



**UNIVERSIDAD CATÓLICA LOS ÁNGELES DE CHIMBOTE**

**FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES  
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

**PROBLEMÁTICA JURÍDICA DEL SUJETO ACTIVO EN EL  
DELITO DE PECULADO: RECURSO DE NULIDAD N° 615-2015-  
LIMA, 2023**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE  
ABOGADA**

**AUTORA**

**VILLAR QUISPE, ANDY**

**ORCID: 0000-0002-5350-665X**

**ASESORA**

**URQUIAGA JUÁREZ, EVELYN MARCIA**

**ORCID: ORCID: 0000-0001-7775-6234**

**CHIMBOTE, PERÚ**

**2023**



**FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES**

**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

**ACTA N° 0470-068-2023 DE SUSTENTACIÓN DEL INFORME DE TESIS**

En la Ciudad de **Chimbote** Siendo las **09:30** horas del día **26** de **Agosto** del **2023** y estando lo dispuesto en el Reglamento de Investigación (Versión Vigente) ULADECH-CATÓLICA en su Artículo 34º, los miembros del Jurado de Investigación de tesis de la Escuela Profesional de **DERECHO**, conformado por:

**MERCHAN GORDILLO MARIO AUGUSTO** Presidente  
**LIVIA ROBALINO WILMA YECELA** Miembro  
**BARRETO RODRIGUEZ CARMEN ROSA** Miembro  
**Mgtr. URQUIAGA JUAREZ EVELYN MARCIA** Asesor

Se reunieron para evaluar la sustentación del informe de tesis: **PROBLEMÁTICA JURÍDICA DEL SUJETO ACTIVO EN EL DELITO DE PECULADO: RECURSO DE NULIDAD N° 615-2015-LIMA, 2023**

**Presentada Por :**  
(1806161016) **VILLAR QUISPE ANDY**

Luego de la presentación del autor(a) y las deliberaciones, el Jurado de Investigación acordó: **APROBAR** por **MAYORIA**, la tesis, con el calificativo de **15**, quedando expedito/a el/la Bachiller para optar el TITULO PROFESIONAL de **Abogada**.

Los miembros del Jurado de Investigación firman a continuación dando fe de las conclusiones del acta:

**MERCHAN GORDILLO MARIO AUGUSTO**  
Presidente

**LIVIA ROBALINO WILMA YECELA**  
Miembro

**BARRETO RODRIGUEZ CARMEN ROSA**  
Miembro

**Mgtr. URQUIAGA JUAREZ EVELYN MARCIA**  
Asesor



## CONSTANCIA DE EVALUACIÓN DE ORIGINALIDAD

La responsable de la Unidad de Integridad Científica, ha monitorizado la evaluación de la originalidad de la tesis titulada: PROBLEMÁTICA JURÍDICA DEL SUJETO ACTIVO EN EL DELITO DE PECULADO: RECURSO DE NULIDAD N° 615-2015-LIMA, 2023 Del (de la) estudiante VILLAR QUISPE ANDY , asesorado por URQUIAGA JUAREZ EVELYN MARCIA se ha revisado y constató que la investigación tiene un índice de similitud de 12% según el reporte de originalidad del programa Turnitin.

Por lo tanto, dichas coincidencias detectadas no constituyen plagio y la tesis cumple con todas las normas para el uso de citas y referencias establecidas por la Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote.

Cabe resaltar que el turnitin brinda información referencial sobre el porcentaje de similitud, más no es objeto oficial para determinar copia o plagio, si sucediera toda la responsabilidad recaerá en el estudiante.

Chimbote, 27 de Setiembre del 2023

---

Mg. Roxana Torres Guzmán  
Responsable de Integridad Científica

## AGRADECIMIENTO

A Dios porque ha estado conmigo a cada paso que doy, cuidándome y dándome fortaleza para continuar, a mis padres, quienes a lo largo de mi vida han velado por mi bienestar y educación siendo mi apoyo en todo momento, ya que con todo mi esfuerzo lo realice.

A mis amados padres que me apoyaron para el logro de mis metas a lo largo de mi estudio.

*Andy, Villar Quispe*

## DEDICATORIA

A Dios porque ha estado conmigo a cada paso que doy, cuidándome y dándome fortaleza para continuar, a mis padres, quienes a lo largo de mi vida han velado por mi bienestar y educación siendo mi apoyo en todo momento, ya que con todo mi esfuerzo lo realice.

A mis docentes que me apoyaron para el logro de mis metas a través de su enseñanza a lo largo de mi estudio.

*Andy, Villar Quispe*

# ÍNDICE GENERAL

	<b>Pág.</b>
Caratula.....	i
Acta.....	ii
Constancia de Originalidad.....	iii
Agradecimiento.....	iv
Dedicatoria.....	v
Índice General.....	vi
Lista de Tablas.....	vii
Resumen.....	viii
Abstracts.....	ix
I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....	1
II.MARCO TEÓRICO .....	6
2.1 Antecedentes .....	6
2.2 Bases teóricas .....	10
2.2.1 La Acción Penal.....	10
2.2.2 El Ius Puniendi En El Derecho Penal.....	10
2.2.3 El Proceso Penal.....	11
2.2.4 Clases de Procesos Penales.....	11
2.2.5 La prueba .....	12
2.2.6 El objeto de la prueba .....	13
2.2.7 Medios de prueba: .....	13
2.2.8 La valoración de la prueba .....	15
2.2.9 El Proceso Penal Común Peruano .....	16
I.- Etapa De La Investigación Preparatoria.....	16
II.- Etapa Intermedia.....	17
II.- El Juzgamiento .....	19

2.2.11 Los Principios Del Proceso Común .....	19
2.2.12 La sentencia.....	21
2.2.13 Sala Penal Permanente de la corte suprema de justicia.....	21
2.2.14 Competencia.....	22
2.2.15 Estructura.....	22
2.2.16 La Corte Suprema: el máximo tribunal del Poder Judicial .....	23
2.2.17 Recurso de Nulidad .....	23
2.2.17.4 Efectos del recurso de nulidad.....	25
2.2.18 El recurso de casación.....	26
2.2.19 Razones para interponer un recurso de casación.....	26
2.2.20 Fundamentos .....	27
2.2.22 Características del recurso de casación. ....	27
2.2.23 Requisitos .....	28
2.2.24 Facultad para interponer recurso .....	28
2.2.25 Plazo para interponer .....	28
2.2.26 Procedimiento .....	28
2.2.28 Fines .....	29
2.2.29 Características .....	30
2.2.32 Medios impugnatorios .....	30
2.2.33 El delito de peculado.....	31
2.2.33 Sujetos del delito .....	33
2.2.34 El sujeto pasivo.....	34
2.2.35 Bien jurídico tutelado.....	35
2.2.37 Consumación.....	37
2.2.38 Tipos de peculado.....	38

2.2.39 La Administración publica .....	39
2.2.40 Funciones de la Administración Pública .....	40
2.2.41 El funcionario publico .....	40
2.2.42.1 La teoría de infracción de deber de Claus Roxin.....	41
2.2.41.2 Teoría del dominio del hecho en el delito de peculado.....	42
2.3. Hipótesis.....	44
III. METODOLOGIA .....	45
3.1 Nivel, tipo y diseño de investigación. ....	45
3.2 Población y muestra .....	47
3.3 Variables.....	48
3.4 Técnica e instrumentos de recolección de información .....	49
3.5. Método de análisis de datos .....	50
3.6 Aspectos éticos .....	51
IV. RESULTADOS .....	52
V. DISCUSIÓN.....	60
VI. CONCLUSIONES .....	69
VII. RECOMENDACIONES.....	71
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	73
ANEXOS .....	77
Anexo 01 Matriz de consistencia .....	78
Anexo 02 Objeto de estudio.....	79
Anexo 03 Ficha o Guía de observación.....	95
Anexo 04 declaración de compromiso ético.....	96



## LISTA DE TABLAS

1.- Tabla de resultados .....	57
2.- Matriz de consistencia.....	76

## RESUMEN

Esta investigación tuvo como problema: ¿Cuál es la problemática jurídica del sujeto activo en el delito de peculado; recurso de nulidad N° 615-2015- Lima,2023? El objetivo fue determinar la problemática jurídica del sujeto activo en el delito de peculado; recurso de nulidad N° 615-2015- Lima, 2023. La metodología aplicada es de tipo cualitativa, nivel descriptivo, diseño no experimental, retrospectivo y transversal. La unidad de análisis fue la casación seleccionado mediante muestreo por conveniencia, para recolectar los datos se utilizaron las técnicas de la observación y el análisis de contenido, y como instrumento cuadro de resultados, validada mediante juicio de expertos. Los resultados revelaron que los hechos que dieron inicio a la controversia, la pretensión recursal, las razones fundamentales, las razones complementarias, y la decisión adoptada en el recurso de nulidad, contrasta con un criterio doctrinario y bajo la normativa. Se concluyó, que los hechos que dieron inicio a la controversia, la pretensión recursal, las razones fundamentales, las razones complementarias, la decisión adoptada, que sustentan la decisión adoptada del recurso de nulidad en estudio cumple la normativa y la interpretación doctrinaria correcta.

**Palabras clave:** casación, nulidad, peculado, sentencia.

## ABSTRACTS

This investigation had as a problem: What is the legal problem of the active subject in the crime of embezzlement; appeal for annulment No. 615-2015- Lima, 2023?. The objective was to determine the legal problems of the active subject in the crime of embezzlement; appeal for nullity No. 615-2015- Lima, 2023. The applied methodology is qualitative, descriptive exploratory level, non-experimental, retrospective and cross-sectional design. The unit of analysis was the matching selected by means of convenience sampling, to collect the data the techniques of observation and content analysis were used, and as an instrument the results table, validated by expert judgment. The results revealed that the facts that gave rise to the controversy, the appeal claim, the fundamental reasons, the complementary reasons, and the decision adopted in the appeal for annulment, contrast with a doctrinal criterion and under the regulations. It was concluded that the facts that gave rise to the controversy, the appeal claim, the fundamental reasons, the complementary reasons, the decision adopted, which support the decision adopted of the appeal for annulment under study complies with the regulations and the correct doctrinal interpretation.

**Keywords:** cassation, annulment, embezzlement, sentence.

## I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

### 1.1. Descripción del Problema

El poder judicial es uno de los poderes del estado peruano, encargado de la administración de justicia mediante la resolución de controversias, todo ello en busca de garantizar el orden social y el estado de derecho, velando por los intereses de los particulares, esto en cuanto a la protección de los bienes patrimoniales y no patrimoniales, emitiendo una decisión luego de haber realizado los actos de investigación correspondientes; la población peruana ha manifestado su disconformidad ante las mismas, viéndose en desprotección y vulnerabilidad, hecho que ha causado una gran crisis social, donde el ciudadano ya no confía en el sistema de justicia.

El delito de peculado es un fenómeno, donde vemos casos con frecuencia en la mayoría de países que se ven afectados con estas conductas, la conducta de hacer un mal uso de los bienes públicos del estado que administran o desarrollan en razón de su cargo así lo describe:

Lozada (2018) Comenta en su estudio sobre el concepto y aplicación de la sana crítica en las sentencias por delitos funcionariales nos menciona que el objetivo de ella fue la capacidad de analizar los diferentes conceptos y aplicaciones de la sana crítica en diferentes sentencias cometidos por funcionarios públicos como sujetos activos, y las trabas en su imputación sea del tipo objetivo o subjetivo que llegó a infraccionar su deber, llegando a la conclusión de formar un concepto sobre el tema estudiado que viene a ser la sana crítica, en la cual se detalla de cómo está compuesto sus características y sus elementos.

Noticias (2015) Frente a los delitos contra la administración pública, no solo basta con entregar una pena, sino que, además, en ciertas ocasiones y bajo ciertos tipos de modalidades es necesario el pago de una reparación civil. En el caso de Perú, existen muchos casos sobre delitos contra la administración pública y la asignación de reparaciones, tal y como es el caso del ex

presidente regional de Huancavelica. G A, que en 2015 fue condenado a dos años de prisión suspendida y al pago de una reparación civil de S/. 1.000 por el delito contra la administración pública, en la modalidad de peculado doloso por apropiación. En uno de estos, firmado en el 2006, la entidad regional transfirió S/. 3'487.308 a su comuna para ejecutar el proyecto Construcción de la Carretera San Juan de Villa Rica II Etapa. Sin embargo, la gestión de Á O solo rindió cuentas de S/. 2'199.970.

En cuanto a la variable el delito de peculado del Art. 387° CP constituye un delito especial, en la medida que exige en el autor la concurrencia de una cualidad especial (funcionario público) que le otorga una especial situación de acceso o capacidad de afectación del bien jurídico desde dentro de la propia organización estatal. El fundamento de la punición de este delito, entonces, se relaciona con el dominio que tiene el funcionario sobre la situación de vulnerabilidad del patrimonio público que gestiona por razón de su cargo.

La defensoría del pueblo peruano (2018) en el estudio que realizó sobre la corrupción en el periodo 2016 -2018, en ello toma importancia el delito de peculado es el más recurrente en el país, siendo el porcentaje de 34% de los 40 759 casos reportados en el 2018. Lima y cusco son los que siguen en el Rankin a nivel nacional, y así los departamentos de Áncash, Loreto y cusco son los departamentos que mayor incremento porcentual, este delito consiste en apropiar o utilizar bienes o dinero del estado aprovechando el cargo que ejerce.

Ministerio público (2020), por medio de las fiscalías que son especializadas en delitos de corrupción de funcionarios (FECOF) tomo a su cargo un total de 1893 denuncias motivo de presuntos hechos de corrupción Cometidos por funcionarios públicos, desde el inicio del estado de emergencia por el Covid – 19. Este informe precisa, del total de denuncias registradas, 1074 están referidas a irregularidades cometidas por municipalidades provinciales y distritales a nivel

nacional y así en cada posible rubro o acción que presuma rastros para castigar el delito de peculado doloso con esta intención de perjudicar la correcta administración pública en especial de Ayacucho.

