhabilidad” (p. 10), Freire (2018) complementa este concepto cuando arguye que “es lo contrario a la pericia y que significa falta de conocimiento técnicos” (p. 34), en pocas palabras la impericia, es realizado por una persona en el ámbito profesional, arte u oficio y producto del desconocimiento técnico, profesional o científico causa un daño reprochable, puesto que no era lo que se esperaba de él, calificándolo de ineptitud, porque debía tener los conocimientos propios de su profesión, arte u oficio.

Un ejemplo claro de la impericia, es la función de un mecánico, al momento de solicitar la reparación de los frenos del vehículo, se supone que el mecánico repara desperfecto de un vehículo y deberá reparar esos frenos, si no lo puede reparar existirá impericia, sin embargo, para hacer esta afirmación, se debe considerar diferentes variables, por ejemplo la experiencia profesional propia del sujeto, conocimiento técnicos propios del sujeto, así mismo la eficiencia de la realización de la profesión, arte u oficio del sujeto, en pocas palabras la impericia varía

entre personas, puesto que estas variables es difícil de cuantificar en los diferentes casos, así mismo las diferentes profesiones, artes u oficio, son totalmente distinto y se dividen en tipos, como profesiones objetivas y subjetivas, un claro ejemplo de una profesión objetiva son los médicos forense y otro ejemplo claro de una profesión subjetiva son los psicólogos.

B. La culpa en el derecho civil

En el Perú se sanciona a las personas que causen daños o perjuicios al momento de realizar sus obligaciones, siempre y cuando lo hagan con dolo, culpa leve o culpa inexcusable, así lo señala el artículo 1321° del Código Civil peruano (en adelante C.C.) que literalmente indica lo siguiente: “Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones pro dolo, culpa inexcusable o culpa leve” (Jurista Editores E.I.R.L., 2019, p. 278), asimismo la culpa está diferenciada en dos culpa inexcusable y culpa leve.

Según Osterling (2013) “la doctrina informa que en el derecho romana se distinguía dos grados de culpa: la culpa grave (*culpa lata*) y la culpa leve (*culpa levis o simplemente culpa*)” (p. 5) es decir, que, desde el imperio romano, se diferenciaba a la culpa en culpa leve y la culpa grave o inexcusable, transcurrido el tiempo diferentes civilizaciones y países, utilizaron estas clases de culpa para indemnizar una responsabilidad civil, de igual manera el Perú siguió los mismo paso de esta doctrina romana.

a. Grados de culpa civil

a) Culpa leve

Este grado de culpa es el más tenue de todos, aun así causa indemnización por la no ejecución de la obligación, el C.C. señala en su artículo 1320° lo siguiente: “Actúa con culpa leve quien omite aquel la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la

obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas del tiempo del lugar (...)" (Jurista Editores E.I.R.L., 2019, p. 278), así mismo Osterling (2013) sostiene que la culpa leve "tiene como constituyente regla la falta de diligencia ordinaria. A diferencia del dolo, no hay en él la intención de no cumplir, no hay mala fe del deudor" (p. 36), es decir, que la culpa leve se da, cuando una persona no toma las diligencias ordinaria exigida por la propia naturaleza de su prestación de servicio, para entender mejor se dará un ejemplo de la culpa leve, una persona entrega comida a domicilio, él quiere entregar el pedido lo más antes posible, producto de su actuar el producto que traslada se daña, por el mal estado de la pista, y por conducir con demasiada velocidad, siendo evitable este daño, si hubiera manejado con cuidado de no derramar el contenido de los recipientes, es decir, actuó con culpa leve, por que al momento de entregar la comida, no cumplirá con su obligación, ya que la comida se derramo debido a la no diligencia del repartidor.

Así mismo la culpa leve no se aplica en el derecho penal, sino la culpa leve son situaciones subjetivas donde lo exigible al sujeto es la no toma de diligencias debidas, estas diligencias debida dependerá de diversos factores, como la experiencia, el conocimiento propio del sujeto, entre otros, sin embargo, para el derecho civil estas diligencias debidas son exigible, así lo señala Osterling (2013) "no es considerada suficiente por el juez penal para fundar una condena, en tanto que si lo es para un juez civil para hacer lugar a una acción por reparación de daños" (p. 32)

b) Culpa inexcusable

Este grado de culpa es el más grave que la culpa leve, y se encuentra reconocido por el Código Civil, en su artículo 1319° donde arguye que “incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación” (Jurista Editores E.I.R.L., 2019, p. 277), así mismo Osterling (2013) complementa este concepto cuando arguye que “es la culpa que consiste en la omisión de aquellas precauciones que están al alcance de las personas u menos cauto (...) la doctrina nacional (...) está destinado a dar pautas generales” (p. 36), es decir, en el caso de la culpa inexcusable se va a dar cuando una persona actúa con negligencia grave, no respetando las normas legales, e incumpliendo sus obligaciones celebradas, este incumplimiento se da con pleno conocimiento de la persona y producto de esto causo daño, un ejemplo de ello es el establecimiento de pautas mínimas de las funciones del empleado público en la normativa administrativa, de igual forma estas pautas se establecen en el contrato de trabajo o documento interno, al momento que un funcionario público no ejecute sus funciones establecidas, incurrirá en culpa inexcusable, si producto del incumplimiento causa daños.

b. Clases de culpa civil

En el caso de la culpa contractual y extracontractual, el primero tiene un enfoque de responsabilidad civil por incumplimiento de una obligación, es decir, que tiene un enfoque más objetivo delimitado por pactos que se debe cumplir establecidos en un contrato, en cambio la culpa extracontractual tiene un enfoque de responsabilidad civil menos objetivo y menos delimitado, debido a que se

observa la intencionalidad, el respeto de las normas legales, la peligrosidad de la conducta, entre otros.

a) Culpa contractual

Según Osterling (2013), la culpa contractual “implica una obligación preexistente que dicha culpa infringiría” (p. 21), así mismo Osterling (2013) complementa su concepto señalando “la conducta reprochable del obligado significa la violación de una obligación preexistente” (p. 27), complementando la idea de Osterling se puede decir que la culpa contractual, es más fácil y simple de demostrar, solo se tiene que incumplir los pactos establecidos en el contrato para presumir que el obligado actuó con culpa, así también lo indica Osterling (2013), cuando arguye que “la culpa contractual se presume y no necesita ser aprobado por el acreedor. El propio incumplimiento del contrato hace presumirla” (p. 27) Por último, el importe de la indemnización que se debe realizar debe ser un importe resarcitorio, es decir, solo es necesario reemplazar o pagar el valor de los bienes dañados, así también lo señala Osterling (2013) “El carácter de la indemnización en la culpa contractual, es resarcitorio” (p. 27)

b) Culpa extracontractual

La culpa extracontractual es muy distinta a la culpa contractual, primero el nacimiento de esta no es un contrato si no es el deber de todo ciudadano, el cual es comportarse de tal manera que no cause daño a otros, Osterling (2013) complementa esta definición señalando “en la culpa extracontractual no hay una obligación preexistente: la culpa es la fuente de la obligación de resarcir. A raíz de la conducta culposa es que nace la obligación” (p. 27)

Además la culpa extracontractual al no tener un origen contractual delimitado, se entenderá como culpa dependiendo del caso y de las acciones realizada por el sujeto, sin embargo, un primer filtro para poder decir que existe culpa es establecer si la conducta del sujeto a respetado las normas legales que delimita su conducta, en este caso se debe probar la culpa del sujeto, como señala Osterling (2013) “la culpa extracontractual no se presume y debe ser aprobado por el acreedor” (p. 27), es decir, que debe existir hechos objetivos probables, para demostrar la culpa del sujeto, un ejemplo de ello sería el daño causado, el vínculo de su conducta y el daño causado, vulneración de las normas legales, entre otros.

C. La culpa en el derecho administrativo

En el derecho administrativo, no es muy estudiado la culpa, puesto al tener como finalidad regular las conductas de los sujetos, el Estado no realiza un análisis de la intencionalidad o no de la conducta del sujeto, sino sanciona, a través del *Ius Puniendi* otorgado por la Constitución Política, sin embargo, en los procesos administrativos sancionador a un funcionario público, estos conceptos como culpa, negligencia, omisión, imprudencia, puesto que existe gradualidades en las sanciones, al vulnerar o limitar derechos de los trabajadores, estos procedimiento deben respetar principios constitucionales, como principio de tipicidad, legalidad, taxatividad, debido proceso y otros.

En los procedimientos administrativos sancionadores a funcionarios públicos, en la actualidad está establecida y sancionada por la Ley del Servicio Civil, Ley N.º 30057 y su reglamento, Decreto Supremo N.º 040-2014, donde establecen los principios, sanciones y conductas punibles, entre estas

conductas existe una que nos trata de la culpa y sus diferentes variantes, como es negligencia en el desempeño de funciones, es importante entender como establece la definición de culpa o negligencia en el desempeño de funciones, para entender el termino apropiado a utilizar en la tipificación de la culpa en de delito de peculado culposo.

a) Ley del servicio civil

La ley de Servicio Civil, Ley N.º 30057 fue creado con la finalidad de establecer un régimen único para las personas que laboren en una entidad del Estado, y su reglamento fue establecido en el Decreto Supremo N.º 040-2014, de esa forma establecer un solo régimen para todos los funcionarios públicos independientemente del tipo de contrato que tenga, así mismo establecer procedimientos únicos para sancionar el mal ejercicio de funcionar por parte de los trabajadores públicos.

En esta Ley, establece las directrices del procedimiento administrativo sancionador y las sanciones impuestas al funcionario público, la más relevante para la investigación es la tipificada en el literal d) del artículo 85º de la Ley N.º 30057, el cual arguye que “Son faltas de carácter disciplinario que, según su gravedad, pueden ser sancionadas con suspensión temporal o con destitución, previo proceso administrativo (...) a negligencia en el desempeño de las funciones” (p. 31-32), esta sanciona es una de la más usada debido a que la sanción al funcionario público se da por el actuar no eficiente o adecuado que genere un daño a la institución pública, de igual forma el inciso i) del artículo 98º del reglamento a la Ley del Servicio Civil, tipificado en el Decreto Supremo N.º 040-2014-PCM, señalando lo siguiente: “De conformidad con el artículo 85, literal a) de la Ley, también son faltas disciplinarias (...)Incurrir en actos de negligencia en el manejo y

mantenimiento de equipos y tecnología que impliquen la afectación de los servicios que brinda la entidad” (p. 20), se debe señalar que ni en la Ley o reglamento establece el concepto de negligencia.

Por último, si bien existe una lista de sanciones administrativas sancionable al funcionario público, la sanción por negligencia en el desempeño de funciones, tiene una definición amplia, puesto que no establece exacto que función es sancionable, ni tampoco la forma de realizar u omitir, por otro lado, la omisión de realizar una función por parte del empleado público, es sancionable, además el propio reglamento establece la definición en el artículo 98.3 del Decreto Supremo N.º 040-2014-PC, estableciendo lo siguiente: “La falta por omisión consiste en la ausencia de una acción que el servidor o ex servidor civil tenía obligación de realizar y que estaba en condiciones de hacerlo” (p. 20), sin embargo, se debe señalar que la definición de negligencia se ha dado en la jurisprudencia realizada por tribunales administrativos.

b) Jurisprudencia sobre la negligencia en el desempeño de funciones

Sobre la jurisprudencia dada por tribunales administrativo, respecto a la definición de negligencia existe una sentencia de observancia obligatoria publicada en el diario el peruano, el cual es la resolución de Sala Plena N.º 001-2019-SERVIR/TSC, donde establece doctrina que ayuda entender la sanción administrativa a los empleados públicos por negligencia en el desempeño de funciones, en uno de los punto de la Sala Plena N.º 001-2019-SERVIR/TSC arguye que “Sobre la negligencia en el desempeño de las funciones la Ley precisa, que el objeto de la calificación disciplinaria es el “desempeño” del servidor público al efectuar las “funciones” que le son

exigibles en el contexto del puesto (...)” (p. 23), lo fundamental para entender la sanción de negligencia en el desempeño de funciones, es el deber que tiene todo empleado público en realización de sus funciones con eficiencia, probidad, de igual forma lo señala la Sala Plena N.º 001-2019-SERVIR/TSC cuando indica “La Ley N.º 28175 (...)en el literal d) del artículo 2º que (...)los deberes de todo empleado público que está al servicio de la Nación es: “desempeñar sus funciones con honestidad, probidad, criterio, eficiencia, laboriosidad y vocación de servicio”” (p. 23), así mismo se debe señalar la negligencia en el desempeño de funciones, también se puede dar por la omisión de sus obligaciones del empleado público.

Uno de los problemas de la tipificación de la sanción administrativa de negligencia en el desempeño de funciones es su redacción, puesto que el término utilizado amplía la imputación de la sanciones, de igual forma lo señala Sala Plena N.º 001-2019-SERVIR/TSC cuando arguye que “el término diligencia es un concepto indeterminado que se determina con la ejecución correcta, cuidadosa, suficiente, oportuna e idónea en que un servidor público realiza las actividades propias de su función” (p. 23), por otro lado, el concepto de negligencia propio del derecho administrativo sancionar tiene un concepto de la realización de forma defectuosa la función del empleado público, así como también la omisión del deber del mismo, de igual forma lo señala Sala Plena N.º 001-2019-SERVIR/TSC cuando arguye que “cuando se hace referencia a la negligencia en el desempeño de las funciones, la norma se refiere a la manera descuidada, inoportuna, defectuosa, insuficiente, sin dedicación, sin interés, con ausencia de esmero y dedicación” (p. 23).

La potestad sancionadora del Estado solo podrá aplicarse en el caso de negligencia en desempeño de funciones cuando el funcionario realice sus obligaciones propia de su puesto, establecida en un documento interno donde señala dichas funciones en específico, de igual forma lo señala Sala Plena N.º 001-2019-SERVIR/TSC cuando arguye que “la falta de “negligencia en el desempeño de las funciones”, resultaba ser una cláusula de remisión que requería del desarrollo de reglamentos normativos que permitan delimitar el ámbito de actuación de la potestad sancionadora, debido al grado de indeterminación (...)” (p. 24), esto se debe cumplir pues si no se encuentra establecido en un documento interno, la Institución Pública estaría lesionando los principio de legalidad, tipicidad y taxatividad reconocido por el Tribunal Constitucional, de igual forma lo señala Sala Plena N.º 001-2019-SERVIR/TSC cuando arguye que “deben especificar con claridad y precisión las normas complementarias a las que se remiten, cuidando que se contemplen las funciones que las normas de organización interna de la entidad han establecido para sus servidores y funcionarios (...)” (p. 24), hora esta especificación de funciones propia del puesto del trabajador público debe ser comunicado al mismo trabajador, puesto él debe conocer formalmente sus obligaciones, para realizarlo de la mejor manera, no estableciendo funciones fácticas o momentáneas que se podría dar por cierto hechos accidentales.

Ahora la definición de funciones en el derecho administrativo sancionador, está definido por función a las tareas propias del puesto trabajo, de igual forma lo señala Sala Plena N.º 001-2019-SERVIR/TSC cuando arguye que “función es definida como una “Tarea que corresponde realizar a una institución (...)o a sus órganos o personas

(...)Por lo que puede entenderse que funciones son aquellas tareas, actividades o labores vinculadas estrechamente al cargo en el que ha sido asignado (...)” (p. 24), también se debe señalar que las obligaciones del funcionario público no debe confundirse con obligaciones generales que tiene todo trabajador público, si no son funciones específica propio de su puesto de trabajo, de igual forma lo señala Sala Plena N.º 001-2019-SERVIR/TSC cuando arguye que “es posible distinguir las funciones respecto de los deberes u obligaciones que impone de manera general el servicio público o, de manera más específica (...) como son, por ejemplo: actuar con respeto, desempeñarse con honestidad y probidad,” (p. 24).

2.2. Definición de términos usados

2.2.1. Peculado culposo

Este delito solo puede ser ocasionado por un funcionario público, cuando infringe el deber de cuidado, en la realización de sus funciones establecidas de forma fáctica o en una normativa interna, ocasionando daños a los bienes puestos en su cargo, y no tomando las debidas diligencias para impedir la sustracción de estos bienes. (Salinas, 2019)

2.2.2. Culpa leve

Se entienda por culpa leve, cuando la conducta del sujeto es imprudente o indebida, y producto de esto ocasiona daño, sin embargo, el daño causado no es posible de conocer o tener la certeza que sucederá, al ser una probabilidad remota (Osterling y Castillo, 2009)

2.2.3. Culpa inexcusable

Se entiende por culpa inexcusable, cuando el sujeto producto de su conducta negligente ocasiona daño, sin embargo, el daño causado es posible de conocer, así mismo existe una alta probabilidad que el daño

sucedan y pese a ello el sujeto realiza esta conducta. (Osterling y Castillo, 2009)

2.2.4. Culpa Consciente

Se da, cuando el sujeto que realiza la conducta reprochable, tiene la posibilidad de conocer el resultado de su accionar, y pese a ello lo realiza, sin embargo, no tiene la finalidad de causar daño, sino que tiene el deseo de realizar su conducta riesgosa, pero confían en sus habilidades para evitarlo. (Ruiz, 2016)

2.2.5. Culpa inconsciente

Se da, cuando el sujeto que realiza la conducta, no tiene la posibilidad de conocer el resultado de su accionar, es así que realiza su conducta desconociendo el posible daño que podría causar, sin embargo, existe normas legales o procedimiento preestablecidos, que tiene que cumplir, en el caso de que cumpliera estas normas no sería punible su conducta, puesto que era improbable impedir el daño. (Ruiz, 2016)

2.2.6. Imprudencia

La imprudencia se da cuando una persona actúa de manera riesgosa, pero siempre respetado el orden normativo, no teniendo una idea clara que su conducta podría ocasionar daños, sin embargo, su conducta es permitida por el ordenamiento normativo, así mismo confía en sus habilidades para evitar cualquier posible daño, no teniendo como finalidad causar daño, el daño causado se da por la falta de precauciones necesaria, que se le pide al hombre medio, estas obligación no se encuentra establecido en ninguna normativa, sino se da por la tradición, costumbre o la experiencia. (Freire, 2018)

2.2.7. Negligencia

Se da cuando una persona omite los cuidados debidos, conocidos y establecidos en una norma legal o norma aceptada por la sociedad, sin embargo, no tiene la intencionalidad de causar daño y de manera consciente

asume el riesgo, confiando que podrá evitar este riesgo a través de sus habilidades o experiencia, este actuar es reprochable y sancionable, puesto que todo ciudadano debe respetar el orden público, es decir, la persona tiene o debe conocer cómo debe comportarse en la sociedad, y respetar las normas legales que delimita nuestra conducta. (Freire, 2018)

2.2.8. Impericia

En el caso de la impericia, se da cuando existe una falta de aptitud, habilidad o conocimiento para realizar ciertas funciones concretas, esto más que todo se da en la prestación de servicios, la persona no tiene la voluntad de actuar con peligrosidad, es más él quiere actuar de la manera más adecuada, sin embargo, por falta de conocimiento o habilidad no puede evitarlo. (Ruiz, 2016)

2.2.9. Peculado

En la actualidad el peculado se entiende como la incorrecta utilización o apropiación de los bienes del estado, confiados al funcionario público, la conducta se concreta a través del mal ejercicio de sus funciones, aprovechándose indebidamente de su estatus de custodio o administrador de los caudales o efectos del Estado. (Peña, 2014)

2.3. Hipótesis

2.3.1. Hipótesis general

La modificación del texto “Peculado culposo: si el funcionario o servidor público, omite o realiza con imprudencia profesional sus funciones establecidas en las normas legales, documentos internos u otros, de manera que ocasione la sustracción de caudales o efectos de un valor mayor a $\frac{3}{4}$ de UIT. Sera 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”, es la propuesta modificatoria, que logre aclarar el tipo penal del delito de peculado

culposo y de esa manera se estaría delimitando la conducta punible contenido en el Código Penal peruano.

2.3.2. Hipótesis específicas

- a) No toda culpa es sancionable penalmente, un ejemplo de ello es la culpa inconsciente cuando no existiera incumplimiento de las normas por parte del sujeto activo, es el principal fundamento jurídico penal que sostiene la propuesta modificatoria, logrando aclarar el tipo penal del delito de peculado culposo y de esa manera se estaría delimitando la conducta punible contenida en el Código Penal peruano.
- b) La tipificación del delito de peculado culposo contenido en el Código Penal peruano, vulnera el principio constitucional de legalidad y tipicidad, puesto que no es entendido por una fracción de fiscales del Perú, y menos aún puede ser entendido por cualquier ciudadano de formación básico, es el principal fundamento jurídico constitucional que sostiene la propuesta modificatoria, logrando aclarar el tipo penal del delito de peculado culposo y de esa manera se estaría delimitando la conducta punible contenida en el Código Penal peruano.
- c) Los bienes con un valor menor a $\frac{3}{4}$ de UIT que fuesen sustraídos por un tercero, a causa de la culpa del funcionario público, no lesiona de manera relevante el patrimonio del Estado, bien jurídico protegido por el delito de peculado culposo, puesto que no impide el buen funcionamiento del Estado, es el principal fundamento fáctico que sostiene la propuesta modificatoria, logrando aclarar el tipo penal del delito de peculado culposo y de esa manera se estaría delimitando la conducta punible contenida en el Código Penal peruano.
- d)

2.4. Categorías de estudio

2.4.1. Categoría uno: peculado

Tabla 1

Operacionalización de la categoría 1: peculado

Categoría 1	Definición	Dimensiones
	Definición conceptual	
	En la actualidad el peculado se entiende como la incorrecta utilización o apropiación de los bienes del estado, confiados al funcionario público, la conducta se concreta a través del mal ejercicio de sus funciones, aprovechándose indebidamente de su estatus de custodio o administrador de los caudales o efectos del Estado. (Peña, 2014)	Jurídico civil Jurídico de naturaleza técnica

Fuente: Elaboración propia

2.4.2. Categoría dos: la culpa

Tabla 2

Operacionalización de la categoría 2: la culpa

Categoría 2	Definición	Dimensiones
	Definición conceptual	
	se entiende por culpa, cuando el sujeto producto de su conducta ocasiona daños, este posible daño es de conocimiento del agente, sin embargo, el agente confía en sus habilidades para poder evitarlo. (Osterling y Castillo, 2009)	Jurídico penal Jurídico civil

Fuente: Elaboración propia

Capítulo III

Metodología de Investigación

3.1. Tipo, alcance y métodos de investigación

3.1.1. Enfoque de investigación

De acuerdo al objetivo planteado para la problemática expuesta, el enfoque de investigación utilizado es el enfoque de naturaleza cualitativa, según Salgado (2007), el estudio cualitativo “(...) puede ser visto como el intento de obtener una comprensión profunda de los significados y definiciones de la situación tal como nos presentan las personas, más que la producción de una medida cuantitativa de sus características o conducta” (párr. 34). Es decir, el enfoque cualitativo se emplea por la necesidad de explicar el fenómeno que se desea investigar a través de la argumentación y descripción del fenómeno académico, y así poder llegar a una solución al problema planteado.

3.1.2. Tipo de investigación general

El tipo de investigación del presente trabajo es de naturaleza básica dentro del derecho penal. Según Ríos (2017), la investigación básica es “una investigación pura o fundamental (...) explora nuevas teorías y trasforma las ya existentes e investiga principios y leyes actuales” (p. 99).

Asimismo, la presente investigación es básica, puesto que se hará un análisis teórico de la figura del delito de peculado culposo, si bien este trabajo pueda aplicarse en la vida real, no será así hasta que no se modifique nuestro Código Penal, en tal sentido estaremos en la teoría y no en la práctica o vida real.

3.1.3. Tipo de investigación jurídica

A. Tipo de investigación jurídica descriptiva

Se utilizó el tipo de investigación jurídica descriptiva, la cual consiste en realizar la descripción de aquellos rasgos que resultan “esenciales de fenómenos fácticos o formales del derecho (...) la información obtenida explica el problema y supone un conocimiento a priori del problema” (Aranzamendi, 2013, p 79). Para el problema de investigación, resulta necesario describir la figura del peculado, así como conceptos normativos y aplicación en otros países.

B. Tipo de investigación jurídica propositiva

En el presente trabajo se utilizó el tipo de investigación jurídica propositiva, la cual “evidencia la existencia de vacíos o lagunas de normas jurídicas, o se cuestionan las existentes determinando sus límites y deficiencias para proponer, una nueva, la reforma, o su derogatoria” (Aranzamendi, 2013, pp. 82-83). Esto con la finalidad de cuestionar la normativa actual correspondiente al delito de peculado culposo, además se busca cuestionar la claridad y simpleza en la tipificación de la conducta punible, con la finalidad de facilitar la labor de los operarios del derecho.

C. Tipo de investigación jurídica comparativa

En el presente trabajo se utilizó el tipo de investigación comparativa, el cual según Aranzamendi (2013) estudia aquellas instituciones jurídicas pertenecientes a un género igual, pero difieren en lo particular, además pretende comparar algunas similitudes o divergencias entre dos sistemas legales. Nos apoyamos en este tipo de investigación jurídica con el fin de contrastar la situación problemática de nuestro país con los otros sistemas legales establecido en otros países.

3.1.4. Métodos de investigación jurídica

A. Método de investigación jurídica exegético

En el presente trabajo, se utilizó el método exegético, el cual se da según Aranzamendi (2013) cuando busca “desentrañar la voluntad del legislador expresada en la norma, tal cual ha sido sancionada, limitándose a explicar en forma lineal y literal el texto legislativo” (p. 92). La finalidad de utilizar este método en la presente investigación es para comprenderla esencia del delito de peculado culposo y así desentrañar la finalidad de sancionar al funcionario público por la comisión de este delito, para cumplir con el objetivo se utilizará la jurisprudencia del país y la legislación comparada, ya sea del propio delito de peculado culposo o de su forma dolosa tipificada en el artículo 387° del Código Penal peruano.

B. Método de investigación jurídica del análisis económico del derecho

La propuesta modificatoria del artículo 387° se realizó a través del método de investigación jurídico del análisis económico del derecho. Aranzamendi (2013) sostiene que “es un método que tiene por objetivo determinar que reglas legales son económicamente eficiente (...) busca predecir las conductas de los seres humanos, maximizando beneficios y minimizando costo” (p. 96).

El método análisis económico del derecho se aplicó al momento de buscar una propuesta modificatoria del delito de peculado culposo, contenido en el último inciso del artículo 387 de Código Penal, con la finalidad de disminuir la utilización de recursos por parte del Estado, en procesos donde se lesione bienes con un valor económico irrelevante.

C. Método de investigación jurídica hermenéutica

Al momento de determinar el principal fundamento jurídico penal, constitucional y fáctico que sostenga la propuesta modificatoria del delito de peculado culposo, se utilizó el método hermenéutico. Aranzamendi (2013) arguye que “la interpretación no se reduce a esclarecer el sentido de la norma, también hay que analizar y reconstruir el sentido de los hechos materia de análisis para plantear soluciones al problema jurídico” (p. 102). Es así que se utilizó este método, para interpretar las definiciones establecidas en los casos concretos donde se sanciona el delito de peculado culposo.

D. Método de investigación jurídica de la argumentación

Se empleó el método de la argumentación, para fundamentar y respaldar la propuesta modificatoria del artículo 387 del Código Penal, Aranzamendi (2013) sostiene que “argumentar es esencialmente un intento de persuadir racionalmente utilizando diversas estrategias (...) con el fin de persuadir a otro de la validez de una determinada conclusión” (p. 104). Al momento de buscar los fundamentos jurídicos para respaldar la propuesta modificatoria del artículo 387° del Código Penal peruano, este método ayudó a sustentar con fundamentos jurídicos la modificatoria del delito, además se utilizó para dar una propuesta más eficiente a la tipificación del delito de peculado culposo.

3.1.5. Método de interpretación jurídica

A. Método de interpretación jurídica *ratio legis*

La interpretación *ratio legis* fue relevante al momento de comprender la esencia del delito peculado culposo, tipificado en el artículo 387 del Código Penal peruano. Según Rubio (2009), el método *ratio legis* “busca la razón de ser de la ley o el espíritu de la norma” (p. 161), en pocas palabras el método de *ratio legis*,

busca entender la esencia pura del delito de peculado culposo, y se podrá llegar a ese fin entendiendo esta institución con doctrina y comparando con otras legislaciones internacionales.

B. Método de interpretación jurídica sistemático

Este método sistemático ayudó a respaldar con fundamentos jurídicos la propuesta modificatoria del artículo 387 del Código Penal, no solo se buscó el fundamento jurídico en la rama penal, sino también en otras ramas como la constitucional, donde se observó los principios constitucionales que se utiliza al momento de crear sanciones penales. Según Rubio (2009), el método sistemático “consiste en determinar qué quiere decir una norma, atribuyéndole principios o conceptos que están descrito con mayor claridad en otras normas” (p. 168). De igual forma se empleó este método en el fundamentó jurídicamente penal del delito del delito de peculado culposo, para determinar los tipos y grados de culpa que existe en las diferentes ramas del derecho.

C. Método de interpretación jurídica sociológico

El método sociológico se utilizó al momento de analizar los conceptos de las jurisprudencias en los procesos del delito de peculado culposo, de igual forma se empleó al momento de obtener conceptos del delito de peculado culposo en casos reales. Rubio (2009) arguye que “la norma debe dar respuesta a los hechos reales de la sociedad” (p. 170), en este contexto, el método sociológico ayudó a encontrar una propuesta modificatoria idónea del delito de peculado culposo, a través de la utilización de conceptos estudiados en otras ramas del derecho, donde establecen la aplicación de aspectos más objetivos como el resultado de la conducta o el valor económico de los bienes dañados.

3.2. Diseño de investigación

El diseño de la investigación es no experimental transeccional, según Hernández et al. (2014), quien sostiene estos diseños son “estudios que recaban datos en un solo punto del tiempo para realizar inferencias a través de la comparación de datos, y así resolver el problema de investigación” (p. 159). Al momento de establecer la naturaleza y esencia del delito de peculado culposo, se observará los errores o las características esenciales que debe tener la conducta del funcionario público cuando cometa el delito de peculado culposo, de igual forma se evaluará la conducta punible en las sentencias emitidas hasta la fecha de cierre de la investigación.

3.3. Población y muestra

3.3.1. Tabla de muestra de estudio uno: *Libros y sentencia*

Tabla 3

Tabla de muestra de estudio uno: Libros y sentencia

Universo N.º 01	Sentencias que desarrolle el delito de peculado y/o la culpa Cantidad infinita: Desconocida
Criterios de exclusión	<ul style="list-style-type: none">• Quedan excluidas las sentencias de primera instancia.• Quedan excluidas las sentencias donde no desarrolla la culpa necesaria en el delito de peculado.• Quedan excluidas las sentencias que no se emitan en el Perú.• Quedan excluidas las sentencias que no sea de conocimiento público.
Criterios de inclusión	<ul style="list-style-type: none">• Quedan incluidas las sentencias donde cuestione la aplicación o la conducta punible del delito de peculado.• Quedan incluidas las sentencias donde establezca una diferencia entre los niveles y tipos de culpa.
Población N.º 01	Sentencias de conocimiento público, que desarrolla la culpa o cuestione la conducta punible del delito de peculado en el Perú Cantidad finita: 75 sentencias
Muestra no probabilística N.º 01	En vista que la población de sentencias es manejable, no será necesario realizar muestreo en tal sentido la muestra es igual a la población.
	Total, de 75 sentencias

Fuente: Elaboración propia

3.3.2. Tabla de muestra de estudio 2: Jurista especializados en penal o civil

Tabla 4

Tabla de muestra de estudio 2: Jurista especializados en penal o civil

Universo N.º 02	Juristas especializados en penal o civil Cantidad finita: Desconocida
Criterios de exclusión	<ul style="list-style-type: none"> • Quedan excluidos todos los juristas que no conozca de sobre derecho penal y/o derecho civil • Quedan excluidos los juristas que no ejerzan lo profesión de abogado
Criterios de inclusión	<ul style="list-style-type: none"> • Quedan incluidas los juristas que estén colegiados.
Población N.º 02	<p>Juristas especializados en derecho penal y/o civil, litigantes y colegiados</p> <p>Cantidad finita: 70 juristas especializados en derecho penal y/o civil</p>
Muestra no probabilística N.º 02	<p>En vista que la población de sentencias judiciales es manejable, no será necesario realizar muestreo en tal sentido la muestra es igual a la población.</p> <p>Total, de 70 juristas especializados en derecho penal y/o civil.</p>

Fuente: Elaboración propia

3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

3.4.1. Técnicas de recolección de datos

Para el presente trabajo se utilizó la técnica de **revisión documental**, que es la técnica adecuada para la revisión de sentencias, siendo más factible la revisión. Según Vara (2010) “con esta técnica, se revisa exhaustivamente los documentos, utilizando para esos fines una “guía de revisión documental” (p. 249), siendo el método más idóneo, para revisar las sentencias, puesto que se obtienen los mejores argumentos y explicaciones sobre la culpa necesaria en el delito de peculado culposo.

También, se utilizó la técnica de **encuesta**, según Ortiz (2019), esta “es una técnica de investigación que consiste en aplicar un cuestionario de preguntas, el que debe ser contestado por los sujetos de la muestra de investigación” (p. 101). Esta técnica es importante, debido al objetivo general del presente trabajo, el cual es dar una propuesta modificatoria al delito de peculado culposo, siendo

necesario el conocimiento de los operarios del derecho, para señalar la viabilidad de la propuesta.

3.4.2. Instrumento de recolección de datos

Respecto al instrumento, para el presente trabajo se utilizó la **ficha bibliográfica**, según Omonte (2009), la ficha bibliográfica “proporciona facilidad para la comparación y el análisis, flexibilización en el manejo de datos (...) permite verificar la rigurosidad y sistematicidad del proceso investigativo” (párr. 49). Por tanto, es necesario este instrumento, para comparar los argumentos y conceptos desarrollado en sentencias, que tratan la culpa en el delito de peculado culposo.

En el caso del conocimiento de los operadores del derecho, será necesario utilizar el instrumento del **cuestionario**, con la finalidad de recolectar información, para determinar la viabilidad de la propuesta, así como los fundamentos que respalda la propuesta modificatoria.

3.5. Técnica de análisis de datos

En la presente investigación se utilizó la técnica de análisis de datos de método analítico, el cual ayuda a recopilar conceptos y argumentos, que están distribuidos de una manera desordenada en las sentencias, para posteriormente darle una estructura jurídica, con la finalidad de establecer la culpa necesaria en los delitos de peculado culposo. Según Ríos, (2017) en el método analítico “se extraen las fracciones de un todo, se les estudia y explora por separado para establecer sus relaciones entre sí, pero de manera vinculada, o independiente” (p. 115).

En el caso de los cuestionarios, el análisis de datos se dio a través de figuras en una escala de porcentajes, con la finalidad de tener una vista más simple de los datos, y posteriormente analizar los datos a través de la estadística descriptiva, para culminar con la argumentación de conceptos que defina la culpa necesaria en el delito de peculado culposo.

Capítulo IV

Resultados

4.1. Resultados del tratamiento de la información

Para el presente trabajo se utilizó los instrumentos de ficha bibliográfica y cuestionario; además como técnica de análisis de datos se utilizó el método analítico para las fichas bibliográficas y para los cuestionarios se utilizó las diferentes técnicas de la estadística, como la descriptiva, la clasificación y la codificación de datos e información.

4.1.1. Resultados del primer objetivo específico

El primer objetivo específico de la tesis es determinar el principal fundamento jurídico penal que sostenga la propuesta modificatoria, para aclarar el tipo penal del delito de peculado culposo, y de esa manera se estaría delimitando la conducta punible contenida en el Código Penal peruano. Los resultados sobre este presupuesto fueron los siguientes:

Tipo penal

Primero. se debe señalar que el tipo penal del delito de peculado culposo se encuentra tipificado en el artículo 387°, último inciso del Código Penal, peruano donde señala literalmente: “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 la libertad no mayor de dos años y con prestaciones de servicios comunitarios (...)” (p. 304). De la tipificación del delito podemos observar conceptos importantes como son los siguientes:

i) Sujeto activo, si bien la tipificación del delito de peculado culposo hace referencia de manera literal el término agente se debe entender como sujeto activo al funcionario o servidor público, comúnmente conocido como el empleado público. ii) Respecto a la culpa, se debe

precisar que no existe una definición de culpa en el Código Penal, sin embargo, se debe entender que el artículo 387° hace referencia a la culpa, cuando el sujeto activo se representa realizando la conducta punible en un hecho concreto, en pocas palabras culpa consciente, esto se da cuando el sujeto activo del delito conoce su deber de cuidado, así también como sus obligaciones funcionales establecidas en una normativa interna, sin embargo, el sujeto no lo realiza o incumple los procedimientos establecidos en documentos internos, y producto de ese incumplimiento ocasiona la sustracción de bienes del estado. iii) Sobre el tipo de delito, si se entiende como un delito de omisión impropia se debe sancionar al sujeto activo por su condición de garante, por no realizar las conductas exigidas y producto de ello ocasiona las lesiones a los bienes jurídicos protegidos. iv) Sobre la sustracción se debe entender como hurto o robo, es decir, la comisión de un delito por un tercero u otro empleado público, independientemente si se demuestra o no el robo o el hurto basta con tener un indicio claro. iii) Sobre caudales o efectos se entienden que son bienes de la institución pública que tenga un valor económico, independientemente del tipo de bien sea dinero, mueble, títulos valores, títulos de deuda, entre otros; y iv) por último, el concepto de administración y custodia se refiere a la función directa de vigilar o utilizar bienes puestos a su disposición, si bien el sujeto activo puede delegar a otro profesional puesto a su cargo, él es el único responsable por ser el coordinador.

Segundo. Sobre la definición o aclaración de la tipificación del tipo penal del delito de peculado culposo contenido en Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116 realizado por la Corte Suprema de Justicia, señala lo siguiente: i) Inciso 8 “se trata de una culpa que origina (propiciando, esto para facilitar, permitiendo de hecho) un delito doloso de tercero” (p. 3), se entiende que trata de una conducta humana y producto de ella se realiza un delito doloso, ahora esa conducta puede darse a través de proporcionar, facilitar, permitir, en pocas palabras el sujeto activo permite la sustracción, facilita o da a un tercero la opción de

sustraer un bien del estado y producto de ello será sancionado penalmente. ii) Inciso 8 “el tercero puede ser un particular u otro funcionario o servidor público que no tenga la percepción, administración o custodia de los bienes sustraídos” (p. 3), en este caso no existe ninguna duda que el tercero puede ser un particular u otro funcionario que no tenga la custodia o facilidad para sustraer. iii) Inciso 9.b “Culpa es un término global usado para incluir en él todas las formas conocidas de comisión de un hecho, diferentes al dolo, la fuerza mayor y el caso fortuito” (p. 3), en este caso vuelve a indicar que en si no se refiere a un tipo de culpa si no al universo de culpa. iv) Inciso 9.b “habrá culpa en el sujeto activo del delito cuando este no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones” (p. 3), esta afirmación señala sobre la responsabilidad del funcionario público para tomar precauciones necesarias y así evitar la sustracción de bienes; y v) Inciso 9.b “(...) vale decir cuando viola deberes del debido cuidado sobre caudales o efectos, a los que están obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público” (p. 3). Esta afirmación señala una conducta más objetiva, la cual es violar deberes de cuidado, sin embargo, no señala cuáles son los deberes de cuidado, podría ampliarse mucho más a los deberes señalado en la normativa interna, es decir, deberes generales, deberes que no son sancionados por el delito de peculado culposo, puesto que sanciona al funcionario que incumpla los procedimientos establecidos, además se contraindica con lo señalado líneas arriba sobre los verbos rectores como proporcionar, facilitar, permitir, entre otros, que resultará un problema para los operadores del derecho al momento de imputar al funcionario público el delito de peculado culposo, puesto que la función del empleado público por si misma tiene una condición de garante, condicionándolo a cumplir los deberes establecido en su puesto, estos deberes se encuentra señalados en las normas legales, normativa interna o documentos internos de una Institución Pública.

Tercero. Respecto al tipo penal en la encuesta realizada se obtuvo como resultado las siguientes figuras:

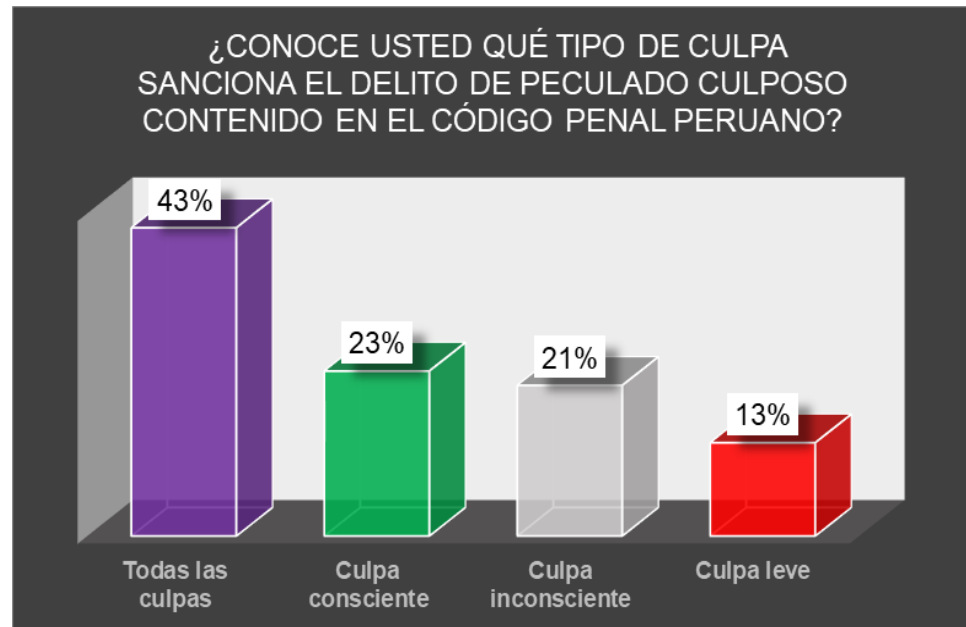


Figura 1. ¿Conoce usted qué tipo de culpa sanciona el delito de peculado culposo contenido en el código penal peruano?