La administración pública es tanto discernible debido a que es tratada como un estado de derecho refiere de acuerdo a sus fines de prestaciones o servicios, esto conlleva a que esta administración se defina como un conjunto complejo donde interactúan los medios humanos y materiales que conllevan al logro de los fines que tiene el estado, es conocido en los delitos contra la administración pública protege o tutela los bienes de naturaleza jurídica estatal, donde debe darse el ejercicio correcto de la administración pública y al no ser así reprime penalmente este delito. En la esfera de la administración pública no se tutelan los órganos administrados, si no la función pública donde el administrado va a ella para dar trámite a sus problemáticas con el objeto de que se solucione sus inquietudes o necesidades que termina siendo aprovechada por el funcionario o servidor público.

Por ello es necesario el análisis debido a cuál es el límite del funcionario y si estaba correctamente sentenciado y cuáles fueron las posturas tomadas en cuenta para el desarrollo de esta asignatura.

## **1.2. Formulación del problema**

¿Qué características presenta la problemática jurídica del sujeto activo en el delito de peculado a las luces del recurso de Nulidad N° 615-2015- Lima – 2023?

## **1.3. Justificación de la investigación**

La presente investigación se realizó por la necesidad de ampliar el conocimiento en cuanto al delito de peculado ya que es el que más se comete en el país, dándose dentro de la administración pública, ello contrasta con la definición de Rojas (2016), menciona que el delito de peculado

constituye el rubro o capítulo jurídico penal que da nombre al nomen iuris, poseyendo una autonomía conceptual y jurídica con relación a la malversación, frente a la cual incluso observa un mayor grado de ilicitud e irreprochabilidad. Partiendo de esta premisa se configura el peculado como el delito más cometido dentro de la administración pública en Perú, y esta se da por quienes deberían de cuidar, custodiar los bienes del estado. Y en cambio corrompen la confianza que se ha depositado en el cargo que representan.

La investigación se realizó por qué este caso se ha tomado como uno emblemático al ser el imputado un ex mandatario de la nación, y lo que involucra actos de corrupción por lo cual es de materia judicial conocer las características que ha desarrollado el delito para que haya logrado la resolución de este conflicto jurídico ya que no hay una delimitación concreta a donde llegan las atribuciones y responsabilidades de un presidente como primer funcionario dentro de la nación.

La investigación se realizó para que nos permita conocer a profundidad la normatividad y la doctrina sobre el delito de peculado, su tratamiento penal y la doctrina internacional y nacional bajo, ello para conocer la efectividad que tienen las sanciones en este delito o si no ha mellado, más por el contrario siguen aumentando estos casos como puede comprobarse a través de las estadísticas y las denuncias presentadas.

La utilidad de esta investigación radica en que será un beneficio para los estudiantes del área jurídica y la sociedad en si misma ya que el que necesite una orientación un punto de vista diferente, que pueda necesitar en su vida académica una guía o precedente del tema para una futura evaluación del mismo tema, para lo cual pueda aportar para tomar en cuenta para ser guía del tema.

#### **1.4. Objetivo General**

¿Determinar la problemática jurídica del sujeto activo en el delito de peculado a las luces del recurso de Nulidad N° 615-2015- Lima – 2023?

#### **1.5. Objetivos Específicos**

- Identificar los hechos que dieron inicio a la controversia
- Identificar la pretensión recursal en la resolución en estudio
- Describir las razones fundamentales que sustentan la decisión adoptada en la resolución en estudio
- Describir las razones complementarias que sustentan la decisión adoptada en la resolución en estudio.
- Identificar y explicar la decisión adoptada en la resolución en estudio.



## II. MARCO TEÓRICO

### 2.1 Antecedentes

#### 2.1.1 Antecedente Internacionales

Santamaría (2019) en su investigación de maestría de universidad técnica de Ambato Ecuador elaboro la investigación titulada: “el poder punitivo del Estado y con ello la proporcionalidad de las sanciones respecto del delito de peculado”. Tuvo como objetivo fue determinar el poder punitivo del estado en la proporcionalidad de las sanciones del peculado. La metodología utilizada fue mixta, Los datos fueron recolectados la investigación bibliográfica de diferentes autores con la técnica del fichaje y la ficha bibliográfica como instrumento. Se trata de un estudio de tipo cualitativo ya que no hubo experimentación de la variable, Los resultados revelaron que se debe cambiar por parte del Estado su forma de ejercer el poder punitivo, que la mayoría de las personas conocen lo que es el poder punitivo del Estado y que la proporcionalidad de la pena no se aplica correctamente. (p.64) Concluye que el delito de Peculado es un delito conexo y atentado contra la naturaleza del Estado es en sí mismo un problema difícil. Y formuló las siguientes conclusiones el peculado en nuestro derecho penal comprende tanto las acciones como las omisiones, y expresiones de voluntad y que acarrear consecuencias.

Zambrano (2022) en su artículo de investigación realizada en Ecuador por el magister Titulada: “Impunidad del delito de peculado en la administración pública ecuatoriana. Revisión a la normativa establecida en la Constitución de 2008” cuyo objetivo fue analizar la realidad ecuatoriana en relación al peculado. La metodología utilizada fue mixta, Los datos fueron recolectados la investigación bibliográfica de diferentes autores con la técnica del fichaje y la ficha bibliográfica como instrumento. Se trata de un estudio de tipo cualitativo ya que no hubo experimentación de la variable, Los resultados revelaron que la falta de voluntad y honestidad política y judicial ejercida por los sujetos activos del ilícito de peculado han si los principales

obstáculos que tiene el sistema de justicia al momento de establecer las sanciones ante dicha acción (p. 8) y concluyó que la normativa de Ecuador ha sido vulnerada en muchas circunstancias, mediante la institucionalidad de la impunidad del delito de peculado que hay en los procesos administrativos públicos, en donde claramente se ve burlada la ley en cada ocasión en que no se le encuentre culpa a los funcionarios públicos que utilizan de mala forma los bienes del Estado, reconociendo que en Ecuador hace falta una herramienta jurídica que sea más eficaz y de normativas más fuertes que guarden relación con los sistemas de control del delito de peculado, para que se pueda contrarrestar este tipo de delitos que perjudican al gobierno.

Quiroz & Zambrano (2022) en su investigación para grado realizado en Ecuador titulado “Peculado un delito en contra de la Administración Pública en el Ecuador” el objetivo se determinó estudiar los aspectos más relevantes de este delito dentro de la historia y sus principales características como los elementos del tipo penal, entre otros, así también un breve análisis de lo que ha sido el peculado en el Ecuador mediante distintos casos y cómo lo tipifica la normativa, La metodología utilizada fue mixta, Los datos fueron recolectados la investigación bibliográfica de diferentes autores con la técnica del fichaje y la ficha bibliográfica como instrumento. Se trata de un estudio de tipo cualitativo ya que no hubo experimentación de la variable, Los resultados revelaron que el delito se guía bajo la doctrina de Roxin y su evolución es continua, los cuales nos llevaron a la conclusión de que el delito de peculado ha persistido en la historia, y se ha mantenido hasta la actualidad creando un significativo incremento en los últimos años en el Ecuador.

### **2.1.2 Antecedentes Locales o regionales**

Salinas (2020) en su investigación de doctorado en la UNMSM Perú, Titulado: “La teoría de infracción de deber como fundamento de la autoría y participación en los delitos funcionariales”, el objetivo fue determinar la teoría jurídico penal que permita identificar objetivamente la autoría y la participación en los delitos funcionariales en los que intervienen

varios sujetos (p.5). La metodología fue cualitativa los datos fueron recolectados a través de las fichas de resumen, la técnica fue el fichaje y el instrumento para recolectar los datos para el estudio, se trata de un estudio de tipo cualitativo ya que no hubo experimentación de la variable. Los resultados revelaron que la dogmática de la teoría de la infracción del deber trae más beneficios en la aplicación en el ámbito nacional (p.5) y concluye que la teoría más adecuada es la de infracción de deber de Claus Roxin; sin embargo, la jurisprudencia nacional no ha manejado con propiedad sus aspectos dogmáticos, pues utiliza indistintamente los criterios planteados por Claus Roxin, Gunter Jakobs y por Bernd Schünemann. Precisamente, aquí reside el aporte, porque la citada tesis demuestra la necesidad de normativizar el supuesto de hecho del delito de peculado con el fin de alcanzar una coherencia dogmática en la configuración del injusto penal.

Lozada (2018) elaboro el estudio de investigación para doctorado en Perú titulado, “el delito de peculado en la administración pública”, el objetivo fue llevar a cabo un análisis teórico y jurídico del delito de peculado en la administración pública. La metodología empleada fue cualitativa los datos fueron recolectados a través de la técnica del fichaje y el instrumento es la ficha de resumen, esto se usó para recolectar los datos para el estudio, se trata de un estudio de tipo cualitativo ya que no hubo experimentación de la variable. Los resultados revelaron que el delito de peculado en la administración pública, guarda relación significativamente con la pena establecida en la Legislación Penal Peruana. (p. 68) concluyo que si hay una coherencia doctrinaria y normativa en el delito de peculado y que guarda relación significativamente con la pena establecida en la Legislación Penal Peruana.

Yánac (2019), en su investigación presentada para el grado de abogado en 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”. Esta investigación tuvo como objetivo “analizar, identificar similitudes y diferencias entre los diversos conceptos planteados por la doctrina y la jurisprudencia a 30 nivel nacional” (p.3), La metodología fue cualitativa los datos fueron recolectados a través de la técnica del fichaje y el instrumento es la ficha de resumen, esto se usó para recolectar los datos para el estudio, se trata de un estudio de tipo cualitativo ya que no hubo experimentación de la variable. Los resultados revelaron que la acción típica de omitir ya sea por descuido o voluntariamente la rendición de viáticos no configura el delito de peculado ya que la situación, la naturaleza y otros aspectos más son diferentes con respecto al delito de peculado y concluye “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.

## **2.2 Bases teóricas**

### **2.2.1 La Acción Penal**

Una parte primordial para ejercer la acción de inicio del proceso penal es la acción penal de acuerdo a lo descrito, este es el poder jurídico, mediante cuyo ejercicio que inicia, a través de una noticia criminal y que pide la apertura del proceso penal, se tiene estas consideraciones para poder establecer el ejercicio de función.

NCPP (2004) Se apertura con la noticia criminal hecho que configura el inicio de la acción teniendo como garante del proceso al estado a través del órgano judicial. Bajo esta concepción y basándonos en la Ley podemos decir que: Artículo 1°.- Acción penal La acción penal es pública.

1. Su ejercicio en los delitos de persecución pública, corresponde al Ministerio Público. La ejercerá de oficio, a instancia del agraviado por el delito o por cualquier persona, natural o jurídica. 2. En los delitos de persecución privada corresponde ejercerla al directamente ofendido por el delito ante el órgano jurisdiccional competente. Se necesita la presentación de querrela. 3. En los delitos que requieren la previa instancia del directamente ofendido por el delito, el ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público está condicionado a la denuncia de la persona autorizada para hacerlo 4. Cuando corresponde la previa autorización del Congreso o de otro órgano público para el ejercicio de la acción penal, se observará el procedimiento previsto por la Ley para dejar expedita la promoción de la acción penal.

### **2.2.2 El Ius Puniendi En El Derecho Penal**

El Ius Puniendi estudia los límites a la potestad punitiva del Estado previstos en el Anteproyecto de Código penal peruano.

Los límites materiales al ius puniendi que, a su juicio, se instauran como controles del poder punitivo, lo cual es correcto, en este sentido se aprecia como es ius puniendi un argumento que

es efectivo en el poder punitivo del estado. Estos límites están contenidos en el principio de dignidad de la persona humana, el principio de igualdad material ante la ley penal, el principio de proporcionalidad, el principio de teleología de las sanciones penales, entre otros. Luego, el estudio se centra en los límites formales, considerados como tales por referirse a la manera de cómo se ejerce la actividad punitiva, con sus presupuestos y condiciones. En este lugar se ubican los siguientes principios: legalidad, taxatividad, prohibición de extra actividad, prohibición de analogía, debido proceso penal, acceso al juez natural y prohibición de doble incriminación. San Martín (2020).

### **2.2.3 El Proceso Penal.**

El proceso penal tiene varias acepciones entre las cuales las más destacadas tenemos la de Gimeno (2015), quien manifiesta que el proceso penal, se rige, pues, en un instrumento neutro de la Jurisdicción, cuya finalidad consiste tanto en aplicar el ius puniendi del Estado, como en declarar e incluso reestablecer puntualmente el derecho a la libertad del imputado, en tanto es valor superior y fundamental que se expresa en la Constitución. El proceso penal es un conjunto de procesos y procedimientos donde se evalúa la culpabilidad o inocencia.

Peña (2020) menciona que es importante tomar en cuenta que el sistema acusatorio tiene como fundamento el respeto de los derechos fundamentales; el mismo que debe transitar durante todo el proceso. No en vano se ha dicho que al estar constitucionalizado todo el ordenamiento procesal, se llega a la lógica consecuencia que debe estar orientado a la Constitución, por ello toda interpretación que sobre el derecho procesal penal se haga debe estar orientado a la Constitución.

### **2.2.4 Clases de Procesos Penales**

Según el código penal (1991) refiere que se basa en dos procesos los cuales son

a) El proceso penal común: La nueva legislación penal adjetiva, en lo referente a su tramitación

distingue dos tipos de proceso: común y especial. Por lo general, casi todos los delitos catalogados en el Código Penal, se desarrollan por el proceso común sin embargo otros hechos punibles y por otras razones se identifican dentro de un proceso especial, pero siguiendo la organización básica del primero.

b) Los procesos especiales: Estos permiten evitar que la causa llegue al juzgamiento, reduciendo las etapas del proceso y su duración, con ello se busca la celeridad en la administración de justicia, incluyendo algunos beneficios para las partes sobre todo para el imputado, asimismo se presentan para casos especiales, dada a las características del imputado (altos funcionarios o inimputables) o por hechos punibles de connotación leve (faltas) o de acción privada.

### **2.2.5 La prueba**

En este contexto, la prueba es un elemento vital para la consecución de la verdad y esto hace que sea importantísima para descubrir lo real.