Fuente: obtenida de la encuesta realizada a una muestra de 70 abogados.

Interpretación. De los abogados encuestados se observa que no existe una clara determinación del tipo de culpa que sanciona el delito de peculado culposo, puesto que un 43 % sostiene que se refiere a todo tipo de culpa, es decir, a una culpa en general, sin embargo, debemos señalar que en la práctica no es así. Por otro lado, un 23 % afirma que se refiere a una culpa consciente y un 21 % indica que el tipo de culpa que sanciona el delito de peculado culposo, es la culpa inconsciente, cada tipo de culpa tiene sus propias características. Por último, un 13 % de abogados encuestados sostiene que la culpa sancionable en el delito de peculado culposo es culpa leve, culpa establecida en el derecho civil, teniendo sus propias características como la exigencia del deber cuidado del hombre medio.

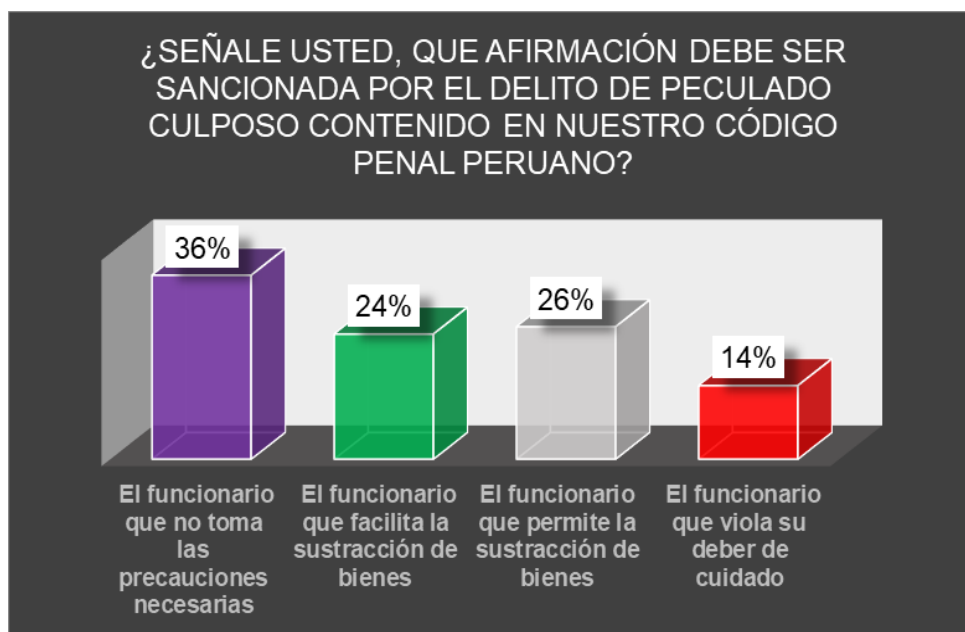


Figura 2. ¿Señale Usted, que afirmación debe ser sancionada por el delito de peculado culposo contenido en nuestro código penal peruano?

Fuente: obtenida de la encuesta realizada a una muestra de 70 abogados.

Interpretación. De los abogados encuestados se observa que un 36 % indica que se debe sancionar al funcionario público por no tomar las precauciones necesarias, si bien el Acuerdo Plenario señala esto, en sí no termina de aclarar qué conducta se debe sancionar. Respecto al 24 % de encuestados que sostiene que se debe sancionar a los funcionarios públicos que faciliten la sustracción de los bienes puesto a su disposición, esta conducta indica la acción de facilitar, es decir, realizar una acción y no de omitir una acción. Por otro lado, un 26 % sostiene que se debe sancionar al funcionario que permita la sustracción, es decir, que se sanciona al funcionario por la omisión de alguna conducta que impida la sustracción de los bienes puesto en custodia, y por último un 14 % sostiene que se debe sancionar al funcionario público cuando viole su deber de cuidado, afirmación más cercana a la práctica y de mejor entendimiento, puesto que el deber de cuidado se dará por las funciones establecidas y las órdenes expresas que debe seguir un funcionario públicos.

Delitos imprudentes

Cuarto. En el caso de los delitos imprudentes o conocidos en nuestro Código penal como delitos culposos, estos son legalmente aceptados, siempre y cuando estos delitos se establezcan por ley, en el caso del tipo o nivel de culpa de los delitos imprudentes no existe una definición exacta en nuestro Código Penal, distinto es en otros países como Colombia donde señala y diferencia los tipos de culpa. Es por eso que en nuestro país se debe hacer un análisis desde la propia conducta punible y la teoría del delito, debido a que cada tipo penal es distinto de otra, y sanciona distintas conductas realizadas por el sujeto activo o por la falta del deber de cuidado, de igual forma el sujeto activo tendrá una condición de garante distinta dependiendo al delito que se le imputa.

Quinto. Sobre la culpa, existen especialistas o académicos que han realizado definición y modalidades de culpa en el derecho penal, entre las teorías más conocidas, tenemos a la culpa consciente y la culpa inconsciente o también llamada culpa representativa y culpa no representativa. La definición de la culpa consciente establece que existirá culpa cuando el sujeto activo del delito se representa o reconoce el posible peligro inminente nacido de su conducta, sin embargo, él confía en sus habilidades para poder evitar algún resultado lesivo. En cambio, en la culpa inconsciente el sujeto no advierte el peligro inminente nacido de su conducta, tampoco advierte el riesgo probable, ni mucho menos el resultado lesivo, sin embargo, se le sanciona por el incumplimiento de sus obligaciones del deber de cuidado con los demás, es decir, se le sanciona por actuar de forma negligente incumpliendo las normas legales, normativa interna, contratos entre otros.

Sexto. Partiendo de la idea que el sujeto activo puede ser solo el funcionario o servidor público del delito de peculado culposo y, por lo tanto, tiene una condición funcional nacida de una norma legal o un contrato y en vista a esta condición, deberá cumplir con los deberes establecidos o deseados por su condición de garante, estos deberes

son inviolables puesto que su condición de garante obliga a cumplir sus obligaciones, como la protección de los bienes jurídicos puestos a su disposición, sin embargo, las obligaciones por cumplir deben estar establecidas con anterioridad y de forma expresa.

Séptimo. Respecto a los delitos imprudentes en la encuesta realizada se obtuvo como resultado la siguiente figura:

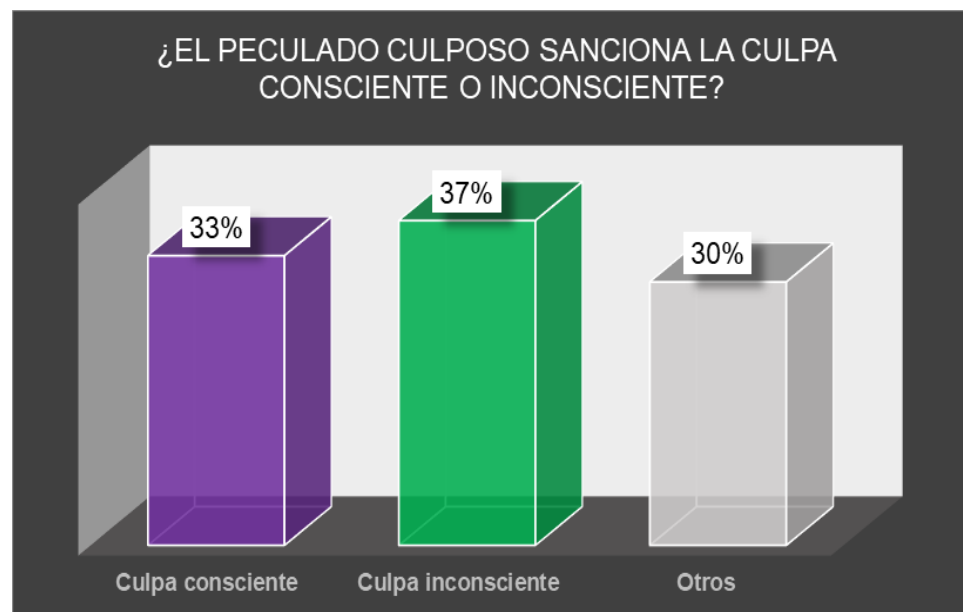


Figura 3. ¿El peculado culposo sanciona la culpa consciente o inconsciente?

Fuente: obtenida de la encuesta realizada a una muestra de 70 abogados.

Interpretación. De la figura se observa que el 33 % de los abogados encuestados sostiene que el delito de peculado culposo sanciona la culpa consciente, sin embargo, existe un 37 % que indica lo contrario y en vez de sancionar la culpa consciente sanciona la culpa inconsciente. La importancia de determinar qué tipo de culpa sanciona el delito de peculado culposo radica en establecer la conducta punible y si esta debe realizarse con negligencia o no, de igual forma hacer un análisis de la conducta deseable del sujeto. Por último, un 30 % indica que no es culpa consciente o inconsciente, si no otro tipo de culpa, es decir, no existe una claridad a qué tipo de culpa se refiere el delito de peculado.

Bien jurídico protegido

Octavo. La tipificación del delito de peculado culposo en el Código Penal nace por la Convención Interamericana Contra la Corrupción, donde se establece que los estados firmantes se obligan a sancionar el delito de peculado, con la finalidad de proteger el patrimonio de los Estados, sin embargo, no solo protege el patrimonio del Estado si no también garantizar la no lesividad de los intereses patrimoniales del Estado, con la finalidad de que el Estado cumpla con sus obligaciones sociales, y por último evita el abuso del poder otorgado al funcionario público, y utilizar este poder encomendado al funcionario con el fin de cumplir la misión y visión de las instituciones públicas.

Noveno. En una sociedad como la nuestra, en la actualidad está permitido realizar conductas lesivas, sin embargo, no toda conducta lesiva es permitida, sino dependerá del nivel de lesividad de estas conductas. Este nivel de lesividad varía dependiendo al bien jurídico afectado, en el caso que estos bienes jurídicos tendrían la condición de especiales, como la vida, la salud entre otros, la lesividad permitida sería mínima o nula, si nos referimos a bienes jurídicos comunes, la lesividad permitida será mayor, es decir, dependerá exclusivamente de que bienes jurídicos se lesione, para no ser sancionado penalmente, así como la finalidad o la condición de estos bienes jurídicos protegido. Un ejemplo claro son las vacunas anti-COVID-19 si bien no tiene un alto valor monetario, se consideran bienes indispensables para la lucha contra las muertes causada por la pandemia, si habláramos de bienes no esenciales como un mueble que sirve como archivador de documentos, estaríamos tratando de un bien común que tiene una finalidad irrelevante.

Decimo. Respecto al bien jurídico protegido en la encuesta realizada se obtuvo como resultado la siguiente figura:

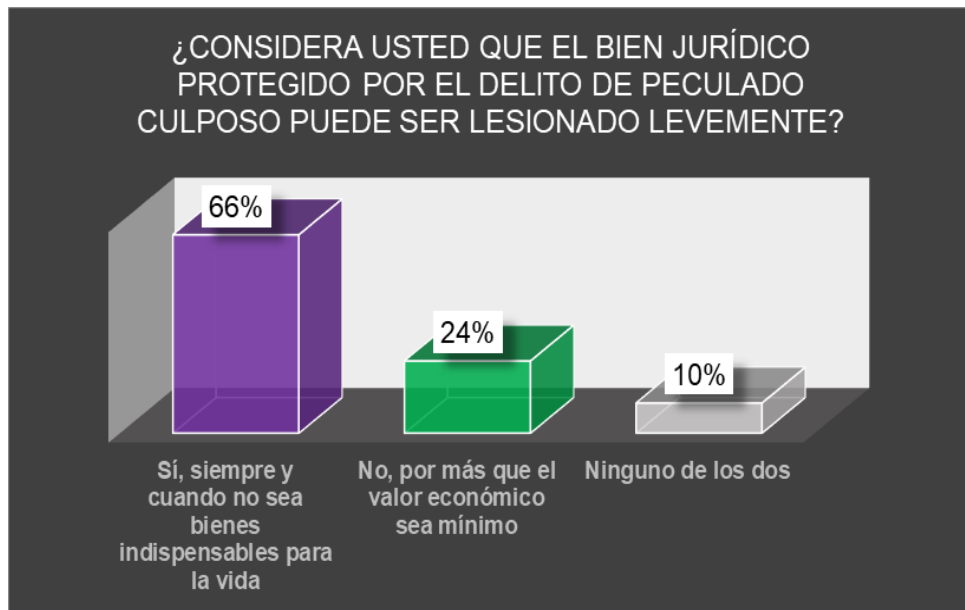


Figura 4. ¿Considera usted que el bien jurídico protegido por el delito de peculado culposo puede ser lesionado levemente?

Fuente: obtenida de la encuesta realizada a una muestra de 70 abogados.

Interpretación. De la figura se observa que el 66 % de abogados encuestados considera viable permitir lesionar bienes jurídicos protegidos por el delito de peculado culposo, siempre y cuando no sean bienes indispensables para la vida, como por ejemplo las vacunas; sin embargo, un 24 % sostiene que no puede ser lesionado ningún bien jurídico protegido por más que el valor económico sea mínimo y por último un 10 % considera que no están de acuerdo con ninguna de las dos afirmaciones.

Fundamento jurídico penal

Décimo primero. No toda culpa es sancionable penalmente, un ejemplo de ello es la culpa inconsciente cuando no existiera incumplimiento de las normas por parte del sujeto activo, es el principal fundamento jurídico penal que sostiene la propuesta modificatoria, logrando aclarar el tipo penal del delito de peculado culposo y de esa manera se estaría delimitando la conducta punible contenida en el Código Penal peruano.

Décimo segundo. Respecto al fundamento jurídico penal en la encuesta realizada se obtuvo como resultado la siguiente figura:

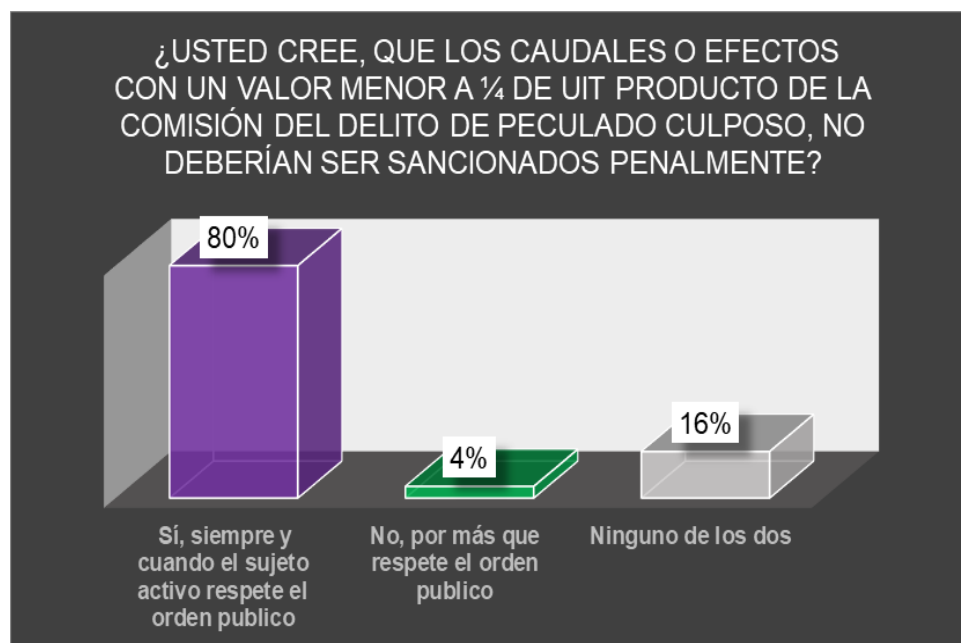


Figura 5. ¿Usted cree, que los caudales o efectos con un valor menos a ¼ de UIT producto de la comisión del delito de peculado culposo, no deberían ser sancionados penalmente?

Fuente: obtenida de la encuesta realizada a una muestra de 70 abogados.

Interpretación. De la figura se puede observar que un 80 % de encuestados, considera que la culpa inconsciente no es sancionable penalmente, siempre y cuando el funcionario público cumpla con respetar el orden público, sin embargo, existe un 4 % que sostiene que si es sancionable por más que respete el orden público y un 16 % sostiene que ninguna de las dos afirmaciones es cierta.

4.1.2. Resultado del segundo objetivo específico

El segundo objetivo específico de la tesis es determinar el principal fundamento jurídico constitucional que sostenga la propuesta modificatoria, que logra aclarar el tipo penal del delito de peculado culposo, y de esa manera se estaría delimitando la conducta punible contenida en el Código Penal peruano; los resultados sobre este presupuesto fueron:

Principio de legalidad

Primero. Este principio está reconocido en el ordinal “d” del inciso 24 del artículo 2° de la Constitución Política del Estado el cual arguye que “nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que, al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible ni sancionado con pena no prevista en la ley” (p. 24). Este concepto es el que da origen al principio de legalidad donde se debe respetar las siguientes condiciones: i) Reserva de ley, solo a través de ley o decreto legislativo puede tipificarse una sanción penal, en el caso del delito de peculado culposo cumple con esta disposición, puesto que se encuentra tipificado en el Decreto Legislativo N.º 635. ii) La ley debe ser anterior al hecho, de igual manera cumple con este requisito. iii) Por último, la condición la ley debe describir un supuesto de hecho estrictamente determinado, el delito de peculado culposo no cumple con este requisito, puesto que el problema deriva de la tipificación del delito de peculado culposo, al no tener claridad de la conducta punible, en la parte específica del verbo rector “por culpa, da ocasión a que se efectúe”, si uno quiere ser literal, para entender esta afirmación “da” hace referencia a “dar” una oportunidad o circunstancia, no siendo tan preciso, puesto que este delito sanciona la infracción del deber establecido en las normas, por parte del funcionario público, al ser un delito especial donde necesita de una mayor claridad para entenderse, debido a la complementación de la conducta con otras ramas del derecho como el derecho administrativo no existe claridad en la tipificación, de igual forma lo señala el Informe Defensorial N.º 168, donde se establece que existe 39 % de archivos injustificados de proceso del delito de peculado, debido a una falta de claridad de la conducta punible o el no entendimiento por parte de un grupo de fiscales del tipo penal.

Segundo. El principio de legalidad tiene una primera garantía de orden material donde se establece una necesidad de limitar el poder punitivo del Estado, a través de candados. Uno de estos candados es

el principio de seguridad jurídica, este principio señala la necesidad de establecer preceptos jurídicos, que permitan predecir con suficiente grado de certeza aquellas conductas punibles, con la finalidad que las personas puedan atenerse a realizar estas conductas sancionables, la descripción o tipificación de la conducta punible debe ser escrito de forma tal que sea entendible por una persona con un conocimiento básico. En este caso el verbo rector de “da” o “dar” a que se “efectuó”, se puede entender como dar una oportunidad a la realización de un hecho, siendo demasiado amplio las conductas sancionables y no siendo lo que establece la jurisprudencia el cual es la sanción penal por incumplimiento de las obligaciones establecidas en las normas, en términos simples la conducta punible del delito de peculado culposo es el incumplimiento de los deberes de cuidado del funcionario público y producto de ello se sustraen bienes del Estado, en tal situación existe una no tan clara tipificación del delito de peculado culposo.

Tercero. Sobre la segunda garantía, la cual es la formal relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango, como señala el Tribunal Constitucional solo por ley se podrá establecer sanciones penales y en el caso de sanciones administrativas, existe la posibilidad que en algunos casos pueda complementarse a través de un reglamento, sin embargo, el reglamento no puede arreglar o cambiar el contexto o la esencia de la sanción, es decir, si la ley por sí sola no es entendible el reglamento no puede ayudar a corregir los errores establecidos en la ley.

Cuarto. Si bien el delito de peculado culposo cumple algunas garantías constitucionales que señala el Tribunal Constitucional, no así la garantía de orden material, en el punto de establecer una tipificación clara y simple de entender por cualquier ciudadano con un conocimiento básico, debido a esta situación la Corte Suprema emitió el Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116, donde se ha establecido conceptos adicionales y distintos a lo señalado por el artículo 387° del Código Penal peruano, estando prohibido por la Constitución

reglamentar o especificar conceptos a través de Resoluciones Administrativa u otros similares, siendo la única forma de reglamentar una sanción a través de una norma legal o decreto legislativo.

Quinto. Respecto al principio de legalidad en la encuesta realizada se obtuvo como resultado las siguientes figuras:

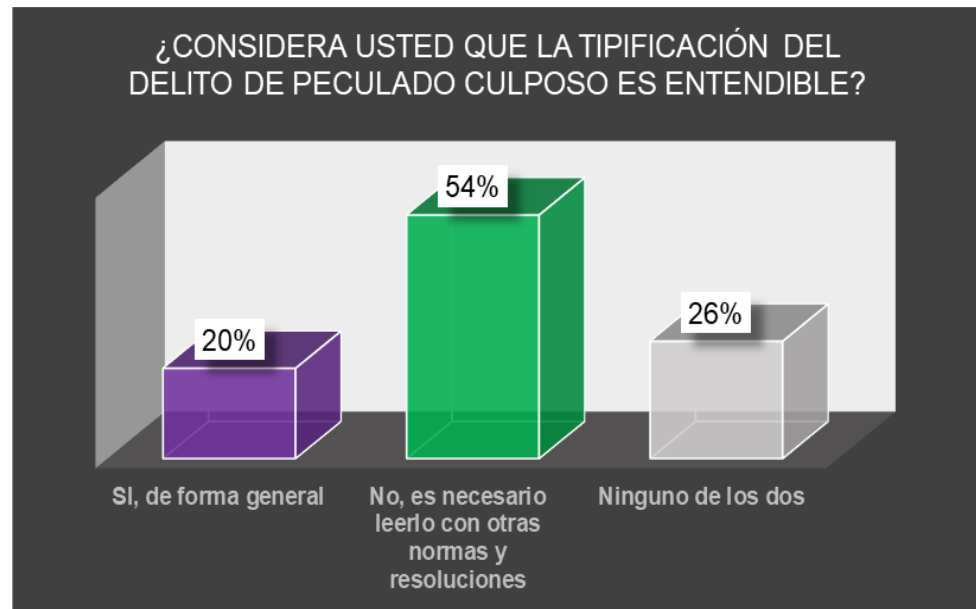


Figura 6. ¿Considera usted que la tipificación del delito de peculado culposo es entendible?

Fuente: obtenida de la encuesta realizada a una muestra de 70 abogados.

Interpretación. El 20 % de abogados encuestados señala que sí es entendible de forma general el delito de peculado culposo, sin embargo, el 54 % sostiene que no es entendible por sí solo y se tiene que recurrir a otras normas o resoluciones como el Acuerdo Plenario N.º 4-2005-cj-116; por último, un 26 % de abogados encuestados considera que no están de acuerdo con ninguna de las dos respuestas a marcar.

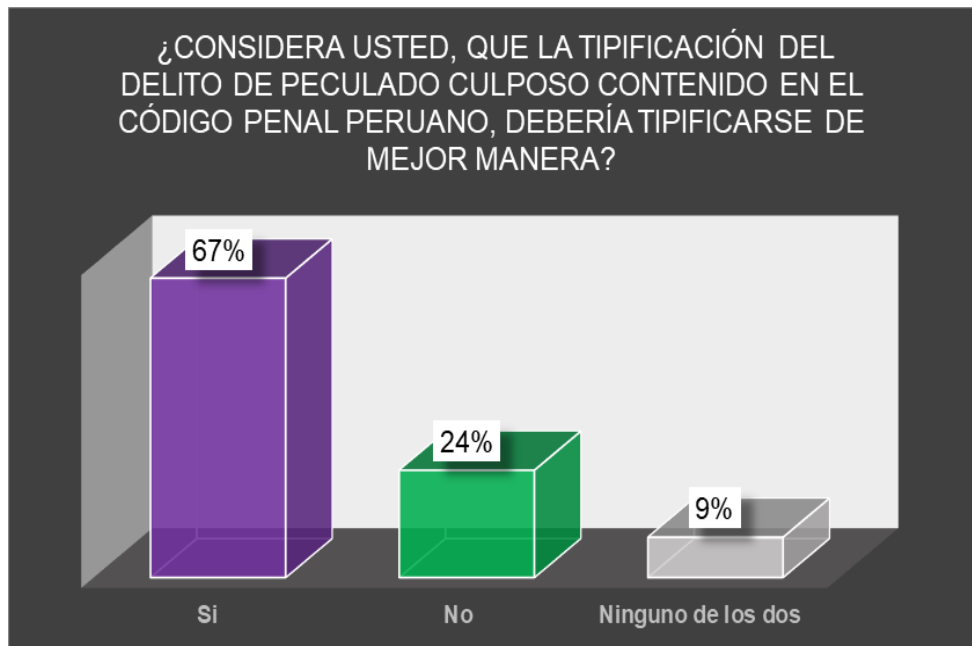


Figura 7. ¿Considera usted, que la tipificación del delito de peculado culposo contenido en el código penal peruano debería tipificarse de mejor manera?
Fuente: obtenida de la encuesta realizada a una muestra de 70 abogados.

Interpretación. El 67 % de abogados encuestados sostiene que debería tipificarse de mejor manera el delito de peculado culposo, para ser entendible por sí solo, y no utilizar el Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116 para aclarar algunas dudas; sin embargo, existe un 24 % de encuestados que sostiene que no es necesario una modificación para ser entendido, y por último un 9 % sostiene que no están de acuerdo con ninguna de las dos premisas.

Principio de tipicidad

Sexto. Este principio deriva del principio de legalidad, el Tribunal Constitucional en el Expediente N.º 0010-2002-AI/TC que afirma que “las conductas prohibidas estén claramente delimitadas por la ley, prohibiéndose tanto la aplicación por analogía, como también el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones” (p. 3). Es decir, que toda conducta sancionable debe ser redactada de una forma clara y precisa, para que pueda ser entendida por una persona con un conocimiento básico, de igual

forma se prohíbe las aplicación de cláusulas generales e indeterminadas, estas premisas son violentadas por la tipificación actual del delito de peculado culposo; puesto que se encuentra tipificada de una manera poco clara con cláusulas generales o indeterminada, así lo señala el Informe Defensorial N.º 168, donde se establece que existe un problema de entendimiento de la figura del delito de peculado culposo por parte de un sector de fiscales.

Además, la tipificación actual del delito de peculado culposo estaría trastabillando en la semántica lingüística, debido a la redacción no es la adecuada cuando arguye que “el agente por culpa da ocasión” (Código Penal, p. 304), la redacción establecida en el artículo 387º es imprecisa y contraindica la semántica lingüística entendida por un ciudadano sin un conocimiento de derecho, sobre la redacción de una conducta punible el Tribunal Constitucional de Perú señala en su sentencia EXP. N.º 2192-2004-AA/TC lo siguiente: “(...) las sanciones, sean estas penales o administrativas, deben estar redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad (...)” (p. 3). Es decir, la redacción del delito de peculado culposo deberá ser comprendida por cualquier ciudadano con un conocimiento básico, para conseguir esto la tipificación de esta conducta punible se deberá realizar de forma precisa y simple, con el fin de no existir problemas de semántica lingüística que imposibilite la comprensión del tipo penal por un ciudadano de formación básica.

Séptimo. Sobre el estándar mínimo que debe tener la tipificación de una conducta punible, el Tribunal Constitucional, en su fundamento jurídico 5.2 del expediente N.º 2192-2004-AA/TC, establece que el principio de tipicidad con límites, por ejemplo, el siguiente limite al legislador “se imponen al legislador penal (...) a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones (...) estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprende sin dificultad lo que se está proscribiendo (...)”. Es decir, que el legislador en materia de sanción

deberá cumplir con el estándar mínimo de entendimiento, además sostiene que la tipificación que realiza debe ser de forma clara, concisa y simple, entendible por cualquier ciudadano de formación básica, respecto al delito de peculado culposo si se lee de forma literal no es entendible por el sujeto activo; puesto que existen dudas respecto al verbo rector el cual es dar o facilitar, no siendo esa la conducta sancionable, si no el incumplimiento de sus obligaciones que produzca la sustracción de bienes. Por otro lado, tampoco es entendible por parte de un sector de fiscales, en los casos donde un hecho debe ser sancionado por el delito de peculado culposo, esta afirmación es realizada por la propia Defensoría del Pueblo en su Informe Defensorial N.º 168. Por último, la necesidad de aclarar el tipo penal se materializa en el Acuerdo Plenario N.º 4-2005-cj-116, donde se establece o aclara la conducta punible del delito de peculado culposo, no siendo la herramienta idónea para esto.

Octavo. Respecto al principio de tipicidad en la encuesta realizada se obtuvo como resultado las siguientes figuras:

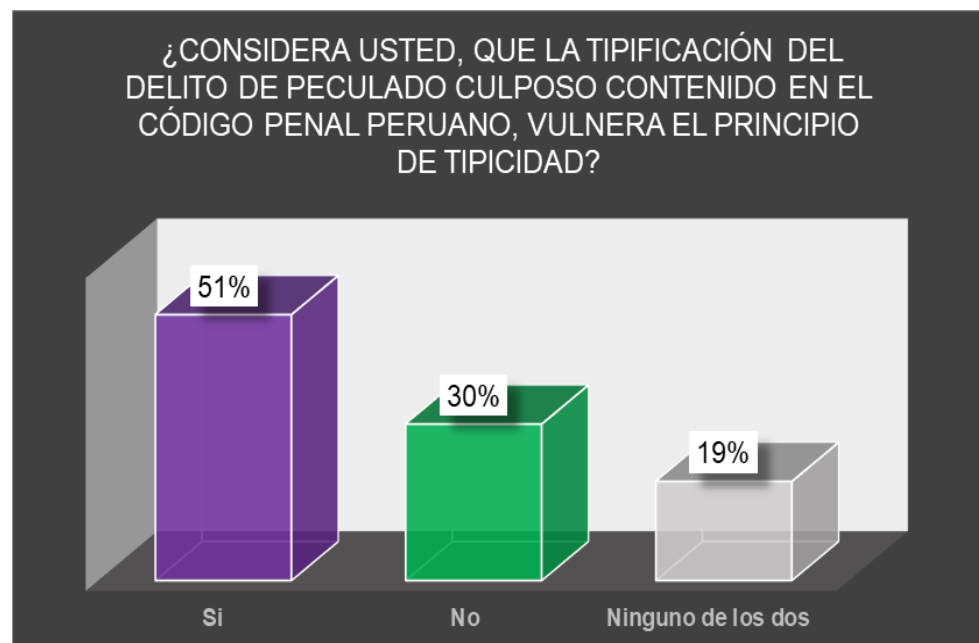


Figura 8. ¿Considera usted, que la tipificación del delito de peculado culposo contenido en el código penal peruano vulnera el principio de tipicidad?

Fuente: obtenida de la encuesta realizada a una muestra de 70 abogados.

Interpretación. El 51 % de abogados encuestados señala que sí se estaría vulnerando el principio constitucional de legalidad, puesto que existe la necesidad de entender esta figura con el Acuerdo Plenario 4-2005-CJ-116 y la teoría del delito; sin embargo, un 30 % afirma que no estaría vulnerando el principio de tipicidad y, por último, un 19 % sostiene que no está de acuerdo con ninguna de las dos premisas.

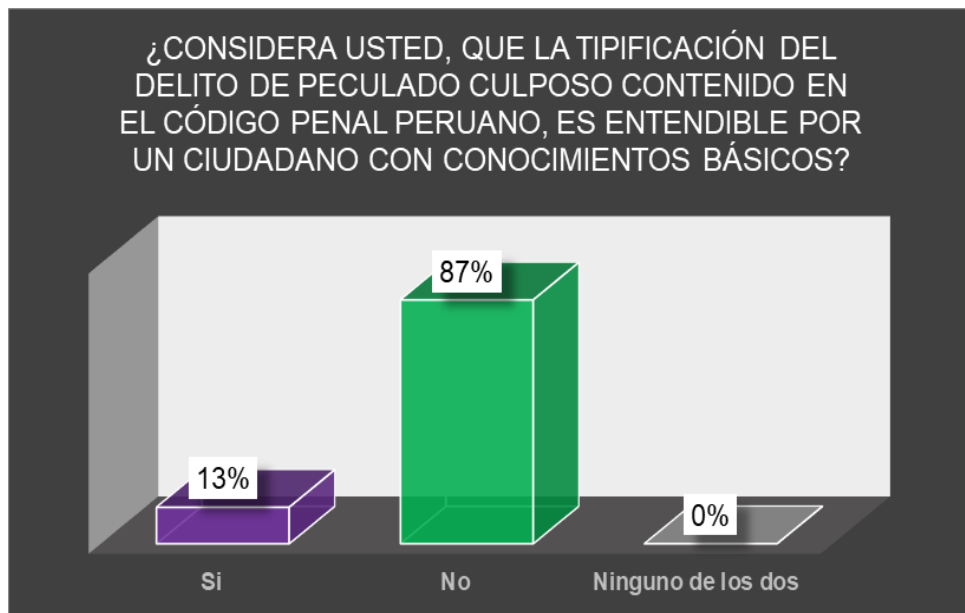


Figura 9. ¿Considera usted, que la tipificación del delito de peculado culposo contenido en el código penal peruano es entendible por un ciudadano con conocimientos básicos?

Fuente: obtenida de la encuesta realizada a una muestra de 70 abogados.

Interpretación. El 13 % de los abogados encuestados señala que sí es entendible la tipificación del delito de peculado culposo por un ciudadano con un conocimiento básico, sin embargo, el 87 % de abogados encuestados indican que no sería entendible la tipificación del delito de peculado culposo por un ciudadano de conocimientos básicos.

Fundamento jurídico-constitucional

Noveno. La tipificación del delito de peculado culposo contenido en el Código Penal peruano vulnera el principio constitucional de

legalidad y tipicidad, puesto que no es entendido por una fracción de fiscales del Perú, y menos aún puede ser entendido por cualquier ciudadano de formación básico. Es el principal fundamento jurídico constitucional que sostiene la propuesta modificatoria, logrando aclarar el tipo penal del delito de peculado culposo y de esa manera se estaría delimitando la conducta punible contenida en el Código Penal peruano.

Décimo. Respecto al fundamento jurídico en la encuesta realizada se obtuvo como resultado la siguiente figura:

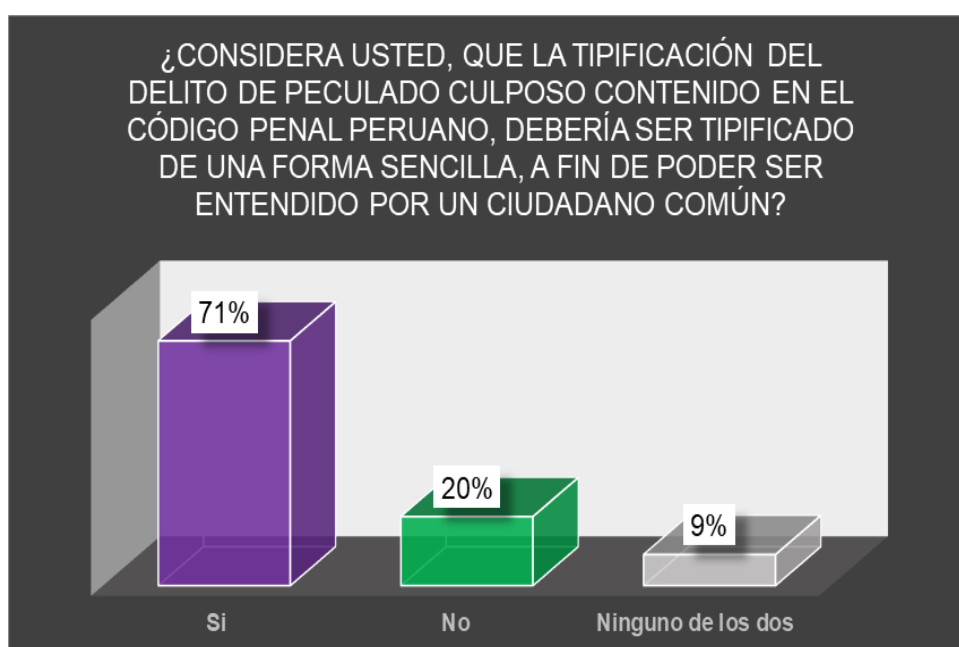


Figura 10. ¿Considera usted que la tipificación del delito de peculado culposo contenido en el código penal peruano debería ser tipificado de una forma sencilla a fin de poder ser entendido por un ciudadano común?

Fuente: obtenida de la encuesta realizada a una muestra de 70 abogados.

Interpretación. El 71 % de abogados encuestados señala que sí es necesario modificar la tipificación del delito de peculado culposo contenido en el Código Penal peruano, además se afirma que se debe tipificar este delito de una forma simple y sencilla, entendible para un ciudadano con un conocimiento básico; sin embargo, el 20 % sostiene que no es necesario modificar la tipificación del delito de peculado

culposo contenido en el Código Penal peruano, y por último un 9 % sostiene que no están de acuerdo con ninguno de las dos premisas.

4.1.3. Resultado del tercer objetivo específico

El tercer objetivo específico de la tesis es determinar el principal fundamento fáctico que sostenga la propuesta modificatoria, logrando aclarar el tipo penal del delito de peculado culposo y de esa manera se estaría delimitando la conducta punible contenida en el Código Penal peruano. Los resultados sobre este presupuesto fueron los siguientes:

Análisis económico del derecho

Primero. Respecto a un análisis de costo y beneficio, una audiencia en el 2016 costaba aproximadamente S/ 3,500.00, así lo señala Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, en su comunicado del día 13 de octubre del 2016 y solo se está refiriendo al costo de la instalación de la audiencia, se debe mencionar que para los delitos de peculados culposo mínimo se debe realizar tres audiencias: las cuales son las siguientes: audiencia de acusación, audiencia de apertura de juicio oral y audiencia de clausura de juicio oral, por tal situación no se puede llevar a un proceso penal, daños insignificante como s/.100 soles o s/. 1,000 soles, de igual forma lo señala la Corte Suprema de Justicia de la Republica al presentar el proyecto de ley R.A. Nro. 009-2010-SP-CS-PJ donde se establece cuantía mínima, en el caso del delito de peculado es de dos remuneraciones mínima vitales actualizado al día de hoy sería entre $\frac{1}{2}$ U.I.T. y $\frac{3}{4}$ de U.I.T; Así mismo el solo costo de audiencia es superior a los bienes lesiones. Esta premisa no es aplicable cuando no estemos tratando de bienes necesarios para la vida como los medicamentos, sería absurdo llevar a proceso por daños a bienes del Estado que tenga un valor insignificante, teniendo en cuenta que el costo de una audiencia vale aproximadamente S/. 3,500 soles o más, es decir, no se debería utilizar el derecho penal para restituir el bien y sancionar la conducta

del funcionario público en esos casos, se debería sancionar la conducta a través del derecho administrativo sancionador.

Segundo. No solo se debe hacer un análisis de costo beneficio en los procesos de peculado culposo, sino también se debe ver otros factores importantes como son los archivos injustificados de procesos penales del delito de peculado culposo por parte de la propia fiscalía, que llega a una tasa del 39 %, de igual forma una parte de procesos penales, culminan con sentencias absolutorias, que llevan a un incremento injustificado de la carga procesal, la actual tasa de congestión de los juzgados especializados llega a 1.64 el más alto comparado con otros juzgados.

También, se debe hacer una consideración sobre el valor mínimo de los daños causados en el delito de peculado culposo, al ser un delito donde la finalidad es la no lesión del patrimonio del Estado, de igual forma como los delitos aduaneros, donde la finalidad es proteger los ingresos del estado, en los delitos aduaneros si existe valor mínimo donde las mercaderías deben tener un valor superior a 4 UIT. Esto está establecido en el artículo 1° de la Ley N.° 28008, Ley de los Delitos Aduaneros ahora no se debe tomar en cuenta el valor de los bienes, si no el importe de la no recaudación, el cual sería de s/. 3,168.00 soles, el cálculo sale de la multiplicación de 8UIT por el valor de la UIT, el cual en el 2021 s/. 4,400 soles, al resultado que es s/. 17,600.00 soles, a ese resultado se debe multiplicar el impuesto de IGV, debido a que al momento de ingresar al país el mínimo impuesto a pagar es el IGV, que en la actualidad tiene como porcentaje de 18 %, el resultado total sería el valor mínimo de los bienes dañados, es decir, s/, 3,168.00 soles. Este importe se debe tomar como referencia para establecer en la propuesta modificatoria el valor más próximo a ese es $\frac{3}{4}$ de UIT, que tiene como valor en el 2021 de s/. 3,300.00 soles, es decir, para establecer valor mínimo en la propuesta modificatoria sería $\frac{3}{4}$ UIT. Así mismo, la misma conducta de contrabando de bienes se diferencia por el valor de los bienes ingresados al país, esto ayuda a diferencia entre una sanción

administrativa y una sanción penal, de igual al establecer un valor mínimo de los bienes dañados en la tipificación del artículo 387° del Código Penal peruano, ayudara a diferencia la sanción administrativa, el cual es negligencia en el desempeño de funciones con el delito de peculado culposo.