Taruffo (2002) menciona que se acostumbra a decir que la función de la prueba es la de ofrecer al juez elementos para establecer si un determinado enunciado, relativo a un hecho, es verdadero o falso. A su vez, se dice que un enunciado fáctico es verdadero si está confirmado por pruebas y es falso si las pruebas disponibles confirman su falsedad; y no está probado si en el proceso no se adquirieron pruebas suficientes para demostrar su verdad o falsedad. Esto se da en función de cuál de estas posibilidades se dé, el juez decidirá de uno u otro modo y extraerá consecuencias jurídicas.

Según el NCPP (2004) Es preciso indicar que las pruebas son ofrecidas por el Ministerio Público o los demás sujetos procesales. Y será el juez quien decidirá su admisión, siendo imprescindible para ello la emisión de un auto especialmente motivado, pudiendo excluir las que no sean pertinentes y prohibidas por la Ley, además de limitar los medios de prueba cuando

resulten manifiestamente sobreabundantes o de imposible consecución, ello en aplicación del artículo 155.2 del NCPP.

### **2.2.6 El objeto de la prueba**

El objeto de la prueba es aquello susceptible de ser probado, la prueba puede o debe recaer en hechos o situaciones sobre la existencia del hecho delictuoso y su calificación, a la individualización de los autores, las circunstancias de la comisión del delito, su responsabilidad penal y su responsabilidad civil en el daño causado. El objeto de la prueba los medios de prueba presentados por las partes radican en que su sola presentación supone lograr un convencimiento en el juez acerca de la existencia o inexistencia de determinados hechos controvertidos que han sido previamente sometidos a su conocimiento, de manera que al dictarse el fallo respectivo sean declarados con lugar o bien descartados conforme los resultados desprendidos del diligenciamiento de la prueba. Esto indica que la prueba tiene que tener un valor probatorio alto para que pueda haber una buena decisión el final del proceso. En conclusión, el objeto de la prueba es probar o aseverar las distintas teorías o imputaciones. Taruffo (2002).

### **2.2.7 Medios de prueba**

**a) La confesión:** es un medio probatorio si concurren con otros requisitos según:

Taruffo (2002) menciona: La confesión del inculgado deberá también estar sometido a un control judicial efectivo. Esto es lo que exigen prácticamente todas las relaciones provenientes de países con sistema inquisitivo, donde el Tribunal debe buscar la verdad objetiva también en la confesión. Esto quiere decir que la confesión debe estar acompañado de otras pruebas y no solo contentarse con la confesión del imputado el NCPP esto señala que las confesiones no son medios probatorios sino, cuando concurren los siguientes.



**b) El Testimonio:** Estos son los segundos medios probatorios establecidos en el nuevo C.P.P, deriva a la persona física, nunca jurídica, tercero ajeno a los hechos, que presta una declaración de conocimiento acerca de aquellos elementos objeto de investigación o enjuiciamiento. Estas terceras personas tienen que conocer los hechos objeto de prueba y poseer ciertas cualidades.

Esta cualidad está señalada en el Art 162° del N C P P 2004 en este principio establece que todas las personas en principios hábiles para que presenten su testimonio. El art 166° del Nuevo Código Procesal Penal. Esto establece características de las declaraciones de testigos. Este tiene que señalar los momentos lugares. De acuerdo a esto se vislumbra que en sentido estricto y una en sentido amplio: en la primera, el testimonio es un medio de prueba que consiste en la declaración representativa que una persona que no es parte en el proceso en que se aduce y lo hace a un juez con fines procesales, sobre lo que sabe con respecto a un hecho de cualquier naturaleza. En sentido amplio, es testimonio también esa declaración, cuando proviene de quien es parte en el proceso en que se aduce como prueba, siempre que no perjudique su situación jurídica en ese proceso, porque entonces sería confesión. NCPP (2004).

**c) La Pericia:**

Es otro medio probatorio que está regulado por el Nuevo Código Procesal Penal es definido:

Según Parra (2000): Es un tercero ajeno al proceso que es llamado al mismo para que aporte una declaración de ciencia, que nos de conocimiento sobre los hechos - los cuales no ha conocido directamente por no ser testigo acerca de materias propias de su oficio, arte o profesión. Esto está regulado y establece que procede la prueba para la mejor explicación y comprensión de un hecho, esto requiere un conocimiento especializado de naturaleza técnica científica y artística. Esto es encomendada en laboratorios criminalísticos de la policía nacional, asimismo a la medicina estos

presentan su auxilio gratuitamente, etc.

**d) El Careo:** Conocido como la confrontación, el careo ya data de bastante uso

Según el Art. 183 del NCPP es un medio de prueba que procede cuando entre lo declarado por el imputado y lo declarado por otro imputado, testigo o el agraviado surjan contradicciones importantes, cuyo esclarecimiento requiera oír a ambos. Dicho así, sé procede el careo entre agraviados o entre testigos o éstos con los primeros. Más no procede el careo entre el imputado y la víctima menor de catorce años de edad, salvo que quien lo represente o su defensa lo solicite expresamente. Cuando entre lo declarado por el imputado y lo declarado por otro imputado, testigo o el agraviado surjan contradicciones importantes, cuyo esclarecimiento requiera oír a ambos, se realizará el careo. De igual manera procede el careo entre agraviados o entre testigos o éstos con los primeros. No procede el careo entre el imputado y la víctima menor de catorce años de edad, salvo que quien lo represente o su defensa lo solicite expresamente.

**e) La Prueba Documental:** También se define como todo tipo de prueba que pueda ser documentada según Taruffo (2002) define como: Toda representación realizada por cualquier medio - escrito, hablado, visionado, etc., de la realidad y que preexiste al proceso y es independiente de él, de manera que se aporta al mismo con fines esencialmente probatorios.

Esta prueba no tiene en materia penal la relevancia que si tiene en donde es denominada la prueba reina; en cambio en el proceso penal, los delitos se cometen buscando desde un principio impunidad, por lo que la acción punible está documentada de cualquier forma.

### **2.2.8 La valoración de la prueba**

Respectos a la valoración de pruebas no están consignadas entre los preceptos generales de las pruebas, pero si se lo acoge en el artículo 158° del NCPP que señala: En la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia y

expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados, de esta manera se adopta el sistema de libre valoración de la prueba, pero con restricciones.

Según San Martín (2020) la valoración de la prueba, deviene importante establecer cuál es el objetivo de esa correcta valoración, el fin de ese ejercicio mental que hace el tribunal o el juez, cuando se le presentan todos los elementos de prueba, los cuales son diligenciados en su presencia. También, el juez debe circunscribirse a determinar la responsabilidad penal y aplicar la pena a un imputado a partir de la valoración de los elementos de convicción con que cuenta.

Generalmente sobre la valoración de las pruebas se registra dos modelos principales de la teoría de la prueba que indican cómo debe razonar el juez cuando valora las pruebas. El primer modelo es el de la teoría legal y el segundo el de la teoría de la libre valoración (íntima convicción del juez). La teoría legal se cifra en las disposiciones procesales que prescriben las reglas para valorar las pruebas. Estas reglas aparecen pues consignadas en los textos legislativos. Los Jueces apreciarán libremente la prueba, pero conforme a las reglas de la lógica la experiencia y la crítica o debida razonabilidad. El Juez deberá observar: - Reglas de la lógica, - La ciencia - Máximas de la experiencia. Gimeno (2015).

### **2.2.9 El Proceso Penal Común Peruano**

El proceso común, que está establecido en el Código Penal (2004) se encuentra organizado de manera secuencial en las siguientes etapas: Investigación preparatoria (incluye diligencias preliminares), la etapa intermedia o el control de acusación y el enjuiciamiento o juicio oral.

### **2.2.10 Secuencia De Las Etapas Proceso Común Penal Peruano**

#### **I.- Etapa De La Investigación Preparatoria**

Según el NCPP (2004) En cuanto a las diligencias preliminares Debe evitarse el error de considerar que las diligencias preliminares tienen que agotar todos los extremos de la

investigación, pues, al regirse por el principio de tiempo que pasa, verdad que huye. a) Recepción de la denuncia b) Diligencias preliminares en el plazo de 20 días, salvo casos de detención. Concluidas ellas, el Fiscal opta por una de las siguientes alternativas: Si considera que los hechos no constituyen delito, no es justiciable penalmente, o existen causas de extinción, declara que no hay mérito para formalizar investigación preparatoria y ordena el archivamiento. En este caso el denunciante puede acudir al Fiscal superior. Si el hecho fuese delictuoso y la acción penal no ha prescrito, pero falta la identificación del autor o partícipe, ordenará la intervención de la Policía.

Siguiendo esta línea si hay indicios dispondrá la formalización de la investigación preparatoria. Si considera que existen suficientes elementos que acreditan la comisión del delito y la participación del imputado en su comisión, podrá formular directamente acusación c) Formalización de la investigación preparatoria. d) Diligencias de la investigación preparatoria. El Fiscal puede: 1.- Disponer la concurrencia de quien se encuentre en posibilidad de informar sobre los hechos investigados a Ordenar en caso de inasistencia injustificada su conducción compulsiva 2.- Exigir información de cualquier particular o funcionario público e) Conclusión de la investigación preparatoria. NCPP (2004).

## **II.- Etapa Intermedia**

Según el NCPP (2004) Desde una perspectiva estrictamente formal, la Etapa Intermedia es la fase o período en el que ocurren un conjunto de actuaciones procesales y que se ubica entre la conclusión de la Investigación Preparatoria y la apertura del Juicio Oral. La fase intermedia se basa en la idea de que los juicios son preparados y se debe llegar a ellos luego de una actividad responsable. Así, el nuevo Código establece que, concluida la investigación preparatoria, el Fiscal decidirá: a. Formular acusación, siempre que exista base suficiente para ello b. Sobreseer la causa a.- ¿Qué sucede si el Fiscal decide el Sobreseimiento? El sobreseimiento tiene carácter definitivo

y procede: 1. Si el hecho no se realizó o no puede atribuirse al imputado 2. Si el hecho no es típico o concurre causal de justificación, inculpabilidad o no punibilidad 3. Si la acción penal se ha extinguido 4. Si no hay elementos de convicción suficientes para fundamentar el enjuiciamiento

Conforme al art. 347 del nuevo Código Procesal Penal, ante el requerimiento de sobreseimiento formulado por el Fiscal, el Juez corre traslado a las partes. A fin de que estas puedan formular oposición. b.- ¿Y si el Fiscal formula Acusación? De acuerdo al art. 349 del nuevo Código: la acusación debe ser debidamente motivada y contendrá los datos necesarios, la exposición de hechos, el tipo, la reparación civil y una reseña de los medios de prueba que ofrece. La acusación sólo puede referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de investigación preparatoria Podrá señalar, alternativa o subsidiariamente, las circunstancias de hecho que permitan calificar la conducta de imputado en un tipo penal distinto, Además, deberá indicar las medidas de coerción existentes y, en su caso, solicitar su variación o dictado. La acusación deberá ser notificada a los sujetos procesales, a fin de que puedan ver los criterios a su observancia.

### **El sobreseimiento**

El sobreseimiento libre es la resolución opuesta al auto de enjuiciamiento, reviste forma de auto y pone fin, de forma definitiva, al proceso penal. Es una negación anticipada del derecho de penal del Estado así lo menciona:

Iberico (2017) en relación a lo que se entiende por requerimiento de sobreseimiento lo siguiente: No cabe duda de que el requerimiento fiscal de sobreseimiento es un acto postulatorio, entendido este como un pedido formulado al órgano jurisdiccional, con la finalidad de que este emita un pronunciamiento dentro de los parámetros de lo peticionado, ya sea admitiéndolo o rechazándolo.

Salinas (2020) menciona que El requerimiento de sobreseimiento es entendido como aquella solicitud debidamente fundamentada, la cual es realizada por el fiscal a efectos de que se archive el caso que ha venido investigando.

## **II.- El Juzgamiento**

Conjunto de actos formales ordenados conforme a un sentido lógico, es decir, la presentación de una tesis incriminatoria, luego una antítesis, seguidamente la producción de pruebas y la decisión -síntesis- que manifestará el contenido de una conclusión judicial.

Según el NCPP (2004) esta etapa está comprendida:

A.- Juicio Oral.

B.- Deliberación de la Sentencia.

C.- Impugnación.

### **2.2.11 Los Principios Del Proceso Común**

#### **Principio de oficialidad**

Desde el momento en que la violencia punitiva se convierte en derecho, es decir, a partir de que las agencias burocráticas ejercen en exclusiva el poder criminalizador, es que se reconoce la atribución en exclusiva al estado de perseguir y sancionar el delito.

Ibérico (2017) la activación de la persecución penal deriva de una función de derecho público; en ese sentido, al afirmar que la función penal tiene índole eminentemente pública, la persecución punitiva del estado deriva de un delito debe hacerla valer un órgano público, el cual debe accionar por propia iniciativa, sin necesidad de excitación exterior alguna para el cumplimiento de su deber funcional. El principio de la oficialidad, por tanto, garantiza la persecución penal de los hechos punibles, pues es un interés público que los delitos sean perseguidos, juzgados, y sentenciados, y esta esencial laboral la ejerce en exclusiva el órgano

acusador; él no puede ser conmovido a fin de prevalecer intereses exclusivamente privados, con las excepciones que más adelante serán puestos en relieve.

### **Principio de legalidad**

El principio de la legalidad es un medio racional de lograr seguridad jurídica que evita que el sistema punitivo se desborde creando formas e instrumentos coercitivos que no expresan necesidades finales de los procesos de organización de la persona, sociedad o el estado.

De esta manera Bockenforde (2000) expresa que el principio de legalidad material se constituye en un receptáculo de garantías para el ciudadano, a fin de afianzar las libertades públicas ante los poderes públicos, en otras palabras: garantizar la previsibilidad de la actuación estatal. Sin duda, en el estado de derecho, el poder político es sometido a las máximas de la razón, el estado de derecho es el estado de derecho racional, esto es, el estado que realiza los principios de la razón para la vida común de los hombres, tal y como estaban formulados en la tradición de la teoría del derecho racional. (p.19).