Tercero. Respecto al análisis económico del derecho en la encuesta realizada se obtuvo como resultado la siguiente figura:

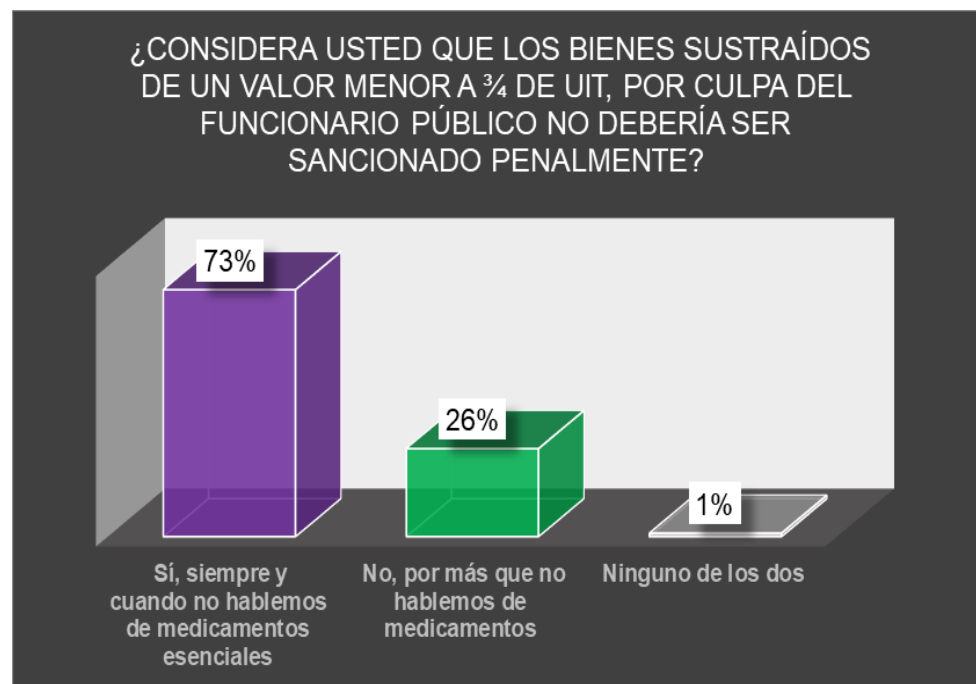


Figura 11. ¿Considera usted que los bienes sustraídos de un valor menor a ¾ de UIT por culpa del funcionario público no debería ser sancionado penalmente?

Fuente: Propia obtenido de la encuesta de investigación realizada a una muestra de 70 abogados.

Interpretación. El 73 % de abogados encuestados sostiene que no debería ser sancionado penalmente un funcionario públicos, cuando los caudales o efectos dañados tenga un valor menor a ¾ de UIT, y cuando no se esté tratando de medicamentos o vacunas esenciales para salvar vidas, sin embargo, un 26 % sostiene que debe ser sancionado penalmente el funcionario público, por más que los bienes sustraídos tenga un valor económico menor a ¾ de UIT, y un 1 % de encuestado sostiene que no están de acuerdo con las dos premisas expuestas.

Derecho penal ultima ratio

Cuatro. Respecto a la utilización del derecho penal para sancionar el delito de peculado imprudente, si bien nuestro Código Penal acepta las sanciones penales en las conductas imprudentes, este no debe utilizarse de manera general, solo se debe utilizar en casos o circunstancia que lo amerite, cuando exista una vulneración grave de los bienes jurídicos especiales, cumpliendo este requisito si se debe sancionar a través del derecho penal las conducta reprochables al funcionario público, pero si fuera el caso de una lesión leve de bienes jurídicos comunes, deberá solo utilizarse el derecho administrativo sancionador.

Quinto. Los bienes jurídicos especiales son bienes protegidos constitucionalmente, entre ellos tenemos a la vida, la salud, y otros. En el caso del bien jurídico protegido por el delito de peculado culposo, como es el patrimonio del estado y el buen funcionamiento de las instituciones públicas, están protegidos por la constitución al ser un medio por el cual se garantiza el rol fundamental del Estado, el cual es el de dar una vida digna a los ciudadanos. En tal circunstancia si bien el delito de peculado culposo protege bienes jurídicos especiales se debería delimitar de manera más objetiva la conducta punible, puesto que en algunos casos las lesiones causadas a estos bienes jurídicos son leves, y pueden ser permitidas, sin perjuicio de ser restituido a través del derecho civil o sancionados por el derecho administrativo.

Sexto. Respecto al derecho penal ultima ratio en la encuesta realizada se obtuvo como resultado la siguiente figura:

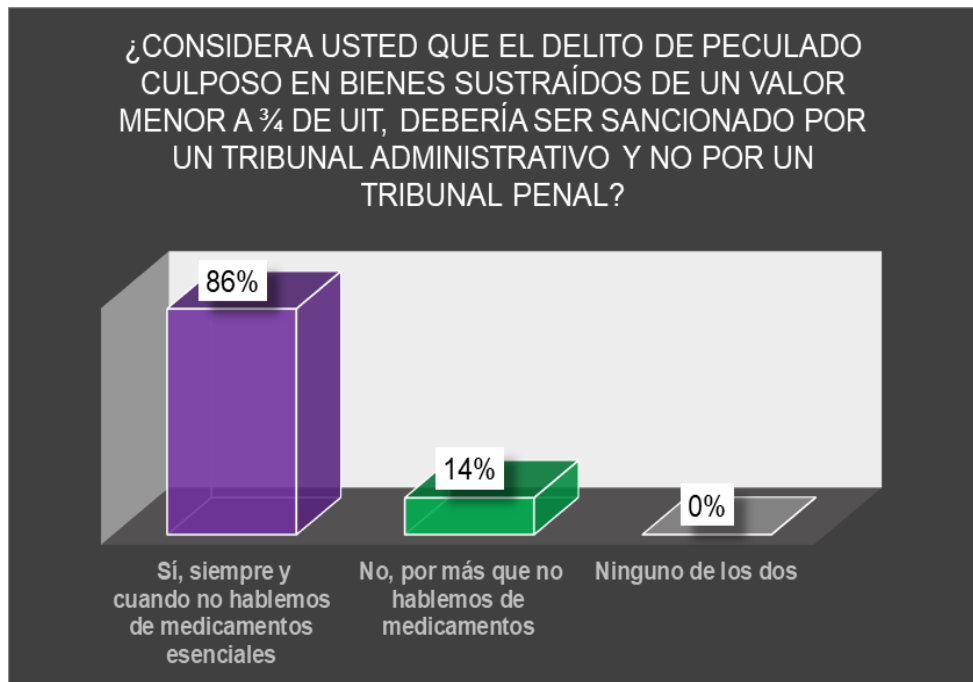


Figura 12. ¿Considera usted que el delito de peculado culposo en bienes sustraídos de un valor menor a $\frac{3}{4}$ de una UIT debería ser sancionado por un tribunal administrativo y no por un tribunal penal?

Fuente: obtenida de la encuesta realizada a una muestra de 70 abogados.

Interpretación. El 86 % de abogados encuestados sostiene que los bienes con un valor menor a $\frac{3}{4}$ de UIT, que sean sustraídos producto de la comisión del delito de peculado culposo, deberían ser sancionados por tribunales administrativos y no por tribunales penales, siempre y cuando no se lesionen bienes indispensables, como medicamentos o vacunas, sin embargo, existe un 14 % de encuestado indican que independientemente del valor de los bienes sustraídos deberían ser sancionados penalmente los funcionarios públicos cuando cometan este delito.

Riesgo permitido

Séptimo. Existen actividades o conductas riesgosas que son permitidas por nuestra sociedad por más que sea sancionado por nuestro Código Penal peruano, un ejemplo de ello es la realización del boxeo, este deporte peligroso, que causa daños a los bienes jurídicos como la vida y la salud, en términos generales cumple con

el tipo penal sancionable por nuestro Código Penal, sin embargo, este deporte peligroso es aceptado por nuestra sociedad, por más que se lesione bienes jurídicos como la vida y la salud. En esta circunstancia, las lesiones leves a bienes jurídicos protegidos son admitidas en nuestra sociedad actual, en el caso de los bienes jurídicos protegidos por el delito de peculado culposo, como es el patrimonio del Estado y la infracción del deber por parte del funcionario público, será permitido algunas conductas dañosas, siempre y cuando no hablemos de lesiones graves o los bienes dañados estén destinados a salvar vida como son las vacunas.

Octavo. Entre las lesiones leves de los bienes jurídicos protegidos por el delito de peculado culposo, es los bienes con valores ínfimos, así como también bienes que no tenga relevancia en el funcionamiento de la institución pública, ya la jurisprudencia ha señalado que las conductas punibles que dañen bienes con valor ínfimo y no afecte el funcionamiento de la instituciones publica, no será sancionado penalmente, la jurisprudencia sostiene que la lesión leve se da cuando el importe del daño es irrelevante y resulta injustificable usar el derecho penal para sancionar estas conductas, si bien no se establece un valor económico exacto para considerar una lesión leve, se deberá hacer un análisis del costo y beneficio.

Noveno. Respecto al riesgo permitido en la encuesta realizada se obtuvo como resultado la siguiente figura:

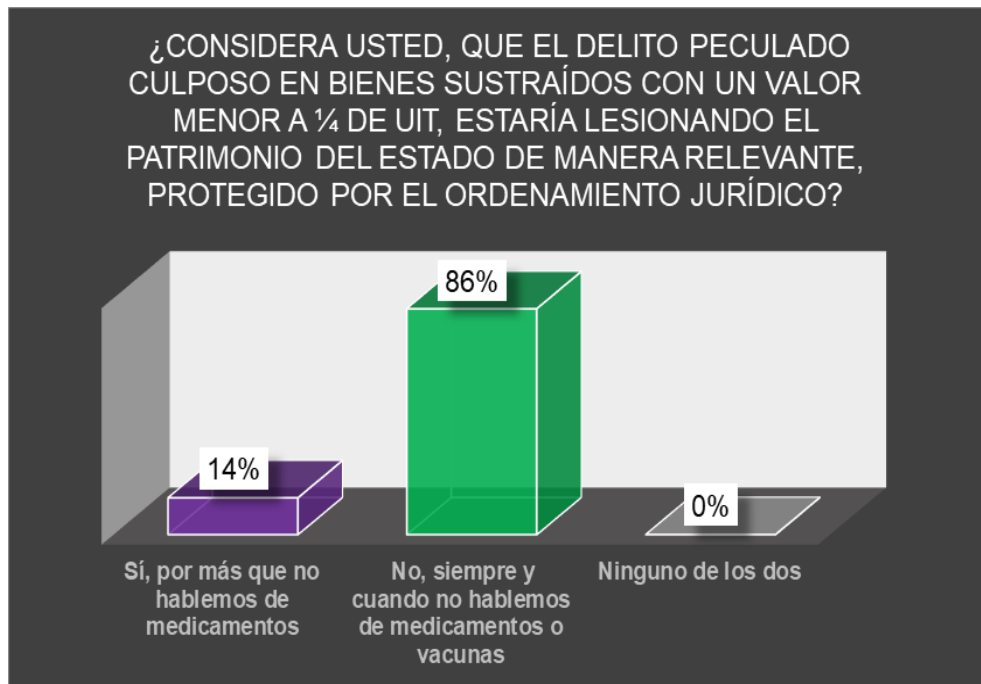


Figura 13. ¿Considera usted que el delito peculado culposo en bienes sustraídos con un valor menor a $\frac{1}{4}$ de UIT estaría lesionando el patrimonio del estado de manera relevante, protegido por el ordenamiento jurídico?

Fuente: obtenida de la encuesta realizada a una muestra de 70 abogados.

Interpretación. El 14 % de abogados encuestados señala que sí se estaría lesionando el patrimonio del Estado de manera relevante, en bienes que tenga un valor menor a $\frac{3}{4}$ de UIT, independientemente del valor de los bienes lesionados, es decir, no sería razonable eximir de culpa al funcionario por más que el valor del bien sea menor a $\frac{3}{4}$ de UIT. Sin embargo, el 86 % de encuestados sostiene que no se estaría lesionando el patrimonio del estado de manera relevante, es decir, que no debería sancionarse al funcionario por el delito de peculado culposo, por bienes lesionados con un valor menor a $\frac{3}{4}$ UIT, siempre y cuando no se esté tratando de medicamentos o vacunas.

Funciones del empleado publico

Decimo. Las funciones que debe realizar los funcionarios públicos, se encuentra tipificado en un primer momento en las bases de la convocatoria del puesto de trabajo, en esas bases se establece una idea de sus funciones, posterior a ello se señala en el contrato de

trabajo, una vez firmado el contrato de trabajo, las instituciones públicas comunica al empleado público el área y obligaciones que debe cumplir, así como también informa su estructura y funciones a los empleados públicos, esto se realiza a través de los manuales de organización de funciones (en adelante MOF), así como se complementa con en el reglamento de organización de función (en adelante ROF) que completa al MOF.

Décimo primero. Se debe mencionar que si bien no se encuentra tipificada todas las funciones específicas o mínimas del funcionario público, si se establece las más esenciales y relevantes, de igual forma la funciones del empleado público varían debido al cargo o área que desarrolla sus actividades, así como también el tamaño de la institución o el rubro o función que realiza cada instrucción pública, se debe señalar que no solo se puede encontrar funciones específicas en el MOF o ROF, sino también se complementa las obligación del empleado público, a través de documentos internos, como una PECOSA u otro documento interno donde señala una orden expresa, además en la práctica no se puede establecer todos los proceso o funciones del empleado público, puesto que el documento sería amplio, si no se puede complementar o señalar una función en un correo enviado por su superior.

Décimo segundo. Se debe aclarar que si bien no se puede señalar todas las funciones de un funcionario público a través de un MOF o ROF, si se puede complementar a través de otros documentos internos u órdenes expresas, sin embargo, estos documentos u órdenes deben cumplir formalidades para poder facilitar la fiscalización de otros órganos institucionales y encontrar los incumplimientos de obligaciones realizadas por el funcionario público, de igual forma estos documentos internos u órdenes expresas que cumple con las formalidades ayuda a determinar la responsabilidad civil y administrativa de los empleados públicos cuando estos causen daños al patrimonio de la institución o incumpla sus obligaciones.

Décimo tercero. Respecto a las funciones del empleado público en la encuesta realizada se obtuvo como resultado la siguiente figura:

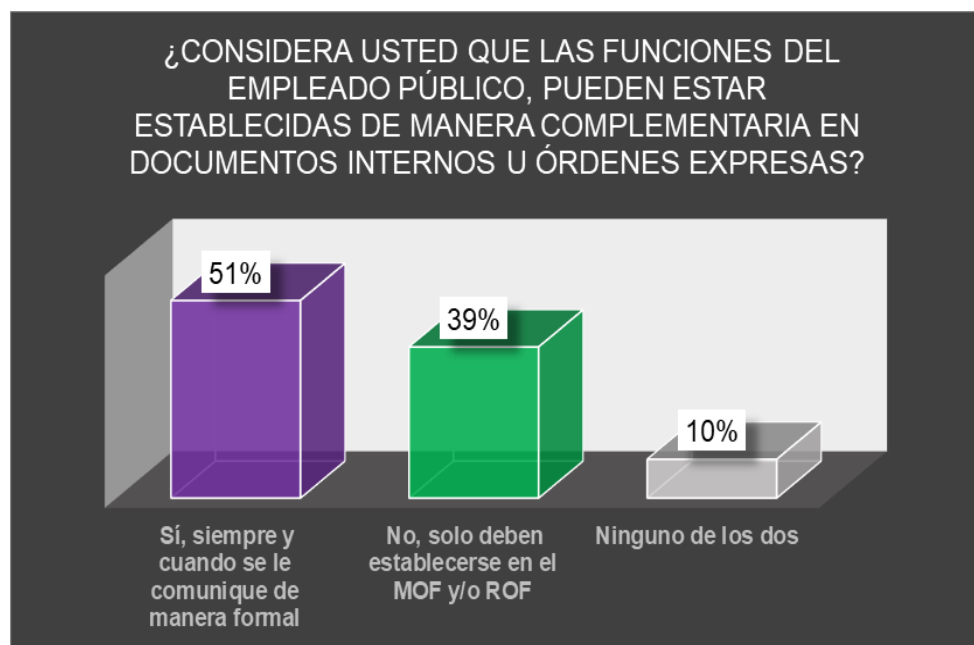


Figura 14. ¿Considera usted que las funciones del empleado público pueden estar establecidas de manera complementaria en documentos internos y órdenes expresas?

Fuente: obtenida de la encuesta realizada a una muestra de 70 abogados.

Interpretación. El 51 % de abogados encuestados sostiene que las funciones del empleado público pueden estar establecidas de manera complementaria en documentos internos u órdenes expresas, siempre y cuando sea comunicado de manera formal, sin embargo, existe un 39 % de abogados encuestados señalando que solo puede estar establecido las funciones del empleado público en el MOF o ROF de la institución pública y por último un 10 % sostiene que no están de acuerdo con las dos premisas.

Fundamento fáctico

Décimo cuarto. Los bienes con un valor menor a $\frac{3}{4}$ de UIT que fuesen sustraídos por un tercero, a causa de la culpa del funcionario público, no lesiona de manera relevante el patrimonio del Estado, bien jurídico protegido por el delito de

peculado culposo, puesto que no impide el buen funcionamiento del Estado, es el principal fundamento fáctico, que sostiene la propuesta modificatoria, logrando aclarar el tipo penal del delito de peculado culposo y de esa manera se estaría delimitando la conducta punible contenida en el Código Penal peruano.

Décimo quinto. Respecto al fundamento fáctico en la encuesta realizada se obtuvo como resultado la siguiente figura:

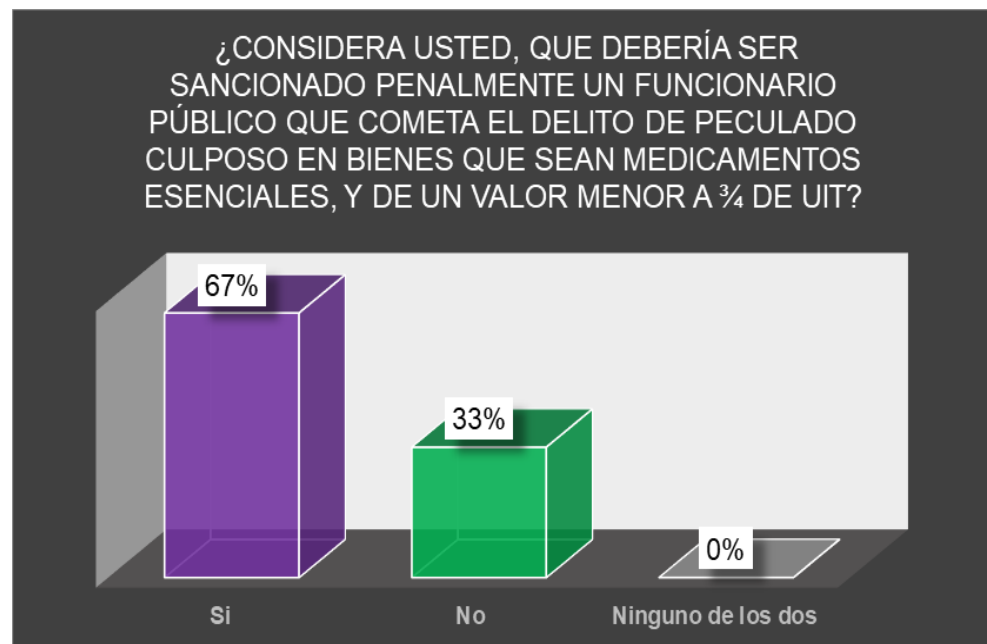


Figura 15. ¿Considera usted que debería ser sancionado penalmente un funcionario público que cometa el delito de peculado culposo en bienes que sean medicamentos esenciales y de un valor menos a 3/4 de UIT?

Fuente: obtenida de la encuesta realizada a una muestra de 70 abogados.

Interpretación. El 67 % de abogados encuestados sostiene que si debería ser sancionado penalmente un funcionario público por el incumplimiento de sus deberes como condición de garante y producto de ellos se sustraigan medicamentos esenciales independientemente del valor de los mismo, sin embargo, un 33 % sostiene que no debería ser sancionado penalmente el funcionario público puesto que el valor de los medicamentos sustraídos no es relevante.

4.1.4. Resultado del objetivo principal

El Objetivo principal de la tesis es: Establecer la propuesta modificatoria, que logre aclarar el tipo penal del delito de peculado culposo y de esa manera se estaría delimitando la conducta punible contenida en el Código Penal peruano; los resultados sobre este presupuesto fueron:

Propuesta modificatoria

Primero. La modificación del texto **“Peculado culposo: si el funcionario o servidor público, omite o realiza con imprudencia profesional sus funciones establecidas en las normas legales, documentos internos u otros, de manera que ocasione la sustracción de caudales o efectos de un valor mayor a $\frac{3}{4}$ de UIT. Sera 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”**, es la propuesta modificatoria, que logre aclarar el tipo penal del delito de peculado culposo y de esa manera se estaría delimitando la conducta punible contenida en el Código Penal peruano.

Segundo. Respecto a la propuesta modificatoria en la encuesta realizada se obtuvo como resultado las siguientes figuras:



Figura 16. ¿Considera usted que es necesario modificar la tipificación del delito de peculado culposo contenido el código penal peruano con la finalidad que sea entendible por una persona con un conocimiento básico en derecho?

Fuente: obtenida de la encuesta realizada a una muestra de 70 abogados.

Interpretación. El 87 % de abogados encuestados considera que, si es necesario una modificación a la tipificación del delito de peculado culposo, con la finalidad de ser entendible por una persona con un conocimiento básico en derecho, sin embargo, existe un 13 % que sostiene que no es necesario una modificatoria de la tipificación del delito de peculado culposo contenido en el Código Penal peruano.

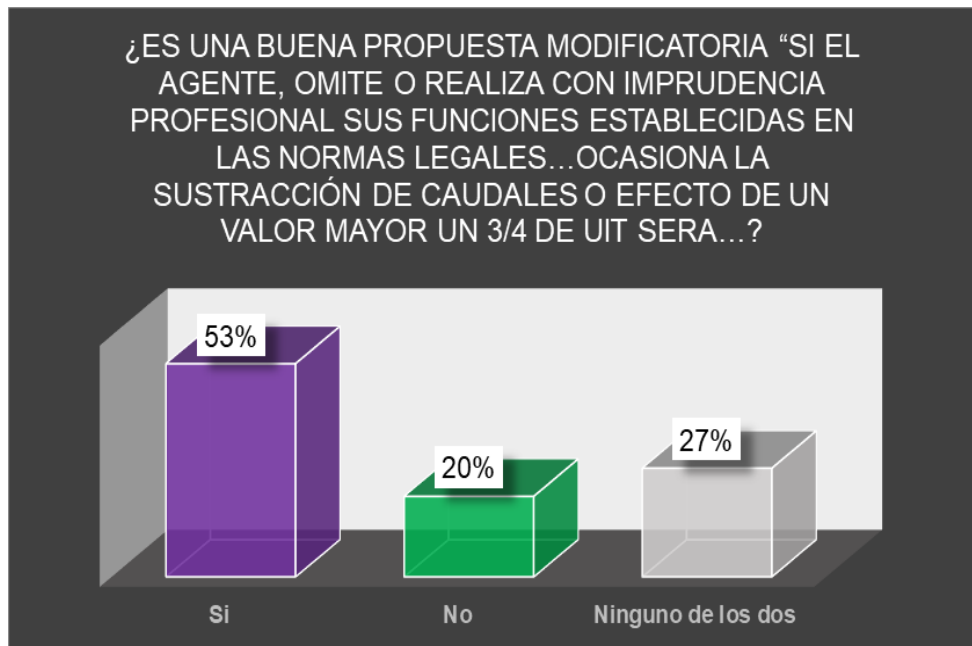


Figura 17. ¿Es una buena propuesta modificatoria “si el agente omite o realiza con imprudencia profesional sus funciones establecidas en las normas legales ocasiona sustracción de causales o efecto de un valor un $\frac{3}{4}$ de UIT será?

Fuente: obtenida de la encuesta realizada a una muestra de 70 abogados.

Interpretación. El 53 % de abogados encuestados sostiene que la propuesta establecida en este trabajo sería una buena modificatoria para la tipificación del delito de peculado culposo contenido en el Código Penal peruano, sin embargo, existe un 20 % que sostiene que no sería una buena propuesta modificatoria y un 27 % sostiene que no es buena o mala la propuesta modificatoria del delito de peculado culposo Contenido en el Código Penal peruano.

4.2. Discusión de los resultados

4.2.1. Discusión de la primera hipótesis específica

La primera hipótesis específica de la tesis es: **No toda culpa es sancionable penalmente, un ejemplo de ello es la culpa inconsciente cuando no existiera incumplimiento de las normas por parte del sujeto activo**, es el principal fundamento jurídico penal que sostiene la propuesta modificatoria, logrando aclarar el tipo penal del delito de peculado culposo y de esa manera se estaría delimitando la conducta punible contenida en el Código Penal peruano; obtenido

los resultados establecidos en el apartado 4.1.1 de la presente tesis, pasaremos a contrastar la hipótesis específica a través de la discusión y la argumentación jurídica, que resultará lo siguiente:

Tipo penal

Primero. De los datos obtenidos en la investigación se concluyó que el tipo penal del delito de peculado culposo debe cumplir con los siguiente supuesto: i) El sujeto activo debe ser un funcionario público o servidor público; ii) Respecto del actuar del sujeto activo debe ser de forma culposa o imprudente mas no intencional; iii) Además la conducta debe ser omisiva, es decir, se le sanciona al sujeto activo por incumplir su obligación del deber o funciones establecidas de forma expresa en un documento o ley; iv) La afectación de caudales o efectos, debe tener un valor considerable o realizarse en un bien necesario para proteger la vida, como por ejemplo los medicamentos; y v) por último la afectación de los bienes debe darse a través de una sustracción por parte de un tercero. Sobre estos conceptos no existe diferencia alguna con lo señalado por Almanza, Salinas, Vizcardo, Peña, Heredia y las propias sentencias de la Corte Suprema, como Recurso de Nulidad N.º 4500-2005-Junin, Casación N.º 160-2014-Del Santa, Recurso de Nulidad N.º 615-2015-Lima, Recurso de Nulidad N.º 1081-2009-Lima, Recurso de Nulidad N.º 4568-2008-Huanuco, Recurso de Nulidad N.º 1601-2006-Huaura, Recurso de Nulidad N.º 550-2011-Cusco, Recurso de Nulidad N.º 2674-2009-Cajamarca, Recurso de Nulidad N.º 3174-2009-Junin, Recurso de Nulidad N.º 1229-2010-Loreto, Recurso de Nulidad N.º 4815-2009-Puno, Recurso de Nulidad N.º 765-2014-Pasco, Recurso de Nulidad N.º 901-2009-Ayacucho, Recurso de Nulidad N.º 2413-2012-Piura, Recurso de Nulidad N.º 2576-2007-San Martin, Recurso de Nulidad N.º 738-2011-Lambayeque, Recurso de Nulidad N.º 4416-2006-Arequipa, Recurso de Nulidad N.º 2026-2009-Pasco, Casación N.º 131-2016-Callao, Recurso de Nulidad N.º 1063-2009-Huanuco,

Recurso de Nulidad N.º 4212-2009-Amazonas, Recurso de Nulidad N.º 3184-2006-Apurimac, Exp. N.º 00111-2011-1-1826-JR-PE-01.

Segundo. Sobre la culpa en delito de peculado culposo, existe una diferencia notoria, sobre qué nivel o tipo de culpa se refiere el delito de peculado culposo, y en si cuál es la conducta punible, en nuestra investigación llegamos a la conclusión que debe ser una culpa consciente, puesto que se sanciona la negligencia del funcionario, es decir, el incumplimiento de sus funciones y obligaciones establecidas en el MOF o ROF de la institución pública, sin embargo, para el Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116, sostiene que el tipo culpa es la culpa en general independientemente de su nivel o tipo, de igual forma lo señala Salinas, se debe señalar que esta afirmación no es compartida, en vista que la culpa consciente tiene una característica única la cual es la negligencia del funcionario, entendiéndose como negligente el incumplimiento de las normas legales, normas internas, entre otros.

Delitos imprudentes

Tercero. Respecto a los delitos imprudentes se ha llegado a la conclusión que solo debe ser sancionado, cuando el sujeto activo no cumpla con los deberes de cuidado señalados en una norma, es decir, cuando el sujeto actúa con culpa consciente, puesto que tiene la condición de garante, estos conceptos son compartidos por Heinrich y Wiegand, Peña, Welzel English, ellos sostiene que se debe sancionar los delitos imprudentes siempre y cuando el sujeto activo incumple sus funciones establecidas en una norma, es decir, se sanciona la culpa consciente, puesto que se representa o tiene claridad de sus obligaciones establecidas, y producto de este incumplimiento se sanciona al funcionario público por tener la condición de garante.

Cuarto. Sin embargo, la Corte Suprema en su Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116 y Salinas, no comparte esta afirmación, puesto que entiende que la culpa en el delito de peculado culposo se refiere a una

culpa en general sin diferenciación entre culpa consciente e inconsciente, es decir, no se volara la infracción del deber o el incumplimiento de sus funciones, si no se sanciona el actuar indebido o facilitador del funcionario público, al no tomar las precauciones necesarias o impedir la sustracción de los bienes del Estado.

Bien jurídico protegido

Quinto. En el caso del bien jurídico protegido por el delito de peculado culposo, se ha encontrado que el bien jurídico que protege el delito de peculado culposo es la no afectación al funcionamiento del estado, entendiéndose como afectación a la no lesividad del patrimonio del estado y la no utilización del poder de manera inadecuada por parte del funcionario público, esta misma idea comparte, Welzel, English Almanza, Ruiz, Peña, Salinas, Heredia y las propias sentencias de la Corte Suprema, como Recurso de Nulidad N.º 4500-2005-Junin, Casación N.º 160-2014- Del Santa, Recurso de Nulidad N.º 615-2015-Lima, Recurso de Nulidad N.º 1081-2009-Lima, Recurso de Nulidad N.º 4568-2008-Huanuco, Recurso de Nulidad N.º 1601-2006-Huaura, Recurso de Nulidad N.º 550-2011-Cusco, Recurso de Nulidad N.º 2674-2009-Cajamarca, Recurso de Nulidad N.º 3174-2009-Junin, Recurso de Nulidad N.º 1229-2010-Loreto.

Sexto. En el caso que exista una afectación a un programa social del Estado, ya no estaríamos tratando de lesionar el bien jurídico del funcionamiento del estado, si no sería una lesión de bienes jurídicos especiales protegidos por la constitución, esta idea es compartida por, Almanza, Ruiz, Salinas, Heredia y Peña.

Fundamento jurídico penal

Séptimo. se ha obtenido como resultado que la culpa inconsciente no es sancionable penalmente en los delitos imprudentes, siempre y cuando el sujeto activo no incumpla su deber de cuidado que se encuentra establecido en las normas, puesto que el sujeto activo debe conocer las consecuencias de su actuar y si el sujeto cumple con su

deber de cuidado establecido en las normas, lo que pueda suceder posterior ya es improbable de evitarlo, además la valoración de su culpa se dará únicamente observando si existe un incumplimiento de las normas, de igual forma lo señala Heinrich y Wiegand, Peña, Welzel English, Almanza, Chang y otros.

Octavo. Sin embargo, la Corte Suprema en su Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116 y Salinas no comparte esta idea, entendiendo ellos que el sujeto activo como tiene la condición de garante, no solo debe respetar las normas si no debe ir más allá, hasta el punto de prevenir cualquier posible riesgo, por más que esta exigencia dependerá subjetivamente del observador para indicar si su conducta previno cualquier posible riesgo.

4.2.2. Discusión de la segunda hipótesis específica

La segunda hipótesis específica de la tesis es: **La tipificación del delito de peculado culposo contenido en el Código Penal peruano, vulnera el principio constitucional de legalidad y tipicidad, puesto que no es entendido por una fracción de fiscales del Perú, y menos aún puede ser entendido por cualquier ciudadano de formación básico**, es el principal fundamento jurídico constitucional que sostiene la propuesta modificatoria, logrando aclarar el tipo penal del delito de peculado culposo y de esa manera se estaría delimitando la conducta punible contenida en el Código Penal peruano; obtenido los resultados establecidos en el apartado 4.1.2 de la presente tesis, pasaremos a contrastar la hipótesis específica a través de la discusión y la argumentación jurídica, que resultará lo siguiente:

Principio de legalidad

Primero. Sobre si el delito de peculado culposo cumple con este principio de legalidad, debemos señalar primero que este principio está reconocido en el ordinal “d” del inciso 24 del artículo 2° de la Constitución Política del Estado el cual arguye que “nadie será

procesado ni condenado por acto u omisión que, al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley” (p. 24), estableciéndose dos garantías la primera es la formal. El delito de peculado culposo cumple con la garantía formal el cual es estar establecida en una ley, así como también cumple con estar publicada y tipificada antes de la comisión del hecho, sin embargo, las especificaciones o aclaraciones del delito de peculado culposo no cumple con esta garantía al no estar tipificado en una ley, el Acuerdo Plenario N.º 4-2005-CJ-116, donde se establece las limitaciones o especificaciones del delito de peculado culposo, no es el instrumento legal adecuado para señalar estas especificaciones, puesto que está prohibido por la reserva de ley, que cualquier modificación o aclaración se encuentre establecido en un documento distinto a una ley, estos conceptos son compartidos por Delgado (2020) y el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia: Expediente N.º 2050-2002-AA/TC, Expediente N.º 0012-2006-AA/TC, Expediente N.º 0020-2015-AA/TC y Expediente N.º 2192-2004-AA/TC

Segundo. Sobre si el delito de peculado culposo cumple con la segunda garantía el cual es el fondo, se debe señalar que esta garantía consiste en delimitar o establecer requisitos mínimos para que una sanción sea exigida por el Estado, entre ellas tenemos: i) Entendible, es decir, que toda sanción debe estar tipificada de la forma más simple posible, en el caso del delito de peculado culposo no cumple con este requisito, puesto que existe un problema de entendimiento del tipo penal así lo señala la Defensoría del Pueblo en su Informe Defensorial N.º 168, de igual forma la existencia del Acuerdo Plenario 4-2005-CJ-116, hace señalar que la conducta punible del delito de peculado culposo, no se encuentra clara, estando prohibido realizar alguna aclaración o especificación en un documento que no tenga la condición de Ley, siendo necesario hacer las especificaciones del caso a través de una Ley y no una Resolución

Administrativa; ii) Sobre la Claridad, no debe existir ambigüedad en la redacción, en este caso tampoco cumple con este requisito, puesto que la ambigüedad se establece en su propia redacción al momento de señalar “da ocasión a que se efectuó”, entendiéndose por dar o facilitar, sin embargo, esta acción no sanciona el delito de peculado culposo, si no sanciona el incumplimiento del deber de cuidado por parte del funcionario ; iii) Especifica, no debe estar redactada de forma amplia o general, en el caso del delito de peculado culposo está redactada de forma amplia, al establecer el término “*da ocasión*”, conducta no sancionada por este delito, sino solo sanciona el incumplimiento de su deber de cuidado por parte del funcionario establecidos en una norma, iv) Sanción, la pena debe estar tipificada en la misma ley, en este caso si cumple con esto puesto la sanción se encuentra tipificada en la misma ley. Estos conceptos son compartidos por Delgado y el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia: Expediente N.º 2050-2002-AA/TC, Expediente N.º 0012-2006-AA/TC, Expediente N.º 0020-2015-AA/TC y Expediente N.º 2192-2004-AA/TC.

Principio de tipicidad

Tercero. este subprincipio constituye una de las manifestaciones del principio de legalidad, este principio establece que toda sanción, deberá cumplir con lo siguiente: i) limite, se refiere a los límites que debe establecer todo legislador a la conducta punible, tipificando esta conducta de forma concisa y específica, en el caso de delito de peculado culposo no está limitado puesto que la redacción acepta toda conducta que facilita la sustracción de bienes, sin embargo, el delito de peculado culposo solo sanciona el incumplimiento del deber de cuidado del funcionario público, establecido estos en una norma; ii) precisión, toda sanción debe redactarse de forma precisa y sencilla señalando la conducta punible de forma exacta y sin ambigüedades, en el caso de delito de peculado culposo existe una ambigüedad el cual es el de omitir, o de hacer o facilitar, al no establecerse de forma

clara no se diferencia la conducta punible si es de hacer u omitir; iii) Detallado, una sanción debe establecer todos los supuesto concretos necesarios para que se cumpla la conducta punible, el delito de peculado culposo no cumple con este requisito, puesto que es aceptado por jurisprudencia, que la conducta punible sanciona solo incumplimiento sus obligaciones de cuidado establecido en una norma por parte del funcionario público, sin embargo, la redacción del delito no especifica estos detalles; iv) Simple, la redacción de la sanción penal debe utilizar términos básicos y sencillo, la redacción del delito de peculado culposo no es entendible en si por una persona con un conocimiento básico, puesto que existe problemas de entendimiento por una fracción de fiscales para determinar si el hecho es sancionado o no, así lo señala el Informe Defensorial N.º 168. Estos conceptos son compartidos por Delgado (2020) y el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia: Expediente N.º 2050-2002-AA/TC, Expediente N.º 0012-2006-AA/TC, Expediente N.º 0020-2015-AA/TC y Expediente N.º 2192-2004-AA/TC.

Cuarto. Sobre la especificación de la conducta en un Acuerdo Plenario, la utilización de un Acuerdo Plenario para poder especificar la conducta, es síntoma que por sí solo la tipificación del delito no es entendible, además estas especificaciones contenida en un Acuerdo Plenario, es ilegal puesto que no es posible que se detalle una conducta punible, en un documento que no tenga rango de ley, es más estos conceptos establecidos en el acuerdo tiene la finalidad de aclarar o arreglar algunos errores establecidos en la tipificación del delito, como es la ambigüedad o no especificación, sin embargo, se debe mencionar que la realización de estas acciones es inconstitucional, la vía indicada para solucionar estos problemas sería la modificatoria del artículo a través de una ley. Estos conceptos son compartidos por Delgado y el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia: Expediente N.º 2050-2002-AA/TC, Expediente N.º 0012-2006-AA/TC, Expediente N.º 0020-2015-AA/TC y Expediente N.º 2192-2004-AA/TC.

Fundamento jurídico constitucional

Quinto. El fundamento jurídico constitucional es el de vulneración del principio de legalidad y tipicidad, puesto que el delito de peculado culposo contendió en el último inciso del artículo 387° del Código Penal Peruano, no estar redactado de una manera simple, específica, más bien esta redactado de forma ambigua, general, amplia, esta afirmación se aprecia cuando el tipo penal no es entendido por una fracción de fiscales del Perú, esta afirmación es establecida por la Defensoría de Pueblo, en su Informe Defensorial N.° 168, si no es entendido por una fracción de fiscales del Perú mucho menos es entendido por un ciudadano con un conocimiento básico y por último la especificación de la conducta establecida en el Acuerdo Plenario 4-2005, no es legal, puesto que estas especificaciones o aclaraciones debería darse en una ley. Estos conceptos son compartidos por Delgado y el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia: Expediente N.° 2050-2002-AA/TC, Expediente N.° 0012-2006-AA/TC, Expediente N.° 0020-2015-AA/TC y Expediente N.° 2192-2004-AA/TC.

4.2.3. Discusión de la tercera hipótesis específica

La tercera hipótesis específica de la tesis es: **Los bienes con un valor menor a $\frac{3}{4}$ de UIT que fuesen sustraídos por un tercero, a causa de la culpa del funcionario público, no lesiona de manera relevante el patrimonio del Estado, bien jurídico protegido por el delito de peculado culposo, puesto que no impide el buen funcionamiento del Estado**, es el principal fundamento fáctico que sostiene la propuesta modificatoria, logrando aclarar el tipo penal del delito de peculado culposo y de esa manera se estaría delimitando la conducta punible contenida en el Código Penal peruano; obtenido los resultados establecidos en el apartado 4.1.3 de la presente tesis, pasaremos a contrastar la hipótesis específica a través de la discusión y la argumentación jurídica, que resultará lo siguiente:

Análisis económico del derecho

Primero. La sola instalación de una audiencia en el Perú costaba en el año 2016 el valor de s/. 3,500.00 soles, así lo indica la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, sin considerar los otros gastos y costo como horas laborables del Fiscal, entre otros, además se debe mencionar que para los procesos del delito de peculado culposo mínimo se debe realizar tres audiencias, las cuales son: audiencia de acusación, audiencia de apertura de juicio oral y audiencia de clausura, en tal situación no se puede llevar a un proceso penal por bienes que tenga un valor insignificante como s/.100 soles o s/. 1,000 soles, teniendo en cuenta la existencia de otras vías para poder restituir el bien y sancionar al funcionario público, como es el derecho civil y el derecho administrativo sancionador, sin embargo, cuando se trate de bienes que protejan la vida y la salud, como puede ser los medicamentos, si se estaría lesionando el bien jurídico protegido por el delito de peculado culposo, el cual es el buen funcionamiento de las instituciones públicas, en los otros casos no se estaría lesionando el patrimonio del Estado, esta idea es compartida por Heredia, la jurisprudencia de los Tribunales Penales del Perú, como lo refieren en el auto de vista N.º 09-2015-1, Recurso de Nulidad N.º 1686-2007, Recurso de Nulidad N.º 1336-2012, Recurso de Nulidad N.º 12676-2014 y Recurso de Nulidad N.º 3004-2012.

Derecho penal ultima ratio

Segundo. Si bien nuestro Código Penal peruano acepta sancionar con pena a los delitos imprudentes, se entiende que la finalidad de esto es el de proteger los bienes jurídicos que tenga la condición de especiales como es la vida, la salud o el funcionamiento del Estado, en los casos donde se lesione bienes que tenga un valor irrelevante y no sean esenciales para el funcionamiento del estado, debería ser sancionado por otra rama del derecho como es el derecho administrativo sancionador y resarcido por el derecho civil, el derecho penal solo debe ser usado cuando una conducta es muy lesiva y no

es aceptado por la sociedad, por ejemplo los delitos de corrupción, en cambio los delitos imprudentes realizados por los funcionarios públicos solo debería ser sancionados cuando impida el funcionamiento del Estado, con la finalidad de garantizar una vida digna para los ciudadanos, en los otros caso no es factible usar el Derecho Penal, esta idea lo comparte, Almanza, Chang, Heredia, y jurisprudencia del Poder Judicial como son: el auto de vista N.º 09-2015-1, Recurso de Nulidad N.º 1686-2007, Recurso de Nulidad N.º 1336-2012, Recurso de Nulidad N.º 12676-2014 y Recurso de Nulidad N.º 3004-2012.