Sin embargo, en un orden democrático de derecho no solo rige el principio de legalidad en su dimensión material, esto es, el aforismo *nullum crimen nula poena sine lege previa*, si no también, coexiste la dimensión procesal.

### **Principio acusatorio**

Ibérico (2017) afirma: Este principio se prohíbe el ejercicio del poder de decidir a quién tiene poder de acusar. Así se establece un sistema de frenos y contrapesos en el ejercicio de las funciones del órgano acusador y decisor del sistema de justicia penal del estado, de modo tal quien ejerza uno de estos poderes encuentre su límite en el ejercicio de otro.

El principio acusatorio implica la configuración y el desenvolvimiento del proceso penal, a través de una clara y delimitada distribución de funciones que se asignan a dos sujetos distintos:

por un lado, la investigación y acusación, ejercida por el Ministerio Público o querellante y, por otro lado, la decisión o juzgamiento desempeñado por el órgano jurisdiccional.

### **Principio de derecho de defensa**

Desde el momento, que recae sobre un individuo una imputación de naturaleza criminal, el derecho de defensa empieza a desplegar indefectiblemente sus efectos operativos, en cuanto, posibilidad del imputado de desvirtuar y refutar el contenido de la imputación delictiva que recae en su contra.

Según Reátegui (2022) la defensa es un presupuesto fundamental del debido proceso, a través del cual se garantiza la dialéctica entre las partes confrontadas en el procedimiento, quienes por su conducta realizan, desarrollan y ejecutan una serie de actos procesales dirigidos, generalmente a resguardar y cautelar los intereses jurídicos del imputado; aunque cabe advertir, que no necesariamente el derecho de defensa supone contradecir la imputación en su contra, pues en algunas veces, haciendo uso de dicho derecho, puede allanarse, aceptando los cargos, confesando su participación en el hecho punible.

#### **2.2.12 La sentencia**

#### **2.2.13 Sala Penal Permanente de la corte suprema de justicia**

Según la Ley Orgánica del Poder Judicial

La Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República es el órgano supremo de deliberación, que debidamente convocado, decide sobre la marcha institucional y sobre todos los asuntos que no sean de exclusiva competencia de otros órganos.

La competencia de la Corte Suprema de Justicia de la República se extiende a todo el territorio de la República, su sede es en la ciudad de Lima y está conformada por 18 Vocales



Supremos Titulares, quienes en Sala Plena eligen al Presidente de la Corte Suprema y al Jefe de la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA) por un periodo de dos años. El trabajo jurisdiccional de la Corte Suprema se distribuye en Salas Especializadas Permanentes y Transitorias de cinco Vocales cada una, presidida por los que designe el Presidente de la Corte Suprema en materia Civil, Penal, y de Derecho Constitucional y Social. La Corte Suprema conoce como órgano de instancia de fallo los siguientes procesos:

Los iniciados en las Cortes Superiores.

Los de materia constitucional. Los originados en la propia Corte Suprema. Los demás que señala la Ley. La función jurisdiccional es incompatible con otras actividades públicas o privadas, con excepción de la docencia universitaria fuera del horario de trabajo.

#### **2.2.14 Competencia**

Según Artículo 34 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Conoce de: Las Resoluciones que se encuentran en el artículo 34° de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Recursos de apelación en procesos sentenciados por la Corte Superior en materia penal y que sean de su competencia. Contendas y transferencias de competencia, conforme a ley.

Recursos de nulidad de las sentencias emitidas en los que se imputan a los funcionarios comprendidos en el artículo 183° de la Constitución, Fiscales y Jueces Superiores, conforme a las disposiciones legales permanentes (artículo 99° de la Constitución Política vigente de 1993).

Extradiciones activas y pasivas. Los demás procesos previstos en la ley

#### **2.2.15 Estructura**

Según la ley orgánica del poder judicial Consta de: Presidente de la sala, Jueces supremos, Secretarios de confianza, Relatoría de la sala suprema, Secretaria de la sala suprema, Mesa única de partes.

### **2.2.16 La Corte Suprema: el máximo tribunal del Poder Judicial**

Según artículo 32 de la Ley Orgánica, La Corte Suprema tiene competencia en todo el territorio peruano. Por tanto, los casos judiciales iniciados en cualquier parte del país pueden llegar a la Suprema para su revisión. De acuerdo con el artículo 32 de la Ley Orgánica, el máximo tribunal judicial recibe y resuelve, principalmente, recursos de casación.

La casación no es lo mismo que una apelación. Mientras la apelación es un recurso impugnatorio o de disconformidad que se interpone ante una sala superior contra la resolución de un juez de primera instancia, la casación es un recurso extraordinario única y exclusivamente atendido por una sala de la Corte Suprema. En este tipo de recursos, los jueces supremos que componen esa Sala deben determinar si es que se vulneró alguna norma durante el proceso culminado en sala superior.

### **2.2.17 Recurso de Nulidad**

El recurso de nulidad, es un medio de impugnación de mayor jerarquía entre los recursos ordinarios que se ejercitan en el procedimiento penal peruano.

Según Garcia (1980): es un medio de impugnación

no suspensivo, parcialmente devolutivo y extensivo que se interpone a efectos de alcanzar la nulidad total o parcial de una decisión penal, la cual se justifica por motivo de derecho material o procesal. Es un recurso extraordinario desde el punto de vista de la clasificación procesal: procede solo contra determinadas sentencias. Sin embargo, es un recurso ordinario en el sentido que la Corte IDH le da a esta expresión. En efecto, y según se indicó más arriba, la Corte entiende que un recurso es ordinario si permite su interposición con anterioridad a que la sentencia provoque el efecto de cosa juzgada. El recurso de nulidad cumple con esta exigencia.

El recurso de nulidad, tiene un doble carácter de casación e instancia, la casación en el

fondo, tiene como efecto que el tribunal supremo después de casar la sentencia recurrida, dicte otra que ponga término a la instrucción con arreglo a derecho, enmendado el error padecido por el tribunal sentenciador, La instancia opera cuando tiene por causa un defecto de procedimiento (forma) y se limita a subsanar este defecto anulando lo actuado con posterioridad y devolviendo la causa al tribunal de origen para que proceda con arreglo a derecho.

El recurso de nulidad según el Nuevo Código Procesal Penal (1991) – Código de procedimientos penales menciona: artículo 292.- Resoluciones recurribles en recursos de nulidad. El recurso de nulidad procede contra: a) las sentencias en los procesos ordinarios; b) los autos expedidos por la Sala Penal Superior en los procesos ordinarios que, en primera instancia, revoquen la condena condicional, la reserva del fallo condenatorio, la pena de multa o las penas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres;

c) los autos definitivos dictados por la Sala Penal Superior que, en primera instancia, extingan la acción o pongan fin al procedimiento o a la instancia;

d) los autos emitidos por la Sala Penal Superior que, en primera instancia, se pronuncien sobre la refundición de penas o la sustitución de la pena por retroactividad benigna, o que limiten el derecho fundamental a la libertad personal; y,

e) las resoluciones expresamente previstas por la ley.

### **2.2.17.1 Efectos del recurso**

Según el NCPP (2004)

Artículo 293.- El recurso de nulidad no impide que se cumpla la sentencia expedida por el Tribunal, salvo lo dispuesto en los artículos 330 y 331.

### **2.2.17.2 Interposición del recurso**

Según el NCPP (2004)

Artículo 294.- El recurso de nulidad se interpone ante el Tribunal Correccional, el que lo admitirá o denegará de plano, según se halle comprendido o no en el Artículo 292 de éste Código.

### **2.2.17.3 Plazo para la interposición**

Según el NCPP (2004)

Artículo 295.- El recurso de nulidad se interpondrá dentro del día siguiente al de la expedición y lectura de la sentencia o de la notificación del auto impugnado salvo lo dispuesto en el artículo 289.

### **2.2.17.3 Trámite del recurso**

Según el NCPP (2004)

Artículo 296.- Admitido el recurso de nulidad, el Tribunal Correccional elevará inmediatamente los autos a la Corte Suprema. No procede la deserción ni el abandono del recurso de nulidad. El recurso de nulidad se resuelve con cuatro votos conformes. Los procesos por delitos comprendidos en el artículo 299 del Código Penal, se resolverán dentro de los quince días de recibidos los autos. No es cierto que el recurso de nulidad solo procede según este artículo, puesto que disposiciones diferentes del código penal o de leyes especiales, pueden también autorizar la interposición del recurso de nulidad.

La ley procesal penal establece que el procesado solo puede interponer el recurso de nulidad en los casos de sentencia condenatoria, pudiendo reservarse este derecho hasta el día siguiente de expedido el fallo, oportunidad en que sólo podrá hacerlo por escrito.

### **2.2.17.4 Efectos del recurso de nulidad**

1.- Efecto devolutivo; admitida el recurso de nulidad la sala elevara inmediatamente los autos a la corte suprema.

2.- Efecto Suspensivo parcial; el recurso de nulidad no impide que se cumpla la sentencia expedida por el tribunal, salvo lo dispuesto en los articulo 330 y 331 (art. 293 del C. de P.P).

Tratándose de sentencias absolutorias, se cumple dando inmediatamente libertad al acusado, se halla detenido, igualmente la sentencia condenatoria se cumplirá inmediatamente aunque se interponga recurso de nulidad.

3.- Efecto Extensivo; la corte suprema, cualquiera que sea la parte que interponga el recurso o la materia que lo determine, puede anular todo el proceso y mandar rehacer la instrucción por el mismo u otro juez instructor declarar solo la nulidad de la sentencia y señalar el tribunal que ha de repetir el juicio.

### **2.2.18 El recurso de casación**

Según Carrión (2003) El recurso de casación es: Un medio impugnativo extraordinario y únicamente articulable por una serie de motivos tasados, que tiene por objeto anular una sentencia judicial que contiene una incorrecta interpretación o aplicación de la ley, o que ha sido dictada en un procedimiento en el que no se han observado los presupuestos rituales.

Según Gimeno (2015) es un medio de impugnación no suspensivo, parcialmente devolutivo y extensivo que se interpone a efectos de alcanzar la nulidad total o parcial de una decisión penal, la cual justifica por el derecho material o procesal.

### **2.2.19 Razones para interponer un recurso de casación**

Según el NCPP (2004) Las causales reguladas a efectos del recurso de casación son las siguientes:

- a) cuando la resolución ha sido expedida con inobservancia de garantías constitucionales de naturaleza procesal o material, o con una indebida o errónea aplicación de dichas garantías; b) cuando la resolución incurre o deriva de una inobservancia de las normas procesales sancionadas con nulidad; c) cuando la resolución contiene una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación; d) cuando la resolución ha sido expedida con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando

el vicio resulte de su propio tenor; y e) cuando la resolución se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o Tribunal Constitucional.

### **2.2.20 Fundamentos**

Según la Constitución Política del Perú (1993) El Art. 139 inciso 3 y 6 de la Constitución Política del Perú, señala como principio y derecho de la función jurisdiccional a la observancia del debido proceso: El recurso de casación, persigue promover y procurar un nuevo examen de la sentencia y autos del tribunal correccional (sala penal) tanto desde el punto de vista de la forma como de fondo. Responde al interés público que toda sentencia del tribunal superior, sea vuelta a examinar por la corte suprema, tanto en la apreciación de los hechos como en la aplicación del derecho tiene facultad para extender los límites de lo contenido en la sentencia con una sola limitación, no puede condenar a quien ha sido absuelto. La amplía cuando aumenta la pena o el monto de la reparación civil; la modifica cuando convierte la condena condicional en pena efectiva o cuando absuelve a quien ha sido condenado o a quien no interpuso recurso de nulidad. Es decir, puede modificar en todo o en parte la sentencia, comprendiendo a quien se conformó con el fallo.

### **2.2.22 Características del recurso de casación**

Según el NCPP (2004); Un recurso de casación se caracteriza principalmente por los siguientes aspectos: Se trata de un recurso de carácter extraordinario (no es una segunda instancia como en el caso del recurso de apelación).

El recurso debe tener interés casacional.

El objetivo de este recurso extraordinario es proteger el interés y la aplicación de la ley. A través de este recurso, el Tribunal Supremo examina la aplicación del derecho que han hecho otros Tribunales inferiores. Tiene efecto suspensivo y devolutivo. Los sujetos legitimados para interponer este recurso es la fiscalía, las partes del proceso, las personas que resulten condenadas

por la sentencia y sus herederos.

### **2.2.23 Requisitos**

Según el NCPP (2004) Las resoluciones judiciales son impugnables sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos por la Ley. a) Los recursos impugnatorios se interponen ante el juez que emitió la resolución recurrida. b) El derecho de impugnación corresponde sólo a quien la Ley se lo confiere expresamente. c) Si la Ley no distingue entre los diversos sujetos procesales, el derecho corresponde a cualquiera de ellos.

### **2.2.24 Facultad para interponer recurso**

Según el NCPP (2004) También denominados motivos casacionales son aquellos que se encuentran establecidos en el art. 429 del CPP y que podemos denominar cada uno de los numerales en un tipo de casación i) constitucional ii) procesal iii) penal material iv) por defecto de motivación y v) jurisprudencial. (*Ibidem*, p. 71)2.2.30 La pretensión recursal.

### **2.2.25 Plazo para interponer**

Según el NCPP (2004) Las partes deberán fundamentar en un plazo de diez días el recurso. En caso de incumplimiento se declarará improcedente el recurso.

### **2.2.26 Procedimiento**

Según el NCPP (2004) Mediante auto, la Sala Suprema decidirá si el recurso está bien concedido y si procede conocer el fondo del asunto. La Sala Suprema expedirá el auto de calificación del recurso de casación dentro del plazo de 20 días y si concede el recurso señalará día y hora para la audiencia de casación con citación de las partes estableciéndose la inadmisibilidad, como sanción procesal en caso de no concurrir la parte que interpuso el recurso. Instalada la audiencia se escuchará a las partes, primero a aquella que ha recurrido y luego a la otra parte, incluso se escuchará al imputado, si asiste, luego de lo cual se suspende a fin de que la Sala Suprema resuelva

y dicte sentencia de casación en el plazo de veinte días, y para ello se requieren cuatro votos conformes.