Riesgo permitido

Tercero. En la actualidad nuestra sociedad admite conductas peligrosas como por el ejemplo el boxeo, en tal circunstancia toda conducta que cause daño no puede ser sancionado penalmente, si no dependerá si la conducta lesiva es aceptada por la sociedad o no, también dependerá si el nivel de lesividad es alto o leve, de igual manera se deberá valorar que bienes jurídicos fueron dañados y si estos bienes pueden ser resarcido o repuesto, en el caso del delito de peculado culposo, el bien jurídico protegido es la no lesividad de los bienes del Estado, sin embargo, se considerara lesivo cuando la conducta impida el funcionamiento del Estado, además se entenderá por el no funcionamiento del Estado cuando incumpla su finalidad por el cual ha sido creado, el cual es garantizar una vida digna a los ciudadanos, en los casos donde no se impida el funcionamiento del estado y se sustraiga bienes con valores ínfimos como menores a $\frac{3}{4}$ de UIT, estas conductas podrán ser permitidas por el derecho penal, es decir, no merecen una sanción penal, pero si una sanción administrativa y una reparación civil, esta idea es compartida por Heinrich y Wiegend, Almanza, Ruiz, Pérez y jurisprudencia del Poder Judicial como son: el auto de vista N.º 09-2015-1, Recurso de Nulidad N.º 1686-2007, Recurso de Nulidad N.º 1336-2012, Recurso de Nulidad N.º 12676-2014 y Recurso de Nulidad N.º 3004-2012.

Funciones del empleado publico

Cuarto. El vínculo entre el empleado público y la institución pública, nace por ley o contrato, donde la misma ley o contrato especifica las funciones y obligaciones del empleado público, sin embargo, estas funciones son redactadas de forma general, debido a esto las propias Instituciones Públicas tiene su MOF o ROF donde establecen las funciones y obligaciones de los empleados públicos de una manera más específica, sin embargo, en estos manuales no se establecen funciones u obligaciones sucedidas por caso fortuitos, estas funciones fortuitas o accidentales se encuentran señaladas en las órdenes expresas o documentos internos, donde establecen funciones muy específicas, como por ejemplo custodia de un bien momentáneo en una PECOSA, en vista a ello no solo es suficiente revisar el MOF o ROF de una Institución Pública, sino también los documentos internos y órdenes expresas como correos electrónicos para poder ver la existencia de responsabilidad o no del sujeto activo, esta idea es compartida por la Defensoría del Pueblo del Perú, en su Informe Defensorial N.º 168.

Fundamento fáctico

Quinto. En los casos donde los bienes sustraídos por tercero producto de la culpa del funcionario, tengan un valor monetario menor a $\frac{3}{4}$ de UIT, no deben ser sancionados penalmente, puesto que es un riesgo permitido por nuestra sociedad, además no estaría lesionando el bien jurídico protegido, el cual es la no lesividad del patrimonio del Estado, salvo que estemos tratando de bienes destinados a la salud, como son los medicamentos, sin embargo, para los otros casos sería admitido la lesión de bienes no cuantioso en el derecho penal, puesto que existe otras ramas del derecho que sancione esa conducta como es el derecho administrativo sancionador, de igual manera piensa Heredia, y la jurisprudencia del Poder Judicial como son: el auto de vista N.º 09-2015-1, Recurso de Nulidad N.º 1686-2007, Recurso de

Nulidad N.º 1336-2012, Recurso de Nulidad N.º 12676-2014 y Recurso de Nulidad N.º 3004-2012.

4.2.4. **Discusión de la hipótesis principal**

La hipótesis principal de la tesis es: **“Peculado culposo: si el funcionario o servidor público, omite o realiza con imprudencia profesional sus funciones establecidas en las normas legales, documentos internos u otros, de manera que ocasione la sustracción de caudales o efectos de un valor mayor a $\frac{3}{4}$ de UIT. Sera 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”**, es la propuesta modificatoria, que logre aclarar el tipo penal del delito de peculado culposo y de esa manera se estaría delimitando la conducta punible contenida en el Código Penal peruano; obtenido los resultados establecidos en el apartado 4.1.1 de la presente tesis, pasaremos a contrastar la hipótesis a través de la discusión y la argumentación jurídica, que resultará lo siguiente:

Propuesta modificatoria

Primero. La propuesta modificatoria tiene un enfoque delimitativo de la conducta punible en el delito de peculado culposo, como por ejemplo la limitación de una cuantía mínima del valor económico de los bienes dañados, también la propuesta modificatoria tiene un enfoque de simplicidad, como por ejemplo señalar de una manera sencilla y concisa la conducta punible, como por ejemplo “si el funcionario por culpa del incumplimiento de sus obligaciones establecida en cualquier norma, documentos internos causa la sustracción de bienes por parte de un tercero”, en este caso delimita

la conducta cuando se señala el incumplimiento de sus funciones, esto para facilitar la definición del tipo penal, para que sea entendido por un ciudadano con un conocimiento básico, en parte esa afirmación es apoyada por el Informe Defensorial N.º 168, Ortiz donde establece una cuantía distinta en el delito de peculado doloso y también por las jurisprudencia del Poder Judicial como son: el auto de vista N.º 09-2015-1, Recurso de Nulidad N.º 1686-2007, Recurso de Nulidad N.º 1336-2012, Recurso de Nulidad N.º 12676-2014 y Recurso de Nulidad N.º 3004-2012.

Conclusiones

1. En esta tesis se estableció la propuesta modificatoria, la cual es la siguiente modificación: Peculado culposo: si el funcionario o servidor público omite o realiza con imprudencia profesional sus funciones establecidas en las normas legales, documentos internos u otros, de manera que ocasione la sustracción de caudales o efectos de un valor mayor a $\frac{3}{4}$ de UIT. 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.
2. En esta tesis se determinó el principal fundamento jurídico-penal que sostiene a la propuesta modificatoria, la cual es la siguiente: no toda culpa es sancionable penalmente, un ejemplo de ello es la culpa inconsciente cuando no existiera incumplimiento de las normas por parte del sujeto activo.
3. En esta tesis se determinó el principal fundamento jurídico constitucional que sostiene a la propuesta modificatoria, la cual es la siguiente: la tipificación del delito de peculado culposo contenido en el Código Penal peruano vulnera el principio constitucional de legalidad y tipicidad, puesto que no es entendido por una fracción de fiscales del Perú, y menos aún puede ser entendido por cualquier ciudadano de formación básico.
4. En esta tesis se determinó el principal fundamento fáctico que sostiene a la propuesta modificatoria, la cual es la siguiente: los bienes con un valor menor a $\frac{3}{4}$ de UIT que fuesen sustraídos por un tercero, a causa de la culpa del funcionario público, no lesiona de manera relevante el patrimonio del Estado, bien jurídico protegido por el delito de peculado culposo, puesto que no impide el buen funcionamiento del Estado.

Recomendaciones

1. La recomendación general producto de la investigación sería que es necesario una modificatoria del último inciso del artículo 387° del Código Penal peruano, con la finalidad de aclarar la tipificación del delito de peculado culposo, puesto que en este momento no está tipificado de forma clara para un ciudadano con un conocimiento básico.
2. Otra recomendación sería revisar la tipificación de los delitos funcionariales, debido a que puede existir la probabilidad de que no esté tipificado de una manera clara y sencilla, para ser entendido por un ciudadano con un conocimiento básico.
3. También, debería realizarse más investigaciones, sobre la tipificación de los delitos imprudentes, revisando si existe error en la tipificación o si es fácil de entender para un ciudadano con un conocimiento básico.
4. Al momento de crear o modificar un delito, el legislador debe observar la teoría del delito, además de redactar el delito de una manera clara y sencilla, entendible para un ciudadano con un conocimiento básico.
5. Por último, el legislador debe considerar una cuantía mínima en los delitos donde se lesione bienes, para facilitar la labor de los operadores del derecho y no se lleva a un proceso penal afectación de bienes por importes ínfimos.

Referencias Bibliográficas

- Aguilera, S. (2019). Criterio de determinación del deber de cuidado en los delitos culposos de resultado. [Tesis de pregrado, Universidad de Chile]. Repositorio institucional de la Universidad de Chile. <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/173013/Criterios-de-determinacion-del-deber-de-cuidado-en-los.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Aranzamendi, L. (2013). *Instructivo teórico-práctico del diseño y redacción de la Tesis en Derecho*. Lima, Perú. Editora y librería jurídica Grijley.E.I.R.L.**
- Autoridad Nacional del Servicio Civil. (2020). Resolución de Primera Sala del 8 de mayo del 2020. Resolución N.º 001142-2020-SERVIR/TSC-Primera Sala, Lima.**
- Autoridad Nacional del Servicio Civil. (2019). Resolución de Sala Plena del 28 de marzo del 2019. Resolución de sala plena N.º 001-2019-SERVIR/TSC, Lima.**
- Borjas, K. (2020). El peculado imprudente en la legislación penal peruana. *Revista jurídica*, 07(08), 1-13. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20200708_02.pdf**
- Bramont, L. (1997). *Lecciones de la parte general y el Código Penal*. Lima, Perú: Editorial San Marcos.**
- Bullard, A. (2018). *Análisis económico del derecho*. Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú.**
- Capcha M. (2016). Aplicación del acuerdo reparatorio en el delito de peculado culposo en la fiscalía provincial corporativa especializada en delito de corrupción de funcionarios de Huancavelica-2014 (tesis de pregrado), Universidad Nacional de Huancavelica, Perú. <https://repositorio.unh.edu.pe/handle/UNH/1002>**
- Chanjan, D. (2019). Diez claves para reconocer el delito de peculado. Instituto de Democracia y Derechos Humanos. <https://idehpucp.pucp>.**

edu.pe/notas-informativas/10-claves-para-reconocer-el-delito-de-peculado/#_ftnref26

Castro, S (2006). *Cinco estudios sobre el sistema acusatorio*. Bogotá, Colombia: Editorial Cordillera.

Consejo Nacional Para la Ética Pública. (2006). IV Encuesta Nacional Sobre Corrupción 2006. CONFIEP. <https://www.proetica.org.pe/wp-content/uploads/2018/04/46756098-Cuarta-Encuesta-Nacional-Anticorrupcion.pdf>

Consejo Nacional Para la Ética Pública. (2017). Décima encuesta nacional sobre percepción de corrupción. Transparency International. <https://www.proetica.org.pe/wp-content/uploads/2018/08/Pro-%C3%A9tica-X-Encuesta-Nacional-sobre-Corrupci%C3%B3n-1-6.pdf>

Congreso del Perú. (2018). *Constitución Política del Perú 1993*. Constitución Actualizada al 14 de abril de 2018. <http://www.congreso.gob.pe/Docs/files/constitucion/constitucion-politica-14-03-18.pdf>

Consejo Superior de Justicia de Madre de Dios. (2016). ETTI- Penal realiza visita de monitoreo al nuevo Código Procesal Penal de Madre de Dios. PODER JUDICIAL. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cortesuperiormadrediospj/s_csj_madre_de_dios_nuevo/as_inicio/as_imagen_prensa/as_noticias/csj_md_n_comision_implementation_ncpp_etti Corte Suprema de Justicia. (2005). Acuerdo plenario 30 de setiembre del 2005. Acuerdo plenario N.º 4-2005/CJ-116. https://derecho.usmp.edu.pe/cedp/jurisprudencia/Acuerdo%20Plenario%20N4_2005.pdf

Corte Suprema de justicia. (2006). Recurso de Nulidad del 06 de junio del 2007. R.N.4500-2006, Junín. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/48e432804db9abbc8c96ae99968868c8/RN+4500->

2005.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=48e432804db9abbc8c96ae99968868c8

Corte Suprema de justicia. (2009). Recurso de Nulidad del 19 de marzo del 2010. R.N.238-2009, Puno.

Corte Suprema de justicia. (2009). Recurso de Nulidad del 15 de abril del 2010. R.N.901-2009, Ayacucho.

Corte Suprema de justicia. (2016). Auto de vista del 14 de marzo del 2016. A.V.09-2015-1, Lima.

Corte Suprema de justicia. (2014). Casación del 23 de setiembre del 2016. Casación N.° 160-2014, Ancash.

Corte Suprema de justicia. (2017). Recurso de Nulidad del 17 de enero del 2018. R.N.1509-2017, Arequipa. <https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2020/01/R.N.-1509-2017-Arequipa-LP.pdf>

Decreto Legislativo N.° 813, Ley Penal Tributario Congreso del Perú (20 de abril de 1996). LP Pasión por el DERECHO. Actualizada al 22 de junio de 2021. <https://lpderecho.pe/ley-penal-tributaria-decreto-legislativo-813-actualizada-2021/>

Decreto Legislativo N.° 635, TULO Código Penal Congreso del Perú (30 de octubre de 1990). LP Pasión por el DERECHO. Actualizada al 7 de agosto de 2021. <https://lpderecho.pe/CÓDIGO-penal-peruano-actualizado/>

Defensoría del Pueblo (2018). El archivo fiscal de denuncias por peculado y colusión. *Boletín defensorial*, 1(168), 1-328. [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/AA75993D7E33146E05257DE20055E936/\\$FILE/1_pdfsam_Informe-Defensorial-N-168.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/AA75993D7E33146E05257DE20055E936/$FILE/1_pdfsam_Informe-Defensorial-N-168.pdf)

Delgado, C. (2020). *Elementos para entender los alcances del principio de tipicidad en las infracciones cometidas por servidores públicos: Apuntes con relación a la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso de la potestad sancionadora de la Contraloría General de la*

República. Pontificia Universidad Católica del Perú. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/22432/21660>

Echandía, D. (2002). *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo II. Bogotá, Colombia. Editorial Temis S.A.

Freire C. (2018). *Imprudencia, impericia y negligencia. Responsabilidad penal, civil y administrativa del profesional médico (Tesis de Pre Grado)*, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Ecuador. <http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/14706/TESIS%20DEFINTIIVA%20CHRISTIAN%20%20FREIRE%20ENERO%202018.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Gallardo, D. (2015). *El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos, en la legislación ecuatoriana*. [Tesis de pregrado, Universidad de Cuenca]. Repositorio institucional de la Universidad de Cuenca Ecuador. <http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/21981/3/Tesis.pdf>

García, P. (2018). *La imputación subjetiva y el proceso penal*. *Revista Dialnet*, 10(3560), 125-136. https://www.google.com/search?q=la+imputacio+subjetiva+garcia&rlz=1C1EJFC_enPE818PE818&oq=la+imputacio++subjetiva+garcia&aqs=chrome..69i57.4655j1j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8#

Guevara, M. (2016). *Análisis del principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador a partir de la jurisprudencia del tribunal constitucional*. [Tesis de pregrado, Universidad de Piura]. Repositorio institucional de la Universidad de Piura. <https://pirhua.udep>

edu.pe/bitstream/handle/11042/2360/DER_051.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Heredia, D; Lamas, L; Bramont, L. y Nakazaki, C. (2017). *Gaceta penal & procesal penal*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A.

Hugo, J. y Huarcaya, B. (2018). *Delitos contra la administración pública*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A.

Hernández, Fernández, Baptista, Méndez & Mendoza (2014). *Metodología de la investigación*. México D.F., México. Interamericana Editores.

Heinrich, H. y Weigend, T. (2014). *Tratado de derecho penal parte general*. Traducción de la 5ta edición alemana. Lima, Perú. Instituto Pacifico S.A.C.

Hocsman, H. (2015). Delito contra la administración pública. Justiniano.com. http://www.justiniano.com/revista_doctrina/delitocontraadministracionpublica.htm

Jurista Editores (2019). Código Civil, Lima, Perú. Jurista Editores E.I.R.L.

Ley N.º 30057, Ley del Servicio Civil (23 julio 2013). Diario el Peruano. [http://www.ipd.gob.pe/images/documentos/normas/general/Ley %20N %2030057.pdf](http://www.ipd.gob.pe/images/documentos/normas/general/Ley_%20N%2030057.pdf)

Ley N.º 28008, Ley de los Delitos Aduaneros (19 de junio de 2003). Sunat. Publicado el 19 de junio de 2003. <https://www.sunat.gob.pe/legislacion/procedim/normasadua/gja-05.htm>

Licapa Y. (2018). Indebida tipificación del delito de peculado culposo, quedando impune el delito de hurto agravado, Ministerio Público Huancavelica (tesis de pregrado), Universidad Nacional de Huancavelica, Huancavelica, Perú.

<http://repositorio.unh.edu.pe/bitstream/handle/UNH/1590/TESIS%20LICAPA%20CANALES.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Mixán, F (2008). *Indicio, elemento de convicción de carácter indiciario, prueba indiciaria*. Trujillo, Perú. Ediciones BLG.

Ministerio de Justicia del Perú. (2019). Ley actualizada 09 de enero del 2019. Ley de Marco del Empleo Público Ley N.º 28175. <http://www.sat.gob.pe/transparenciav2/Normas/descargar/Ley28175.pdf>

Mayo, B. (2021). Acerca de las diferencias entre el derecho penal, el derecho administrativo sancionador y el derecho de policía. A la vez una reflexión sobre el concepto o sanción. *Revista Aragonesa de Administración Pública*. 56(01)

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?CÓDIGO=7971155>

Omonte, A. (2009). Como hacer una tesis, monografía o ensayo. *Revista Mailxmail.com*, 1(2), 1-10. <http://www.mailxmail.com/curso-como-hacer-tesis-monografia-ensayo-2/trabajo-fichas-revision-documental#:~:text=%C2%20Permite%20verificar%20la%20rigurosidad%20y,se%20requiere%20de%20manera%20r%C3%A1pida>.

Ortiz J. (2019). Necesidad de fijar un quantum mínimo en los delitos de peculado para su configuración penal, en relación al principio de

- lesividad (tesis de pregrado), Universidad Peruana los Andes, Perú.
<http://repositorio.upla.edu.pe/handle/UPLA/1191>
- Osterling, F. (2013). Art 1318 1319 1321. Lima, Perú. Editorial Osterlingfirm.
[http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Art %201318 %201319 %201320 %201321.pdf](http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Art%201318%201319%201320%201321.pdf)
- Osterling, F. & Castillo, M. (2009). *Compendio de derecho de obligaciones*. Lima, Perú. Palestra Editores.
- Peña, A. (2014). *Derecho penal parte especial*. Lima, Perú. Editorial Moreno S.A.
- Peña, A. (2017). *Derecho Penal Parte General*. Lima, Perú. Editorial Rodhas SAC
- Plascencia, R. (2004). *Teoría del Delito*. México D.F., México, Editorial Instituto de investigaciones Jurídicas UNAM.
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/44/16.pdf>
- Poder Ejecutivo del Perú. (2014). Decreto Supremo N.º 040-2014-PCM, Reglamento General de la Ley N.º 30057 Ley del Servicio Civil, Diario el Peruano. Publicado el 13 de junio de 2014. <https://sgp.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2015/06/DS-040-2014-PCM.pdf>
- Poder Judicial del Perú (2018). Boletín Estadístico Institucional. *Boletín Judicial*, 1(4), 1-75.
[https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/813ad88048c970ce939df353388de097/Boletin+N %C2 %B04+DICIEMBRE-2018.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=813ad88048c970ce939df353388de097](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/813ad88048c970ce939df353388de097/Boletin+N%C2%B04+DICIEMBRE-2018.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=813ad88048c970ce939df353388de097)
- Quintero E. y Vivar J. (2013). El delito de peculado público y bancario (Tesis de Post Grado), Universidad Sistema de Posgrado, Ecuador. <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/460/1/T-UCSG->

- POS-MDP-5.pdf Rosas, J. (2016). La prueba en el nuevo proceso penal. *Lima*, Perú. Editorial San Marcos de Aníbal Jesús Paredes Galván.
- Ríos, G. (2017). *Hagamos juntos tu tesis de derecho*. Lima, Perú: Editorial Ideas Solución Editorial.
- Rubio, M. (2009). *El sistema jurídico introducción al derecho*. Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia universidad Católica del Perú.
- Rodríguez, M (1943). “El principio de contradicción y su necesaria aplicación en el proceso penal”. *Lima*, Perú. Actualidad jurídica.
- Ruiz, A. (2016). Los delitos culposos. *Revista IUS INKARRI*, 541(543), 1-15. <https://revistas.urp.edu.pe/index.php/Inkarri/article/view/541/543>
- Saldarriaga, V., Núñez, F. & Almanza, F. (2020). *Código penal. Nuevo Código procesal penal código de procedimientos penales*, Lima, Perú: Asociación Peruana De ciencias jurídicas y Conciliación.
- Salinas, R. (2014). *Delitos contra la administración pública*. Lima, Perú: Editora y Librería Jurídica Grijley EIRL.
- Salinas, R. (2015). La teoría de infracción del deber en los delitos de corrupción de funcionarios. *Perso Unifr*. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2015_04.pdf
- Salinas, R. (2014). La teoría de infracción del deber en los delitos de corrupción de funcionarios. *Poder Judicial*. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e741c08041bf820599c2ff49cfa7f5d/LA+TEOR+%C3%8DA+DE+LOS+DELITOS+DE+INFRACCI+%C3%93N+DE+DEBER1-SALINAS.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e741c08041bf820599c2ff49cfa7f5d>
- Salinas, L. (2014). El peculado culposo: Bien jurídico afectado, principio de legalidad, tutela judicial efectiva y seguridad jurídica (Tesis de Post Grado). Universidad regional autónoma de los andes, Universidad católica de cuenca extensión Azogues, Azogues, Ecuador. <http://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/3132/1/TUAMDP004-2014.pdf>
- Salinas, R. (2019). Delito de peculado. *Revista Juridica*,1(2), 1-2. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/048f7300498dfcfe87fce7a6217>

c40f1/Delito+de+peculado_Salinas.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=048
f7300498dfcfe87fce7a6217c40f1

- Salgado, A. (2007). Investigación cualitativa: diseños, evaluación del rigor metodológico y retos. *Revista Scielo Perú*, 1(9), 1-8.
<http://www.scielo.org.pe/pdf/liber/v13n13/a09v13n13.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2003). Sentencia 16 de abril del 2003. Expediente N.º 2050-2002-AA/TC.
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/02050-2002-AA.html>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2004). Sentencia 11 de octubre del 2004. Expediente N.º 2192-2004-AA/TC.
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02192-2004-AA.html>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2018). Sentencia 25 de abril del 2018. Expediente N.º 0020-2015-AA/TC.
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/00020-2015-AI.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2006). Sentencia 15 de diciembre del 2006. Expediente N.º 0012-2006-PI/TC.
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00012-2006-AI.html>
- Vara, A. (2010). *Desde la idea hasta la sustentación: 7 pasos para una tesis exitosa*. Lima, Perú. Instituto de Investigación de la Facultad de Ciencias Administrativas y Recursos Humanos Universidad de San Martín de Porres.
- Vizcardo, S. (2016). *Delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima, Perú. Gaceta Jurídica S.A.
- Yánac M. (2019). Atipicidad del peculado por apropiación en los casos de una aparente o inexistente rendición de gastos por conceptos de viáticos en la jurisprudencia peruana (tesis de pregrado), Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, Perú.
<http://repositorio.unasam.edu.pe/handle/UNASAM/3615>
- Ytusaca, V. (2017). El principio de imputación necesario en los requerimientos acusatorios de los tipos imprudentes en las fiscalías penales de Puno 2009-2016. [Tesis de pregrado, Universidad Nacional del Altiplano-Puno]. Repositorio institucional de la Universidad Nacional del Altiplano-Puno. <http://repositorio.unap>

edu.pe/bitstream/handle/UNAP/8303/Ytusaca_Mullisaca_Vicente.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Anexos

Anexo 1: Encuesta de Investigación respecto a la culpa en el peculado culposo contenido en nuestro código penal peruano



(1/5)

ENCUESTA DE INVESTIGACIÓN RESPECTO A LA CULPA EN EL PECULADO CULPOSO CONTENIDO EN NUESTRO CÓDIGO PENAL PERUANO

Fecha: ___ Profesión: ___
Carrera: ___ Lugar de colegiatura: ___

- Lea las siguientes preguntas en el caso de elegir **otros** por favor explique la razón por marcar esa respuesta:
- 1) ¿Conoce usted qué tipo de culpa sanciona el delito de peculado culposo contenido en el Código Penal peruano?
 - a) Todas las culpas
 - b) Culpa consciente
 - c) Culpa inconsciente
 - d) Culpa leve
 - 2) ¿Señale usted, que afirmación debe ser sancionada por el delito de peculado culposo contenido en nuestro Código Penal peruano?
 - a) El funcionario que no toma las precauciones necesarias
 - b) El funcionario que facilita la sustracción de bienes
 - c) El funcionario que permite la sustracción de bienes
 - d) El funcionario que viola su deber de cuidado
 - 3) ¿El peculado culposo sanciona la culpa consciente o inconsciente?
 - a) Culpa consciente
 - b) Culpa inconsciente
 - c) Otros

(2/5)

- 4) ¿Considera usted que el bien jurídico protegido por el delito de peculado culposo puede ser lesionado levemente?
- a) Sí, siempre y cuando no sea bienes indispensables para la vida
 - b) No, por más que el valor económico sea mínimo
 - c) Ninguno de los dos
- 5) ¿Considera usted que la culpa inconsciente no es sancionable penalmente?
- a) Sí, siempre y cuando el sujeto activo respete el orden publico
 - b) No, por más que respete el orden publico
 - c) Ninguno de los dos
- 6) ¿Considera usted que la tipificación del delito de peculado culposo es entendible?
- a) Si, de forma general
 - b) No, es necesario leerlo con otras normas y resoluciones
 - c) Ninguno de los dos
- 7) ¿Considera usted, que la tipificación del delito de peculado culposo contenido en el Código Penal peruano, debería tipificarse de mejor manera?
- a) Si
 - b) No
 - c) Ninguno de los dos

(3/5)

- 8) ¿Considera usted, que la tipificación del delito de peculado culposo contenido en el Código Penal peruano, vulnera el principio constitucional de legalidad?
- a) Si
 - b) No
 - c) Ninguno de los dos
- 9) ¿Considera usted, que la tipificación del delito de peculado culposo contenido en el Código Penal peruano, es entendible por un ciudadano con un conocimiento básico?
- a) Si
 - b) No
 - c) Ninguno de los dos
- 10) ¿Considera usted, que la tipificación del delito de peculado culposo contenido en el Código Penal peruano, debería ser tipificado de una forma sencilla, a fin de poder ser entendido por un ciudadano común?
- a) Si
 - b) No
 - c) Ninguno de los dos
- 11) ¿Considera usted que los bienes sustraídos de un valor menor a $\frac{3}{4}$ de UIT, por culpa del funcionario público no debería ser sancionado penalmente?
- a) Sí, siempre y cuando no hablemos de medicamentos esenciales
 - b) No, por más que no hablemos de medicamentos
 - c) Ninguno de los dos

(4/5)

- 12) ¿Considera usted que el delito de peculado culposo en bienes sustraídos de un valor menor a $\frac{3}{4}$ de UIT, debería ser sancionado por un tribunal administrativo y no por un tribunal penal?
- a) Sí, siempre y cuando no hablemos de medicamentos esenciales
 - b) No, por más que no hablemos de medicamentos
 - c) Ninguno de los dos
- 13) ¿Considera usted, que el delito peculado culposo en bienes sustraídos con un valor menor a $\frac{3}{4}$ de UIT, estaría lesionando el patrimonio del Estado de manera relevante, protegido por el ordenamiento jurídico?
- a) Sí, por más que no hablemos de medicamentos
 - b) No, siempre y cuando no hablemos de medicamentos o vacunas
 - c) Ninguno de los dos
- 14) ¿Considera usted que las funciones del empleado público, pueden estar establecidas de manera complementaria en documentos interno u órdenes expresa?
- a) Sí, siempre y cuando se le comunique de manera formal
 - b) No, solo deben establecerse en el MOF y/o ROF
 - c) Ninguno de los dos
- 15) ¿Considera usted, que debería ser sancionado penalmente un funcionario público que cometa el delito de peculado culposo en bienes que sean medicamentos esenciales, y de un valor menor a $\frac{3}{4}$ de UIT?
- a) Si
 - b) No
 - c) Ninguno de los dos

(5/5)

- 16) ¿Considera usted, que es necesario modificar la tipificación del delito de peculado culposo contenido el Código Penal peruano, con la finalidad que sea entendible por una persona con un conocimiento básico en derecho?
- a) Si
 - b) No
 - c) Ninguno de los dos
- 17) ¿Es una buena propuesta modificatoria “si el agente, omite o realiza con imprudencia profesional sus funciones establecidas en las normas legales (...) ocasiona la sustracción de caudales o efecto de un valor mayor un 3/4 de UIT Sera (...)?”
- a) Si
 - b) No
 - c) Ninguno de los dos

Anexo 2: Proyecto de Ley que modifica el artículo 387 del código penal y precisa la conducta punible del delito de peculado culposo



PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTICULO 387° DEL CÓDIGO PENAL Y PRECISA LA CONDUCTA PUNIBLE DEL DELITO DE PECULADO CULPOSO

Los congresistas de la República, que suscriben, a iniciativa del señor **HUGO ANTHONY ESPINOZA GARCIA**, ejerciendo el derecho a iniciativa legislativa que les confiere el artículo 107 de la Constitución Política del Perú, y en concordancia con los artículos 22, inciso c), 67, 75 y 76 del Reglamento del Congreso de la República, presentan el siguiente proyecto de ley:

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTICULO 387° DEL CÓDIGO PENAL Y PRECISA LA CONDUCTA PUNIBLE DEL DELITO DE PECULADO CULPOSO

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1.1 ANTECEDENTES

Mediante la Ley N.º 29758 Ley que modifica el Código Penal respecto de los delitos contra la administración pública, se incorporó por primera vez al Código Penal el 18 de julio del 2011, la conducta punible era muy distinto a la actual, sin ninguna distinción entre la modalidad dolosa y culposa.

Posterior a ello se modificó el delito de peculado culposo con la Ley N.º 31178 Ley que modifica artículos del Código Penal respecto de circunstancias agravantes derivadas de la comisión del delito durante calamidad pública o emergencia sanitaria y dicta otras disposiciones sobre la pena de inhabilitación en el Código Penal y leyes especiales, de fecha 08 de abril del 2021, con esta modificatoria la conducta punible del delito de peculado fue modificado a la tipificación actual.

1.2 JUSTIFICACIÓN DE LA PROPUESTA



Actualmente la tipificación del delito de peculado no es la adecuada, exactamente un 39 % de casos la Fiscalía tiene problemas en determinar el hecho punible, puesto que existe problemas de comprensión por parte de los operarios del derecho como señala el Informe Defensorial N.º 168 realizado por la Defensoría del Pueblo, de igual forma existe sentencias con motivación inadecuada, debido a la tipificación actual del delito, de igual forma la tipificación actual en el Código Penal difiere del Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116 donde establece con mejor detalle y especificación el delito de peculado culposo.

De igual forma el delito de peculado es el más recurrente a nivel nacional, representando el 34 % (Defensoría del Pueblo), es por eso que se debe facilitar la labor de los operadores del derecho, y esto se logrará tipificando de una manera simple y específica.

II. RELACION CON EL ACUERDO NACIONAL

La presente iniciativa legislativa guarda relación con el derecho reconocido por la Constitución Política del Perú, tipificado en el ordinal "d" del inciso 24 del artículo 2º, que señala lo siguiente: "nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que, al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley" (p. 24), es decir, guarda relación con la Constitución Política, donde es un derecho que el principio de legalidad y taxatividad se respeta con la finalidad que cualquier ciudadano pueda entender de forma clara sin error alguno la conducta punible por el Estado peruano, esta modificación ayudara a cumplir estos principios establecida por la constitución y facilitara la labor de los operarios del derecho.

III. ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO

3.1 BENEFICIOS



Los beneficios del proyectos de ley son varios, entre ellos tenemos:

- i) Disminución de procesos penales archivados injustificadamente por parte de la fiscalía en un 39 %(Defensoría del Pueblo), puesto que en la actualidad existe un problema de comprensión de la conducta punible del delito de peculado culposo por parte de los operadores del derecho; ii) De igual forma busca disminuir los procesos penales aperturados de manera injustificada, de esa manera se reducirá las horas de trabajo y materiales invertidos por la Fiscalía ;iii) De igual forma la modificación del delito de peculado culposo tendrá correspondencia con lo establecido en el Acuerdo Plenario 4-2005-/CJ-116, esto beneficiara la simplificar la búsqueda de la conducta punible del delito de peculado culposo; y iv) Se evitara cualquier solicitud de nulidad de los procesos, por alguna vulneración de derechos fundamentales como el principio de legalidad y taxatividad puesto que en la actualidad la tipificación del delito de peculado culposo vulnera los principios de legalidad y taxatividad, esto se da debido a que en la actualidad no está redactado de forma clara y sencilla el delito de peculado culposo, de igual forma las especificaciones del Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116 no son válidas para ser utilizadas en un proceso penales, puesto que ese documento no tiene el rango de Ley, establecido por la Constitución Política del Perú.

3.2 COSTOS

El presente proyecto de Ley no causara gasto al erario nacional, por el contrario, busca simplificar la labor de los operarios del derecho, si pudiera ver un costo, sería la adecuación de los operadores del derecho para conocer la nueva conducta punible, sin embargo, la modificatoria está redactado de una manera específica y sencilla.

IV. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La presente iniciativa que modifica el artículo 387° del Código Penal, ayudará a complementarse con lo establecido en el procedimiento administrativo sancionador donde se utiliza el termino de negligencia en el desempeño de funciones, en vista que existe diferentes definiciones de culpa en las diferentes ramas del derecho como es el Derecho Civil, Derecho Penal y Derecho Administrativo, es decir, esta modificatoria del delito de peculado reducirá las diferencias de definiciones establecidas en la Ley 30057, Ley del Servicio Civil con el Código Penal peruano.

V. FORMULA NORMATIVA

El Congreso de la República ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE MODIFICA EL ARTICULO 387° DEL CÓDIGO PENAL Y PRECISA LA CONDUCTA PUNIBLE DEL DELITO DE PECULADO CULPOSO

Artículo Único. - Modificación del artículo 387° del Código Penal

Modifíquese el artículo 387° del Código Penal en los siguientes términos:

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.

Peculado culposo: si el funcionario o servidor público, omite o realiza con imprudencia profesional sus funciones establecidas en las normas legales, documentos internos u otros, de manera que ocasione la sustracción de caudales o efectos de un valor mayor a $\frac{3}{4}$ de UIT. Sera 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.

Lima, 30 de setiembre de 2021

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
Lima, 12 de MAYO del 20 21
Según la consulta realizada, de conformidad con el
Artículo 77° del Reglamento del Congreso de la
República: pase la Proposición N° 7628, para su
estudio y dictamen, a la (s) Comisión (es) de
JUSTICIA Y RESERVA



YÓN JAVIER PÉREZ PAREDES
Oficial Mayor
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Anexo 3: Formato de ficha bibliográfica



FORMATO DE FICHA BIBLIOGRÁFICA

Información tipográfica

- **Código:**
- **Disponible en:**
- **Autores:**
- **Título:**
- **Tipo de Fuente:**
- **Volumen:**
- **Numero o Edición**
- **Año:**
- **Lugar:**
- **Paginas**

Objetivo general

Metodología / procedimiento

Principales hallazgos

Conclusiones

Proceso autorreferencial

Bibliografía

Anexo 4: Matriz de consistencia

Área y línea de investigación: Derecho penal delitos funcionariales

Problema	Objetivos	Hipótesis	Metodología
Problema general	Objetivo general	Hipótesis general	Enfoque
¿Qué propuesta modificatoria, logra aclarar el tipo penal del delito de peculado culposo y de esa manera se estaría delimitando la conducta punible contenida en el Código Penal peruano?	Establecer la propuesta modificatoria, que logre aclarar el tipo penal del delito de peculado culposo y de esa manera se estaría delimitando la conducta punible contenida en el Código Penal peruano.	La modificación del “ Peculado culposo: si el funcionario o servidor público, omite o realiza con imprudencia profesional sus funciones establecidas en las normas legales, documentos internos u otros, de manera que ocasione la sustracción de caudales o efectos de un valor mayor a ¾ de UIT. Sera 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 ”, es la propuesta modificatoria, que logre aclarar el tipo penal del delito de peculado culposo y de esa manera se estaría delimitando la conducta punible contenida en el Código Penal peruano.	<p>Cualitativo</p> <p>Tipo</p> <p>Básica</p> <p>Tipos jurídicos</p> <ul style="list-style-type: none"> • Jurídica descriptiva • Jurídica propositiva • Jurídica comparativa <p>Método Investigación Jurídica</p> <ul style="list-style-type: none"> • Jurídica exegético • Análisis Económico del Derecho • Jurídica sociológico • Jurídica Hermenéutica • Jurídica Argumentativa <p>Método de interpretación jurídica</p> <ul style="list-style-type: none"> • Ratio Legis • Jurídico Sistemático

Problema	Objetivos	Hipótesis	Metodología
			<ul style="list-style-type: none"> Jurídico Sociológico
Problemas específicos	Objetivos específicos	Hipótesis específicas	Diseño
<ul style="list-style-type: none"> ¿Cuál es el principal fundamento jurídico penal que sostenga la propuesta modificatoria, logrando aclarar el tipo penal del delito de peculado culposo y de esa manera se estaría delimitando la conducta punible contenida en el Código Penal peruano? ¿Cuál es el principal fundamento jurídico constitucional que sostenga la propuesta modificatoria, logrando aclarar el tipo penal del delito de peculado culposo y de esa manera se estaría delimitando la conducta punible contenida en el Código Penal peruano? ¿Cuál es el principal fundamento fáctico que sostenga la propuesta modificatoria, logrando aclarar el tipo penal del delito de peculado culposo y de esa manera se estaría delimitando la conducta punible contenida en el Código Penal peruano? 	<ul style="list-style-type: none"> Determinar el principal fundamento jurídico penal que sostenga la propuesta modificatoria, logrando aclarar el tipo penal del delito de peculado culposo y de esa manera se estaría delimitando la conducta punible contenida en el Código Penal peruano. Determinar el principal fundamento jurídico constitucional que sostenga la propuesta modificatoria, logrando aclarar el tipo penal del delito de peculado culposo y de esa manera se estaría delimitando la conducta punible contenida en el Código Penal peruano. Determinar el principal fundamento fáctico que sostenga la propuesta modificatoria, logrando aclarar el tipo penal del delito de peculado culposo y de esa manera se estaría delimitando la conducta punible contenida en el Código Penal peruano. 	<ul style="list-style-type: none"> No toda culpa es sancionable penalmente, un ejemplo de ello es la culpa inconsciente cuando no existiera incumplimiento de las normas por parte del sujeto activo, es el principal fundamento jurídico penal que sostiene la propuesta modificatoria, logrando aclarar el tipo penal del delito de peculado culposo y de esa manera se estaría delimitando la conducta punible contenida en el Código Penal peruano. La tipificación del delito de peculado culposo contenido en el Código Penal peruano, vulnera el principio constitucional de legalidad y tipicidad, puesto que no es entendido por una fracción de fiscales del Perú, y menos aún puede ser entendido por cualquier ciudadano de formación básico, es el principal fundamento jurídico constitucional que sostiene la propuesta modificatoria, logrando aclarar el tipo penal del delito de peculado culposo y de esa manera se estaría 	No experimental/ Transeccional Categorías La culpa <ul style="list-style-type: none"> La Culpa en el derecho penal Niveles, tipos y manifestación de Culpa La Culpa en el derecho civil Definición jurisprudencial Culpa Consciente Culpa Inconsciente <hr/> Peculado <ul style="list-style-type: none"> Definición legal Definición doctrinal Definición jurisprudencial Delitos imprudentes Principio de legalidad El deber de cuidado

Problema		Objetivos		Hipótesis	Metodología
				<p>delimitando la conducta punible contenida en el Código Penal peruano.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Los bienes con un valor menor a ¾ de UIT que fuesen sustraídos por un tercero, a causa de la culpa del funcionario público, no lesiona de manera relevante el patrimonio del Estado, bien jurídico protegido por el delito de peculado culposo, puesto que no impide el buen funcionamiento del Estado, es el principal fundamento fáctico que sostiene la propuesta modificatoria, logrando aclarar el tipo penal del delito de peculado culposo y de esa manera se estaría delimitando la conducta punible contenida en el Código Penal peruano. 	<ul style="list-style-type: none"> • Funciones del Empleado público • Peculado culposo • Peculado doloso
Universo N.º 01	Sentencias que desarrolle el delito de peculado y/o la culpa	Universo N.º 02	Juristas especializados en penal o civil	Técnica(s)	Instrumento(s)
Población N.º 01	Sentencias de conocimiento público, que desarrolla la culpa o cuestione la conducta punible del delito de peculado en el Perú. Cantidad finita: 75 sentencias	Población N.º 02	Juristas especializados en derecho penal y/o civil, litigantes y colegiados Cantidad finita: 70 jurista especializados en derecho penal y/o civil	la técnica de revisión documental	ficha bibliográfica

Problema		Objetivos	Hipótesis	Metodología
Muestra no probabilística N.º 01	En vista que la población de sentencias es manejable, no será necesario realizar muestreo en tal sentido la muestra es igual a la población. Total, de 75 sentencias	Muestra no probabilística N.º 02	En vista que la población de sentencias judiciales es manejable, no será necesario realizar muestreo en tal sentido la muestra es igual a la población. Total de 70 jurista especializados en derecho penal y/o civil	Técnica de encuesta El cuestionario