Según del NCPP (2004)

Criterio cualitativo, El numeral 1 del art. 427 del CPP establece que la casación ordinaria procede contra las siguientes resoluciones: i) sentencias de salas superiores; ii) autos de sobreseimiento conocidos por salas superiores; iii) autos ponen fin la procedimiento por defecto procesal insubsanable; iv) autos que reconocen la extinción de la acción penal (art. 78 del Código Penal) y; v) autos que denieguen: la extinción de la acción penal(art. 78 CP), la conmutación de pena (reemplazo de pena privativa de libertad por otra menos gravosa o la reducción de su tiempo), la reserva de fallo condenatorio (art. 62 CP), la suspensión de la ejecución de pena (art. 57 CP).

Criterio cuantitativo, Para que sea admisible la casación en vía ordinaria no solo basta con verificar la resolución correcta contra la que procede, ya que si la pena en la condena impuesta no alcanza el criterio cuantitativo de más de 6 años, no podrá ser conocido en esta vía ordinaria y será inadmisibile. En caso de medida de seguridad, solo es casacionable la pena de internación.

Asimismo, si el monto de la reparación civil señalada en la resolución que se pretende casar no alcanza el criterio cuantitativo de más de 50 URP, será declarada inadmisibile. Sin embargo, sin perjuicio del monto señalado, si resulta que este monto no puede ser determinado sí corresponderá su casación. Bernal (2015).

### **2.2.28 Fines**

Según el NCPP (2004) El recurso de casación, persigue su finalidad es conservar la unidad de criterio jurisprudencial, preservar la seguridad jurídica y enmendar el criterio errado del juzgador que podría ser replicado por otro en algún caso similar. De esta manera, se satisface el interés casacional, entendido como aquello que trasciende al interés de las partes y, por ello, la



casación no es una tercera instancia, sino un recurso excepcional.

### **2.2.29 Características**

Según el NCPP (2004) Es el instrumento legal puesto a disposición de las partes destinado a atacar una resolución judicial, para provocar su reforma o su anulación o declaración de nulidad. Su presupuesto es siempre una resolución judicial; sólo los actos de decisión a cargo del Tribunal son pasibles de impugnación por esta vía.

Peña (2020) El recurso es un medio impugnativo por el cual la parte que se considera agraviada por una resolución judicial que estima injusta o ilegal, la ataca para provocar su eliminación o un nuevo examen de la cuestión resuelta y obtener otro pronunciamiento que le sea favorable, la impugnación tiene un directo amparo constitucional en el artículo 139°. 6 de Ley Fundamental, que garantiza la pluralidad de la instancia como tal, es de configuración legal: para su ejercicio no basta con la invocación al citado artículo constitucional, se precisa que el legislador lo haya desarrollado legalmente.

### **2.2.32 Medios impugnatorios**

Las resoluciones son impugnables: sólo por los medios y en los casos expresamente previstos por la ley. El derecho de impugnación corresponde sólo a quien la ley se lo confiere expresamente. Si la ley no distingue entre los diversos sujetos procesales, el derecho corresponde a cualquiera de ellos. Los sujetos procesales, cuando tengan derecho a recurrir, podrán adherirse, antes que el expediente se eleve al Juez que corresponda, al medio de impugnación interpuesto por cualquiera de ellos, siempre que cumpla con las formalidades de su interposición.

Cubas (1997) menciona en su libro el proceso penal anota: “es una institución en la cual el sujeto procesal o actor civil o el ministerio publico manifiesta su discordancia con resolución judicial”. (p.354).

Según San Martín (2020) Los recursos interpuestos por él sin mandato expreso de su patrocinado. Para la admisión del medio de impugnación se requiere que sea interpuesto por quien resulte agraviado por la resolución, tenga interés legítimo y se halle facultado para ello. El Ministerio Público puede recurrir incluso a favor del imputado. Además, debe ser interpuesto por escrito y en el plazo previsto por la Ley, o en forma oral, cuando se trata de resoluciones expedidas en el curso de una audiencia. El impugnante deberá precisar los puntos de la resolución que deben ser revisados. El Juez que emitió la resolución impugnada, se pronunciará sobre la admisión del recurso y notificará su decisión a todas las partes, para luego elevar el expediente al órgano jurisdiccional revisor.

En esa misma línea de ideas, se tiene que derecho de defensa se ejerce, a medida que medie una posibilidad de hacer uso de los recursos impugnatorios, para evitar el consentimiento de la decisión adoptada por el Juez en un proceso, donde sea evidente la presencia de vicios procesales. Los ciudadanos deben tomar conciencia que vivimos en una sociedad con arbitrariedades, y deben asumir con responsabilidad para que estos no afecten el ejercicio de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, de lo contrario la tarea de la administración de justicia no mejorará Gimeno (2015).

### **2.2.33 El delito de peculado**

Según el Código Penal (1991) describe el Peculado doloso y culposo, se describe en el código penal: Artículo 387.- El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años. Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor

de doce años. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años. Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años.

Una cuestión fundamental de determinar el delito es ubicar al funcionario como fuente primaria del delito: el delito de peculado del Art. 387° CP constituye un delito especial, en la medida que exige en el autor la concurrencia de una cualidad especial (funcionario público) que le otorga una especial situación de acceso o capacidad de afectación del bien jurídico desde dentro de la propia organización estatal. El fundamento de la punición de este delito, entonces, se relaciona con el dominio que tiene el funcionario sobre la situación de vulnerabilidad del patrimonio público que gestiona por razón de su cargo. En este sentido aclara la función de deber del funcionario. Abanto (2007).

Según Rojas (2016), constituye el rubro o capítulo jurídico penal que da nombre al nomen iuris, poseyendo una autonomía conceptual y jurídica con relación a la malversación, frente a la cual incluso observa un mayor grado de ilicitud y irreprochabilidad.

Salinas (2020) Considera que el delito de peculado es un delito pluriofensivo, toda vez que aparte de proteger el recto funcionamiento de la administración pública en general, de modo específico busca proteger el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cumplimiento de su deber encomendado en razón del cargo que desempeñan, por lo que solo

se verá afectado el bien jurídico cuando el agente lesione el patrimonio del estado, infringiendo sus deberes de lealtad y probidad que tiene hacia el estado, logrando su configuración.

Según la opinión de Reateguá (2022): Resulta extraño a la naturaleza misma del peculado, el cual exige necesariamente una relación especial entre funcionario público y un bien adscrito al patrimonio de la Administración que cumpla finalidades públicas. Creemos que, en esta figura de peculado impropio, el objeto de tutela no es el patrimonio público funcionalmente concebido, sino simplemente una falta de respeto o desobediencia a la voluntad de la autoridad. Se sostiene, en estos casos, que el precepto penal no cambia la naturaleza de los bienes embargados o depositados -que continúan siendo privados y perteneciendo a particulares, sino que, aceptando que se trata de bienes privados, les extiende, no obstante, el tipo de malversación o peculado. (p.112).

Esto indica que hay que establecer una clara relación entre el bien público y el funcionario para así determinar correctamente el grado de dolo de cada participante en el delito.

### **2.2.33 Sujetos del delito**

#### **El sujeto activo**

Salinas (2020) menciona que es aquel que reúne ciertas cualidades como ser funcionario público el cual custodia los bienes y caudales del estado. De acuerdo a ello el sujeto activo es quien se apropia, usa o beneficia de los caudales o bienes públicos del estado aprovechando su cargo y que los bienes se encuentren dentro de su esfera. Necesariamente para que se hable del sujeto activo este debe de ser un funcionario o servidor público, es decir, que trabaje para el estado que se encuentre dentro del ámbito de la administración pública, situación que le permite tener acceso a los bienes del estado. En la mayoría de los casos este sujeto actúa intencionalmente, es decir, con dolo, puesto que para poder ostentar ese tipo de cargos necesariamente se requiere de una persona

leída y sabida, entonces es consciente de su actuar y proceder, en tal razón la conducta delictiva que realiza es de forma intencional con un determinado objetivo, aprovechar o utilizar.

En el delito de peculado, para que pueda configurarse se debe de tener presente que solo puede ser cometido por un funcionario o servidor que trabaja para el estado, los cuales en razón de la función o del cargo que desempeñan, utilizan o se apropian de parte del estado. Comprando con este concepto citamos a

Reátegui (2022) El sujeto activo podrá ser aquel con quien tenga con el Estado una relación funcional específica». Continúa definiendo dicho autor al sujeto activo como el titular de una confianza que lo obliga a actuar de un modo determinado regular respecto a los caudales y efectos que percibe, administra o custodia. (p.491).

A vista de ello queda claro que es necesario que para que se configure el delito de peculado el sujeto activo de esta conducta viene a ser aquel funcionario o servidor público al que se le consignó el cuidado, la administración, la custodia de los bienes o caudales del estado debido a su cargo, pues esa es la naturaleza de su labor, entonces en mérito a ello comete la conducta delictiva.

#### **2.2.34 El sujeto pasivo**

Según Rojas (2016) en este tipo de delitos es única y exclusivamente el estado, en su contexto amplio de la amplia de pluralidad de sus reparticiones y manifestaciones dentro de la administración pública:

En la línea de ideas el sujeto pasivo del delito lo será el Estado peruano, concretamente en sus intereses patrimoniales, y sujeto pasivo de la acción, lo será los vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo perteneciente al Estado o bajo su guardia de este. Aunque no pareciera, el sujeto pasivo del delito de peculado viene a ser el estado, puesto que los bienes o caudales no sólo le corresponde a la administración pública, como su mismo nombre lo dice solo se encarga

de administrar, pero lo cierto es que estos bienes le corresponden al estado y consecuentemente a la sociedad. Reátegui (2022).

(IDHPUCP, 2019) afirma que: El sujeto que es considerado como pasivo dentro de la configuración del delito de peculado viene a ser el estado, ello a través de la administración pública pues es el afectado debido a que el servidor o funcionario usa o se apropia de parte de su patrimonio ya sea de sus bienes, caudales o los llamados efectos. El sujeto pasivo de este delito es el estado y las personas que hubiesen sido afectadas por la falta de correcta administración y prestación de servicios por parte de sus servidores, cuando tenga relación con la realización de este delito.

### **2.2.35 Bien jurídico tutelado**

Respecto al bien jurídico protegido encontramos muchos autores con distintas interpretaciones

En ese sentido, Salinas (2020) sostiene lo siguiente: El bien jurídico protegido general es el recto desarrollo o desenvolvimiento de la Administración Pública. En cuanto al bien jurídico específico o particular que se pretende proteger con la tipificación del delito de peculado, existe vivo y nada pacífico debate doctrinario, identificándose tres posiciones definidas: la primera, que considera que se protege el patrimonio del Estado; la segunda que se protege el regular ejercicio de las funciones del funcionario o servidor público; y la última, que explica que el delito de peculado es pluriofensivo, toda vez que busca garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública y evitar el abuso del poder del que haya facultado el funcionario o servidor público que se quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad a la que están obligados los funcionarios o servidores.

Dentro del delito de peculado se podría afirmar que existen dos bienes jurídicos protegidos, un bien jurídico protegido general y otro bien jurídico específico, en cuanto al general

se refiere. Así el normal desenvolvimiento de la administración pública y la buena imagen institucional del estado, fundadas ambas en el hecho de la adecuada disponibilidad funcional de los bienes y caudales estatales mencionados en el tipo penal por parte de los sujetos públicos. Rojas (2016).

En el delito de peculado, el bien que se pretende cuidar o proteger es el patrimonio estatal, ello limitando el poder que tienen los servidores o funcionarios debido a su cargo, pues al ostentar dicho poder no escatiman en aprovecharlo, por ello

Peña (2020) comenta que El bien jurídico en el peculado consiste en la preservación de la seguridad de bienes públicos para garantizar el normal desenvolvimiento de la actividad patrimonial del estado” (p.341).

### **2.2.36 Conducta típica**

Esta conducta es algo que está prevista de acuerdo a sus características propias del delito.

Rojas (2016) menciona que este ilícito penal contiene una extensión de autoría, esto es, se le da la categoría de funcionario público al contratista de una obra pública o a sus empleados cuando los bienes indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública. El delito de peculado de uso es un delito de infracción del deber, debido a que el funcionario público quebranta sus obligaciones funcionales asumidas en razón de su cargo. Para poder hacer una adecuada clasificación del comportamiento típico estamos en la obligación de usar los verbos rectores del peculado son apropiar y utilizar, los cuales son los que especificarán las dos modalidades de peculado.

#### **a) Móvil: Animus rem sibi habendi**

El llamado animus está definido en la doctrina como la finalidad de apropiación o animus rem sibi habendi, consiste en el ánimo que debe tener el sujeto activo de este delito, quien debe

obrar con la intención de ejercer dominio sobre los bienes públicos, pero de una forma definitiva. Peña (2020).

#### **b) Modalidad dolosa**

Según Rojas (2016) Está determinado por el “conocimiento del sujeto activo en el carácter del bien público y de la relación funcional, así como la intención de apropiarse o dar uso privado a los bienes, entendido esto el dolo requerirá que el funcionario sea consciente que las conductas de apropiación o utilización que lleva a cabo involucran bienes que constituyen patrimonio del estado y que lleve a cabo su accionar con la intención de dar un uso privado o particular a los bienes en cuestión.

#### **d) Modalidad culposa**

Salinas (2020) menciona que no está referida a la apropiación o utilización por el propio funcionario o servidor, si no hace referencia directamente a la sustracción producida por tercera persona que se aprovecha del estado de descuido imputable al funcionario público, que sin voluntad alguna o capacidad de representación sobre el peligro que amenaza al objeto del delito, termina por facilitar o permitir con su descuido, permitir que un tercero se apropie o utilice caudales o efectos del estado. Este tercero implicado podría ser un particular otro funcionario o servidor público que tiene facultades de percepción, administración o custodia.

### **2.2.37 Consumación**

En este tipo penal necesariamente no requiere que la acción punible tenga que concretarse o se promueva, para poder consumir el delito, utilidad o ventaja económica para el tercero o sujeto activo, salvo que en vía de interpretación se discorra que la incorporación al patrimonio sea una modalidad de provecho.



Rojas (2016) refiere: La consumación del delito de peculado por apropiación se da con la incorporación del patrimonio público al patrimonio personal, siendo de naturaleza instantánea. El delito de peculado se configurará incluso cuando se haya restituido el bien materia de apropiación. Por otro lado, en la modalidad de utilización, la consumación se presentará con el uso privado del caudal o efecto. El delito de peculado, ya sea por apropiación o uso se consuma cuando el funcionario o servidor público realiza el verbo rector, es decir, se apropia o utiliza el bien sacándole provecho, o en algunas circunstancias procede a trasladar los bienes de propiedad del estado a su patrimonio personal. En el caso de la figura de tentativa, es un casi imposible.

### **2.2.38 Tipos de peculado**

#### **a) Peculado por apropiación:**

Se configura bajo presupuestos calificados “cuando los bienes públicos que le han sido confiados a su cargo, por disposición de la ley, este se apodera, adueña, apropia o hace suyo los caudales o efectos del estado que le han sido custodiados por su persona” Como puede inferir, este supuesto consiste cuando el funcionario y/o servidor público se extra limita en las facultades y custodia que le fueron asignadas por razón a su cargo, apropiándose de los bienes o dinero de las arcas del Estado. Salinas (2020).

#### **b) Peculado por utilización:**

Se configura el delito cuando se presupone una previa separación del bien de la esfera pública de custodia y darle una aplicación privada temporal sin consumirlos, para retornarlo enseguida a la esfera de la Administración Pública.

Salinas (2020) Respecto a esta modalidad, se da cuando el funcionario o servidor público utiliza para su beneficio o fin personal los bienes del estado, pero no lo hace con ánimo de apropiarse, si no que nuevamente lo devuelve a la esfera pública.

**c) Peculado de uso**

Según el Código Penal se sanciona al funcionario público que usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la Administración Pública o que se hallan bajo su guarda (art. 388). Como puede apreciarse, este delito sanciona el uso distinto al oficial y ajeno al servicio público de determinados bienes como vehículos, máquinas, etc.

Rojas (2016), De igual manera, prevé como posibles autores de este delito al contratista de obras públicas y sus empleados y una excepción cuando se trate de vehículos automotores vinculados al servicio personal por razón del cargo.

**d) peculado por extensión**

Según el Código Penal (1991) el cual extiende la aplicación del delito de peculado a título de autor a: los que administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares, los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, así como todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social.(art. 392).

**2.2.39 La Administración pública**

Según Reátegui (2022). La administración pública como una institución estatal elemental se hace presente ante las personas para cubrir sus expectativas precisamente a través del servicio que prestan sus funcionarios. Entre la administración pública y el funcionario tiene lugar una relación institucional de la que brotan una serie de deberes y expectativas de aseguramiento. En este sentido, el aseguramiento de estas expectativas se sitúa en la primera línea del deber del funcionario.

Según el Código Penal (1991) Es así que los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos, como pueden ser los jueces, fiscales, miembros de las fuerzas armadas y policiales, alcaldes, congresistas, etc. (en general aquellos comprendidos en las disposiciones comunes del art. 425 CP) no deben ser calificados como simples delitos especiales, puesto que el ilícito cometido por ellos no tiene nada que ver con la realización de una simple descripción típica de las cualidades de la persona y de la acción, sino que más bien se relaciona con la infracción de un deber asegurado institucionalmente que impone a los funcionarios y autoridades la observancia de las normas estatales para una correcta administración de las funciones públicas.

#### **2.2.40 Funciones de la Administración Pública**

Las funciones de la administración pública están definidas en los documentos que la sustentan La administración pública como bien jurídico protegido puede desempeñar dos principales funciones a) Una función dogmático-hermeneutica y ordenación sistemática. b) Una función político criminal de critica a que ciertos bienes se protejan penalmente o función trascendente al sistema. Reategui (2022).

#### **2.2.41 El funcionario publico**

Según el Código Penal (1991) La condición de funcionario público del autor del ilícito penal, es un elemento normativo del tipo, esto es, que se necesita de esta característica en el operador jurídico, para su comprensión y su valoración para esto necesitamos dos elementos que integran su concepción de funcionario público en el ámbito penal:

1.- Nace del artículo 425° del código penal; la función pública es toda aquella actividad material o jurídica que está vinculado con el Estado y se les atribuye su imputación, la condición de funcionario público es en merito a sus actividades.

2.- Título habilitante es la forma en la que se puede desempeñar en sus funciones al servicio del estado y tiene 3 formas: Selección, Designación, Elección.

Rojas, (2020) Manifiesta que siendo este una falta hacia su propia integridad del sujeto activo y a la vez va en contra del desarrollo de nuestra sociedad. Acerca del título habilitante, este título que permite o faculta el ejercicio de una función pública puede provenir de tres diversas fuentes: La Ley, la elección o el nombramiento o delegación de autoridad competente. Justamente es la existencia del título legitiman te la que da origen al ejercicio de la función pública; en otras palabras: el modo de incorporación resulta constitutivo de la cualidad de funcionario público y le dará el sentido real de elemento normativo en cuanto ejercicio real de la función pública. A través del título habilitante resulta posible vincular jurídicamente a un sujeto con la organización estatal.

#### **2.2.42 Teorías doctrinarias en los delitos especiales**

##### **2.2.42.1 La teoría de infracción de deber de Claus Roxin.**

Surge en 1963 por Claus Roxin en los delitos especiales uno no debe interesar uno no debe reparar en el dominio no interesa si los intervinientes tienen o no dominio. Lo que interesa en este tipo delitos es reparar ese deber especial, quien infringe el deber especial es autor y quien participa en el evento criminal sin tener este deber especial, ayudando, instigando será considerado participe

Roxin (1997) “Aquí son irrelevantes el dominio de hecho o la medida de la contribución que se hace al resultado”. (p.338).

En esta línea considera al que el dominio del hecho no bastaría para determinar la autoría en todos los delitos. Aparte de los delitos de primera mano, era necesaria realizar una distinción entre dos tipos de delitos: los delitos comunes o de dominio, y los especiales o de infracción del deber, la infracción del deber fundamenta la autoría.

1.- Solo el que infringe un deber especial puede ser un autor del delito.

2.- Todos los extraneus no podrán ser autores, ni coautores, por más que se le instrumentalice al extraneus.

3.- En materia de infracción de deber la modalidad de comisión u omisión su acción es irrelevante son del mismo nivel. Lo cual lo convierte en un delito de peligro.

Roxin (1997) menciona este criterio no solo tiene validez para que logre fundamentarla autoría que se da en los delitos especiales, también se aplica a la determinación en la coautoría y autoría mediata, La tesis de infracción del deber se ha planteado como núcleo totalizador sobre la autoría de los delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos de modo que deja de ser importante si el sujeto especial domina materialmente el hecho punitivo según esta teoría el hombre de atrás es el autor mediato: intraneus, mientras que el hombre de adelante es solo cómplice (por carecer de la cualificación típica) extraneus, esto es sustentado debido a que solamente la infracción del deber jurídico especial en que incurre el obligado intraneus puede fundamentar la autoría.

Según Jakobs (1996) Pues, como estas expectativas se dirigen a personas, es decir, a portadores de un rol, “la responsabilidad jurídico-penal siempre tiene como fundamento el quebrantamiento de un rol” (p.67).

#### **2.2.41.2 Teoría del dominio del hecho en el delito de peculado**

Propuesta de Roxin (1997) en su obra en 1963 (taterschaft). Destaca la improcedencia que se da al imponer un concepto de autor para todos los delitos sean dolosos e imprudentes, delitos por comisión u omisión. Y para los tipos concretos de índole diversa. El criterio que se emplea es la teoría finalista del dominio del hecho y su fórmula es autor es quien domina el evento criminal y participe es quien participa de este evento criminal delito, sin dominar el evento criminal con

aportes secundarios. El autor controla el sí y el devenir del evento criminal, el participe no decide el sí del hecho y no puede poner en fracaso el evento criminal.

Roxin, (1997) Se decanta por adoptar una metodología en la que se conjugan aspectos del método captador de la esencia del sentido. En consecuencia, con aquel primer método, se entiende que el legislador, juez o el operador jurídico no otorgan el contenido de sentido de regulación jurídica, sino que dicho sentido es algo previo dado a través de estructuras de desarrollo ontológicas, éticas y en sentido más amplio sociales. No obstante, en atención al método debe ser el legislador quien, conforme a determinados criterios valorativos, determine cuál de las diferenciaciones previas que les vienen dadas, va a convertirse en base de su regulación. Se aplica para resolver la imputación al autor y participes en un delito doloso, se plantea en 3 formas de dominio del hecho: a) dominio de la acción b) el dominio de la voluntad c) el dominio de la funcional en la coautoría Se toma como presupuesto de partida dos criterios rectores para desarrollar su idea central del dominio del hecho: 1) Se considera al autor como figura central del delito 2) La delimitación del dominio del hecho en un concepto abierto.

Con respecto a la figura central del suceso de forma de acción se trata de un principio que orienta para determinar al autor. Por lo cual es fundamentalmente el dominio funcional del hecho lo que produce el acceso normativo y factico que sustenta el injusto funcional habiendo que el participe acceda a esta institución lógicamente en menor grado y accesoriamente. En lo delitos comunes, la fundamentación de la autoría, se realiza a través, del criterio del dominio del hecho, y a ausencia de esta determina, la inexistencia de una conducta de participación; mientras que, en los delitos de infracción de deber, el criterio de dominio de hecho resulta siendo inoperativo; siendo el criterio a tomar en cuenta, son para el autor completamente autónomos entre sí. Roxin (1997).

## **2.3. Hipótesis**

### **2.3.1. Hipótesis general**

De conformidad con los procedimientos y parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales, previstos en la presente investigación es correcto el tratamiento jurídico en esta casación.

### **2.3.2. Hipótesis específicas**

De conformidad con los procedimientos y parámetros normativos, doctrinarios y jurisprudenciales previstos en la presente investigación, el recurso de nulidad es congruente, razonable en su interpretación y cumple los parámetros de ley.

### III. METODOLOGIA

#### 3.1 Nivel, tipo y diseño de investigación.

El nivel de la investigación es descriptiva, exploratoria. Se trata de un estudio que se aproximó y exploró contextos poco estudiados; dado que del marco teórico reveló pocos estudios respecto del fenómeno propuesto; por lo tanto, la intención fue indagar nuevas perspectivas. (Hernández, Fernández & Baptista, 2010). Menciona que el nivel exploratorio del estudio, se evidenció en varios aspectos de la investigación: en la búsqueda de antecedentes; estudios con metodología similares; líneas de investigación; siendo las más próximas los que se derivaron de la misma línea.

Descriptiva. Se trata de un estudio que describe propiedades o características del objeto de estudio; en otros términos, la meta de la investigadora consistió en describir el fenómeno; basada en la detección de características específicas. (Hernández, Fernández & Baptista, 2010) Además, la recolección de la información sobre la variable y sus componentes, se realizó de manera independiente y conjunta, para luego someterlos al análisis.

En la investigación descriptiva, Mejía (2004) sostiene, que el fenómeno es sometido a un examen intenso, utilizando exhaustiva y permanentemente las bases teóricas para facilitar la identificación de las características existentes en él, para luego estar en condiciones de definir su perfil y arribar a la determinación de la variable.

El nivel descriptivo, del estudio, se evidenció en las siguientes etapas del trabajo: 1) en la selección de la unidad de análisis (casación); y 2) en la recolección y análisis de los datos, establecidos en el instrumento; porque, está direccionado al hallazgo de características o propiedades existentes en el contenido de la casación, cuyos referentes son las exigencias para la elaboración de la casación, siendo las fuentes de naturaleza doctrinaria, normativa o



jurisprudencial.

### **3.1.2 Tipo de investigación.**

La investigación es de tipo cualitativa. Hernández, et. al. (2010). La investigación se inició con el planteamiento del problema de investigación, delimitado y concreto; se ocupa de aspectos específicos externos del objeto de estudio y el marco teórico que orientó la investigación fue elaborado sobre la base del marco teórico (Hernández, Fernández & Baptista, 2010).

**Cualitativa.** Hernández, et. al. (2010). La investigación se fundamentó en una perspectiva interpretativa está centrada en el entendimiento del significado de las acciones, sobre todo de lo humano. El perfil cualitativo, del estudio, se evidenció en la recolección de datos; porque, la identificación de los indicadores de la variable existente en el objeto de estudio (casación); fue viable aplicando a su vez, el análisis, además dicho objeto es un fenómeno, producto del accionar humano, quien opera al interior del proceso judicial en representación del Estado.

Por lo tanto, la extracción de datos implicó interpretar la casación a efectos de alcanzar los resultados. Dicho logro, se evidenció en la realización de acciones sistemáticas: a) sumergirse en el contexto perteneciente a la casación; para asegurar su revisión sistemática y exhaustiva, con el propósito de comprender su origen b) volver a sumergirse; en cada uno de los componentes del propio objeto de estudio (casación); ingresando a cada uno de sus compartimentos, recorrerlos palmariamente para identificar los datos.

### **3.1.3 Diseño de la investigación**

**No experimental.** El estudio del fenómeno es conforme se manifestó en su contexto natural; en consecuencia, los datos reflejan la evolución natural de los eventos, ajeno a la voluntad del investigador (Hernández, Fernández & Baptista, 2010).

**Retrospectiva.** La planificación y recolección de datos comprende un fenómeno ocurrido en el pasado (Hernández, Fernández & Baptista, 2010).

**Transversal.** La recolección de datos para determinar la variable, proviene de un fenómeno cuya versión corresponde a un momento específico del desarrollo del tiempo (Supo, 2012; Hernández, Fernández & Baptista, 2010).

En el presente estudio, no hubo manipulación de la variable; las técnicas de la observación y análisis de contenido se aplicaron al fenómeno (casación) en su estado normal; conforme se manifestó en la realidad. La única situación, protegida fue la identidad de los sujetos mencionados en el texto de la casación a quienes se les asignó un código de identificación para reservar y proteger la identidad. Asimismo, el perfil retrospectivo, se evidenció en la casación; porque, pertenecen a un contexto pasado. Finalmente, el aspecto transversal, se evidenció en la recolección de datos; porque, los datos son extraídos de una única versión del objeto de estudio, por su propia naturaleza se manifiesta solo por única vez en el transcurso del tiempo.

### **3.2 Población y muestra**

El término "población" se refiere al conjunto completo de elementos sobre los que se realizan investigaciones o estudios. Por otro lado, una "muestra" es una porción seleccionada o un subconjunto de elementos de la población que se elige para realizar un estudio. (Lugo, 2013)

Asimismo, se utilizará la unidad de análisis que, “Son los elementos en los que recae la obtención de información y que deben de ser definidos con propiedad, es decir precisar, a quien o a quienes se va a aplicar la muestra para efectos de obtener la información”. (Centty, 2006, p.69).

La selección puede ser aplicando los procedimientos probabilísticos y los no probabilísticos. En el presente estudio se utilizó el procedimiento no probabilístico; es decir, “(...)

no utilizan la ley del azar ni el cálculo de probabilidades (...). El muestreo no probabilístico asume varias formas: el muestreo por juicio o criterio del investigador, el muestreo por cuota y muestreo accidental (Arista, 1984; citado por Ñaupas, Mejía, Novoa, y Villagómez, 2013; p. 211).

En este trabajo, la elección se realizó mediante muestreo no probabilístico; es decir a criterio del investigador (acorde a la línea de investigación). Que, según Casal y Mateu (2003) se denomina muestreo no probabilístico, llamado técnica por conveniencia; porque, es el mismo investigador quien establece las condiciones para seleccionar la unidad de análisis.

En el presente estudio, la unidad de análisis está representada por un Recurso De Nulidad N° 615-2015-Lima, 2023. La evidencia empírica del objeto de estudio; es la casación; su contenido no fue alterado en esencia, los únicos datos sustituidos son los que identifican a los sujetos mencionados en el texto de las sentencias, se les asignó un código para proteger su identidad y respetar el principio de reserva y protección a la intimidad (sean personas naturales y jurídicas mencionadas en el texto) los códigos son: A, B, C, etc., se aplican por cuestiones éticas y respeto a la dignidad.

### **3.3. Variables**

Respecto a la variable, en opinión de Centty (2006):

Las variables son características, atributos que permiten distinguir un hecho o fenómeno de otro (Persona, objeto, población, en general de un Objeto de Investigación o análisis), con la finalidad de poder ser analizados y cuantificados, las variables son un recurso metodológico, que el investigador utiliza para separar o aislar los partes del todo y tener la comodidad para poder manejarlas e implementarlas de manera adecuada y son las siguientes:

#### **Variable independiente:**

- Delito de Peculado

### **Variable dependiente:**

- Sujeto Activo

### **3.4 Técnica e instrumentos de recolección de información**

Es un diseño establecido para la línea de investigación se inicia con la presentación de pautas para recoger los datos, se orienta por la estructura de la casación y los objetivos específicos trazados para la investigación; su aplicación implica utilizar las técnicas de la observación y el análisis de contenido, por ello se realizará:

El ANÁLISIS DOCUMENTAL, con esta técnica se obtendrá la información sobre el recurso de Nulidad N° 615-2015-LIMA.

Asimismo, corresponde destacar que las actividades de recolección y análisis fueron simultáneas que se ejecutaron por etapas o fases, conforme sostienen Lenise Do Prado; Quelopana Del Valle; Compean Ortiz, y Reséndiz González (2008).

#### **De la recolección de datos**

Para la recolección de datos se realizó las siguientes actividades:

- Se identificó el recurso de Nulidad N° 615-2015-LIMA.
- Luego se realizó el análisis del Recurso de Nulidad N° 615-2015-LIMA., desde el punto de vista normativo y legal mediante el método deductivo partiendo desde el marco penal general al específico.
- Se procedió posteriormente a la elaboración de los resultados encontrados.
- La recolección estuvo a cargo del autor de la investigación.
- El procesamiento de la información se realizó mediante el uso de la constitución política del Perú (1993), doctrina, jurisprudencia, Ley y el Recurso de Nulidad N° 615-2015-LIMA.

- Durante toda la recolección de información se aplicaron los principios éticos y valores.

Para finalizar, los instrumentos utilizados no fueron sometidos a validez y confiabilidad, por tratarse de instrumentos documentarios, exentos de mediciones y por tratarse de una investigación de tipo descriptivo con respecto a un Recurso de Nulidad (Casación) N° 615-2015-LIMA.

### **3.5. Método de análisis de datos**

**La primera etapa.** Será actividad abierta y exploratoria, que consistió en una aproximación gradual y reflexiva al fenómeno, orientada por los objetivos de la investigación; donde cada momento de revisión y comprensión fue una conquista; es decir, un logro basado en la observación y el análisis. En esta fase se concretó, el contacto inicial con la recolección de datos.

**Segunda etapa.** Será una actividad, pero más sistémica que la anterior, técnicamente en términos de recolección de datos, igualmente, orientada por los objetivos y la revisión permanente de la literatura, que facilitó la identificación e interpretación de los datos.

**La tercera etapa.** Igual que las anteriores, será una actividad; de naturaleza más consistente, fue un análisis sistemático, de carácter observacional, analítica, de nivel profundo orientada por los objetivos, donde hubo articulación entre los datos y la revisión de la literatura.

Estas actividades se evidencian desde el instante en que la investigadora aplica la observación y el análisis en el objeto de estudio; es decir la casación, que resulta ser un fenómeno acontecido en un momento exacto del curso del tiempo, lo cual quedó documentado en el expediente judicial; como es natural a la primera revisión la intención no es precisamente recoger datos; sino, reconocer, explorar su contenido, apoyado en las bases teóricas que conforman el marco teórico.

Acto seguido, la investigadora empoderada de mayor dominio de las bases teóricas, manejará la técnica de la observación y el análisis de contenido; orientado por los objetivos específicos iniciará el recojo de datos, extrayéndolos del texto de la casación al instrumento de recolección de datos; lo cual revisará en varias ocasiones. Esta actividad, concluirá con una actividad de mayor exigencia observacional, sistémica y analítica, tomando como referente el marco teórico, cuyo dominio es fundamental para proceder a aplicar el instrumento.

### **3.6 Aspectos éticos**

La realización del análisis crítico del objeto de estudio, está sujeta a lineamientos éticos básicos de: objetividad, honestidad, respeto de los derechos de terceros, y relaciones de igualdad (Universidad de Celaya, 2011). Se asumió, compromisos éticos antes, durante y después del proceso de investigación; a efectos de cumplir el principio de reserva, el respeto a la dignidad humana y el derecho a la intimidad (Abad y Morales, 2005).

En el presente estudio, los principios éticos a respetar se evidencian en el documento denominado: Declaración de compromiso ético y no plagio, en el cual el investigador asume la obligación de no difundir hechos e identidades existentes en la unidad de análisis, Asimismo, en todo el trabajo de investigación no se revela los datos de identidad de las personas naturales y jurídicas que fueron protagonistas en el proceso judicial.

#### IV. RESULTADOS

Cuadro 1

<b>Hechos que originaron a la resolución</b>	
Descripción sintética	<p>Se formuló una denuncia por el MP contra AFF por peculado doloso que fue tramitada en la vía penal por la sexta fiscalía en delitos anticorrupción formula acusación 26/03/2008, el quinto juzgado penal especial declara no haber mérito y no abre instrucción en vía ordinaria contra AFF, esta resolución fue impugna por el ministerio público y la procuraduría publica ad hoc, esto el tercer juzgado penal especial la admitió y se dispuso a abrir proceso penal.</p> <p>El cuarto juzgado penal especial abrió instrucción en vía ordinaria, el juicio oral fue el 17/10/2013 donde recibió sentencia condenatoria a 8 años de ppl y la inhabilitación de 3 años y un pago de reparación de 3 millones de soles.</p> <p>Hechos que se le imputa a AFF en su condición de Presidente de la República, el haber ordenado durante los años 1998 al 2000, sin sustento legal, el desvío de fondos tanto de la F A como del Ejército Peruano al SIN S/. 122 millones a través de los denominados Gastos Reservados se usaron estos fondos del SIN para comprar diversos titulares de diarios nacionales, denominados Diarios Chicha, para favorecerlo durante su campaña de reelección presidencial (periodo 2000-2005).</p>

Fuente: Casación en estudio

## Cuadro 2

### Pretensión recursal

Descripción Sintética	<p>Se Pide La Nulidad contra la sentencia de primera instancia por la defensa del sentenciado por las siguientes causales</p> <p>a) Causal de nulidad por vulneración al principio de legalidad</p> <ul style="list-style-type: none"><li>- El encausado no tenía vinculación funcional por razón de su cargo.</li><li>-El encausado no tenía atribución jurídica para disponer de los fondos que se le atribuyen.</li></ul> <p>b) Causal de nulidad por vulneración del debido proceso</p> <ul style="list-style-type: none"><li>- Se le condeno por hechos ajenos a la acusación.</li><li>- Falta de motivación en la sentencia.</li><li>- Vulneración del derecho a la prueba.</li></ul> <p>c) Para la determinación de la pena se debe merituar los antecedentes.</p> <p>Pretensión Principal y se pide la absolución de la acusación a la actuación de un nuevo juicio oral por otro tribunal contrario sensu, la reducción de la pena y la reparación civil.</p> <p>Pretensión accesoria nuevo juicio con otro tribunal o reducción de la pena y reparación civil.</p> <p>De Parte de la Contraloría se pide</p> <p>Se pide el aumento de la reparación civil a 120 millones de soles.</p> <p>Se pide que el pago no sea solidario si no a título personal.</p>
--------------------------	---

Fuente: Casación en estudio



### Cuadro 3

#### Razones fundamentales de la decisión adoptada

Descripción sintética	<p style="text-align: center;"><b>EN LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO</b></p> <p style="text-align: center;">1. Presupuestos Normativos</p> <p>Delito De Peculado: El artículo 387 del Código Penal vigente, tipifica el delito de peculado, señalando que el funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo.</p> <p>La doctrina se ha establecido que el delito de peculado constituye un delito especial de infracción de deber fundamento en instituciones positivas. Es delito especial porque típicamente restringe los contornos de la autoría a determinados sujetos cualificados –en este caso, de funcionarios y servidores públicos–, pero, al mismo tiempo, se trata de un delito de infracción de deber porque el fundamento de la responsabilidad penal a título de autor reside en el quebrantamiento de un deber positivo asegurado institucionalmente.</p> <p>Bajo esta perspectiva, se desarrollará dogmáticamente los presupuestos típicos que exige la autoría delictiva del funcionario público para la configuración del delito de peculado, a fin de salvaguardar el principio de legalidad y las reglas contenidas en el Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116.</p> <p style="text-align: center;">1. Sujeto Activo</p> <p style="text-align: center;"><b>Según la norma el imputado quien es el sujeto activo</b></p> <p>En este ilícito el sujeto activo es el funcionario o servidor público que reúne las características de relación funcional exigidas por el tipo penal, es decir, quien por el cargo que desarrolla al interior de la administración tiene bajo su poder o ámbito de vigilancia (directo o funcional), en percepción, custodia o administración los caudales o efectos de los que se apropia o utiliza para sí o para otro.</p>
-----------------------	---

## **2. Conducta Típica**

La conducta típica está integrada por:

- Relación Funcional por razón de su cargo la cual no pudo ser probada.
- Percepción Administración O Custodia, no se probó que pueda estar a cargo directamente el encausado.
- Apropiación, no se acreditó la apropiación directa, por ningún hecho probatorio.
- El Destinatario Para Si O Para Otro, no hubo nexos de conexión comprobada.
- Los Caudales O Efectos, no se pudo vincular al manejo o uso de disponibilidad por parte del encausado.

De La Determinación Del Caso En Concreto, La No Configuración De Los Presupuestos Típicos

1. Incriminación Concreta : Hechos que se le imputa a AFF en su condición de Presidente de la República, el haber ordenado durante los años 1998 al 2000, sin sustento legal, el desvío de fondos tanto de la F A como del Ejército Peruano al SIN S/. 122 millones a través de los denominados Gastos Reservados se usaron estos fondos del SIN para comprar diversos titulares de diarios nacionales, denominados Diarios Chicha, para favorecerlo durante su campaña de reelección presidencial (periodo 2000-2005) en este contexto tiene el encausado AFF la calidad de sujeto activo del delito de peculado y que si tenía la relación funcional y disponibilidad jurídica sobre los fondos públicos asignados al SIN a fin de usarlos en su campaña bajo los diarios chichas lo cual no pudo ser probada.
2. No se pudo demostrar la vinculación funcional por razón de su

cargo al encausado AFF respecto a la administración o custodia de caudales, esto debido a donde recae la conducta, MOF, ROF, deriva un funcionario público no uno abstracto, si no en un contexto concreto. Ya que el cargo de presidente es genérica. Por lo cual no pudo estar a disposición de los causales imputados, ni tenía la facultad ya que no administro la hacienda pública, no tuvo el vínculo funcional normativo que lo relaciona con ella.

3. La valoración de la actividad probatoria:

Cuando se imputa el desvío de fondos se basa en declaraciones testimoniales lo cual no acredita la disposición y orden de pago del encausado de los denominados “diarios chichas”, siendo

Bajo las reglas de la declaración del co-imputado y esto bajo los parámetros exigidos por el acuerdo plenario 2-2005 CJ/16 No se corrobora los presupuestos: a) Incredibilidad subjetiva, b) verosimilitud en la Incriminación, c) Persistencia en la incriminación.

Como fuente principal se determinó que las funciones del presidente son representativas y de carácter político y que no hubo uso de la hacienda pública, El imputado no tuvo la posesión, ni la disposición de los caudales públicos, es decir no ostentaba el vínculo funcional normativo que lo determina a administrar o custodiar caudales del SIN.

La razón principal que no hubo suficiencia en la prueba de cargo y permita generar convicción respecto de su responsabilidad penal ya que no se acreditó la vinculación funcional por razón de su cargo del imputado para la administración o custodia de los fondos públicos asignados del SIN más aún no se evidenció la disposición u orden de pago de los titulares de los denominados diarios chicha con

	<p>fondos públicos del régimen de ejecución especial del SIN.</p> <p><b>Bajo este criterio se analizó que no había una directa relación funcional comprobada</b></p> <p>De parte del sujeto activo del delito de peculado con el patrimonio público es el elemento normativo nuclear que vincula la conducta del funcionario público con el sentido de relevancia penal de la tipicidad del delito de peculado. En esa línea, la vinculación funcional sirve para restringir o limitar el círculo de autores, circunscribiéndolo solo a aquellos que posean los caudales o efectos públicos por razón del cargo que desempeñan, excluyendo la hipótesis de autoría a los que no gozan o no tienen tal relación Funcional</p>
--	--

Fuente: Casación en estudio

#### Cuadro 4

Razones complementarias de la decisión adoptada

Descripción Sintética	<p><b>Las razones complementarias para la decisión adoptada fueron :</b></p> <p><b>Aplicación de la doctrina de la Infracción De Un Deber</b></p> <p>El delito de peculado al ser catalogado como un delito de infracción de deber, sólo admite la autoría directa o personal, excluyéndose las otras dos formas de autoría (coautoría y autoría mediata), en correspondencia con su naturaleza de delito de infracción de un deber institucional personalísimo.</p> <p><b>Atribuirle responsabilidad penal al encausado</b></p> <p>es hacerle responder por hechos de terceros, lo que vulnera el principio de culpabilidad, o de proscripción de la responsabilidad objetiva, consagrado en el artículo VII del Título Preliminar del Código penal, como el principio de imputación personal como límite al poder punitivo del Estado, que impide el castigo a alguien por hechos ajenos o de terceros; de tal manera que se excluye su responsabilidad por eventos que no ha realizado o en los cuales no ha intervenido prestando una contribución jurídicamente relevante y que ha podido ser realizado por terceras personas.</p> <p><b>No se puede aplicar la nulidad de sentencia</b></p> <p>Se debe considerar nulidad como una medida solo aplicable a casos en que el supuesto vicio no sea claro, o en su defecto puede ser subsanable , en casos de autos o sentencias consideraba como defectuosamente motivadas se debe resolver el fondo revocando o confirmando las resoluciones impugnadas por los fundamentos expuestos.</p> <p><b>Aplicación del principio Indubio Pro Reo</b> , consagrado en el inciso once del artículo 139 Constitución Política, en virtud de la duda razonable originada por los fundamentos expuestos ya que no se acreditó la vinculación funcional por razón del cargo, al encausado, no se pudo enervar la presunción de inocencia de AFF.</p>
--------------------------	--

Fuente: Casación en estudio

## Cuadro 5

### Decisión adoptada

Descripción Sintética	<p>Declararon Haber Nulidad en la sentencia del ocho de enero de dos mil quince -fojas once mil treinta y tres- que condenó a AF F, por delito contra la Administración Pública-Peculado doloso, a ocho años de pena privativa de libertad efectiva; a la pena de inhabilitación por el término de tres años de conformidad con el inciso dos del artículo treinta y seis del Código penal; y al pago de tres millones de soles por concepto de reparación civil, que deberá abonar en forma solidaria con los demás condenados en la causa 30-2001 1 SPE/CSJL, a favor del Estado; y, reformándola lo absolvieron de la acusación fiscal por el referido delito y citado acusado; Dispusieron la anulación de sus antecedentes penales y judiciales generados a consecuencia del presente proceso; encontrándose sufriendo carcelería Ordenaron su inmediata libertad.</p>
--------------------------	---

Fuente: Casación en estudio

## V. DISCUSIÓN

1. **Según el objetivo específico se Identificó** los hechos que dieron inicio a la controversia , los resultados obtenidos en el cuadro 1 Se formuló una demanda por MP contra AFF por peculado doloso que fue tramitada en la vía penal por la sexta fiscalía en delitos anticorrupción formula acusación 26/03/2008, el quinto juzgado penal especial declara no haber mérito y no abre instrucción en vía ordinaria con AFF, esta resolución fue impugnada por el ministerio público y la procuraduría pública ad hoc , esto el tercer juzgado penal especial la admitió y se dispuso a abrir proceso penal .

El cuarto juzgado penal especial abrió instrucción vía ordinaria, el juicio oral fue el 17/10/2013 donde recibió sentencia condenatoria a 8 años de PPL y la inhabilitación de 3 años y un pago de reparación de 3 millones de soles.

Hechos que se le imputa a AFF Se Pide La Nulidad contra la sentencia de primera instancia por la defensa del sentenciado por las siguientes causales a) Causal de nulidad por vulneración al principio de legalidad - no tenía vinculación funcional -no tenía atribución jurídica b) Causal de nulidad por vulneración del debido proceso - Se le condeno por hechos ajenos a la acusación - Falta de motivación en la sentencia - Vulneración del derecho a probar c) para la determinación de la pena se debe merituar los antecedentes Pretensión Principal y se pide la absolución de la acusación a la acusación a la actuación de un nuevo juicio oral por otro tribunal contrario sensu , la reducción de la pena y la reparación civil Pretensión accesoria nuevo juicio con otro tribunal o reducción de la pena y reparación civil y DE PARTE DE LA CONTRALORIA Se pide el aumento de la reparación civil a 120 millones ,Se pide que el pago no sea solidario si no a título

personal, datos que son comparados con lo encontrado por Santamaría (2019) investigación titulada: “el poder punitivo del Estado y con ello la proporcionalidad de las sanciones respecto del delito de peculado”. Tuvo como objetivo fue determinar el poder punitivo del estado en la proporcionalidad de las sanciones del peculado, Los resultados revelaron que se debe cambiar por parte del Estado su forma de ejercer el poder punitivo, y que la proporcionalidad de la pena no se aplica correctamente. (p.64). Con estos resultados se afirma que este delito esta en todo ámbito de poder, y con similares características en América y en Perú y llega a la determinación que se concuerda las deficiencias en el sistema administrativo público, además el autor, Salinas (2020) . Considera que el delito de peculado es un delito pluriofensivo, toda vez que aparte de proteger el recto funcionamiento de la administración pública en general, de modo específico busca proteger el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cumplimiento de su deber encomendado en razón del cargo que desempeñan, por lo que solo se verá afectado el bien jurídico cuando el agente lesione el patrimonio del estado, infringiendo sus deberes de lealtad y probidad que tiene hacia el estado, logrando su configuración.

**2 Según el objetivo específico determino la pretensión recursal** en la resolución en estudio, los resultados obtenidos en el cuadro 2 fueron los siguientes Se logró identificar la causal de procedencia del recurso de casación planteado, Se Pide La Nulidad contra la sentencia de primera instancia por la defensa del sentenciado por las siguientes causales

a) Causal de nulidad por vulneración al principio de legalidad, El encausado no tenía



vinculación funcional por razón de su cargo. -El encausado no tenía atribución jurídica de lo atribuido.

- b) Causal de nulidad por vulneración del debido proceso: - Se le condeno por hechos ajenos a la acusación, Falta de motivación en la sentencia - Vulneración del derecho a probar.
- c) Para la determinación de la pena se debe merituar los antecedentes

Pretensión Principal y se pide la absolución de la acusación a la actuación de un nuevo juicio oral por otro tribunal contrario sensu , la reducción de la pena y la reparación civil , Pretensión accesoria nuevo juicio con otro tribunal o reducción de la pena y reparación civil. De Parte De La Contraloría Se pide el aumento de la reparación civil a 120 millones, Se pide que el pago no sea solidario si no a título personal estos datos son comparados por lo encontrado por Lozada (2018) elaboro el estudio de investigación Perú titulado, “el delito de peculado en la administración pública”, el objetivo fue llevar a cabo un análisis teórico y jurídico del delito de peculado en la administración pública.

Los resultados revelaron que el delito de peculado en la administración pública, guarda relación significativamente con la pena establecida en la Legislación Penal Peruana. (p. 68) concluyo que si hay una coherencia doctrinaria y normativa en el delito de peculado y que guarda relación significativamente con la pena establecida en la Legislación Penal Peruana. lo cual contrasta con la investigación realizada, además el autor Rojas (2016) “es un medio de impugnación no suspensivo, parcialmente devolutivo y extensivo que se interpone a efectos de alcanzar la nulidad total o parcial de una decisión penal, la cual justifica por el derecho material o procesal”.(p117).

**3. Se identificó las razones fundamentales de la decisión adoptada:** Presupuestos Normativos

Delito De Peculado: El artículo 387 del Código Penal vigente, tipifica el delito de peculado, señalando que el funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo. Bajo esta perspectiva, se desarrolló dogmáticamente los presupuestos típicos que exige la autoría delictiva del funcionario público para la configuración del delito de peculado, a fin de salvaguardar el principio de legalidad y las reglas contenidas en el Acuerdo Plenario 4-2005/CJ-116.

Sujeto Activo: Según la norma el imputado quien es el sujeto activo En este ilícito el sujeto activo es el funcionario o servidor público que reúne las características de relación funcional exigidas por el tipo penal, es decir, quien por el cargo que desarrolla al interior de la administración tiene bajo su poder o ámbito de vigilancia (directo o funcional), en percepción, custodia o administración los caudales o efectos de los que se apropia o utiliza para sí o para otro

**La conducta típica está integrada por:**

Relación Funcional Por Razón de su cargo la cual no pudo ser probada, Percepción Administración O Custodia, no se probó que pueda estar a cargo directamente el encausado Apropiación, no se acreditó la apropiación directa, por ningún hecho probatorio.

El Destinatario Para Si O Para Otro, no hubo nexos de conexión comprobada.

Los Caudales O Efectos, no se pudo vincular al manejo o uso de disponibilidad por parte del encausado.

**De La Determinación Del Caso En Concreto, La No Configuración De Los Presupuestos Típicos**

**Incriminación Concreta:** Hechos que se le imputa a AFF en su condición de Presidente de la República, el haber ordenado durante los años 1998 al 2000, sin sustento legal, el desvío de fondos tanto de la F A como del Ejército Peruano al SIN S/. 122 millones a través de los denominados Gastos Reservados se usaron estos fondos del SIN para comprar diversos titulares de diarios nacionales, denominados Diarios Chicha, para favorecerlo durante su campaña de reelección presidencial (periodo 2000-2005) en este contexto tiene el encausado AFF la calidad de sujeto activo del delito de peculado y que si tenía la relación funcional y disponibilidad jurídica sobre los fondos públicos asignados al SIN.

**No se pudo demostrar la vinculación funcional por razón de su cargo** al encausado AFF respecto al administración o custodia de caudales, esto debido a donde recae la conducta, MOF, ROF, deriva un funcionario público no uno abstracto, si no en un contexto concreto. Ya que el cargo de presidente es genérica. Por lo cual no pudo estar a disposición de los causales imputados, ni tenía la facultad ya que no administro la hacienda pública, no tuvo el vínculo funcional normativo que lo relaciona con ella.

**La valoración de la actividad probatoria:**

Cuando se imputa el desvío de fondos se basa en declaraciones testimoniales lo cual no acredita la disposición y orden de pago del encausado de los denominados “diarios chicha”, siendo. Bajo las reglas de la declaración del co-imputado y esto bajo los parámetros exigidos por el acuerdo plenario 2-2005 CJ/16. No se corroboró los presupuestos: a) Incredibilidad subjetiva, b) verosimilitud en la Incriminación, c) Persistencia en la incriminación. Como fuente principal se determinó que las funciones del presidente son representativas y de carácter político y que no hubo uso de la hacienda pública, El imputado no tuvo la posesión, ni la disposición de los caudales públicos, es decir no

ostentaba el vínculo funcional normativo que lo determina a administrar o custodiar caudales del SIN.

Bajo este criterio se analizó que no había una directa relación funcional comprobada de parte del sujeto activo del delito de peculado con el patrimonio público es el elemento normativo nuclear que vincula la conducta del funcionario público con el sentido de relevancia penal de la tipicidad del delito de peculado. En esa línea, la vinculación funcional sirve para restringir o limitar el círculo de autores, circunscribiéndolo solo a aquellos que posean los caudales o efectos públicos por razón del cargo que desempeñan, excluyendo la hipótesis de autoría a los que no gozan o no tienen tal relación Funcional. Estos datos que son comparados con lo encontrado por Salinas (2020) en su investigación de doctorado en la UNMSM Perú, Titulado: “La teoría de infracción de deber como fundamento de la autoría y participación en los delitos funcionariales”, el objetivo fue determinar la teoría jurídico penal que permita identificar objetivamente la autoría y la participación en los delitos funcionariales en los que intervienen varios sujetos (p.5) Los resultados revelaron que la dogmática de la teoría de la infracción del deber trae más beneficios en la aplicación en el ámbito nacional (p.5). Y concluye que la teoría más adecuada es la de infracción de deber de Claus Roxin; sin embargo, la jurisprudencia nacional no ha manejado con propiedad sus aspectos dogmáticos, pues utiliza indistintamente los criterios planteados Precisamente, aquí reside el aporte, porque la citada tesis demuestra la necesidad de normativizar el supuesto de hecho del delito de peculado con el fin de alcanzar una coherencia dogmática en la configuración del injusto penal. Con estos resultados se afirma que la teoría de infracción del deber regula todos los delitos de función. Además, el autor, Según Jakobs (1996). Pues, como estas expectativas (como

todas) se dirigen a personas, es decir, a portadores de un rol, “la responsabilidad jurídico-penal siempre tiene como fundamento el quebrantamiento de un rol” (p.67).

4. **Según el objetivo específico, Describir las razones complementarias que sustentan la decisión adoptada** en la resolución en estudio, los resultados obtenidos en el cuadro 4 fueron los siguientes **Las razones complementarias para la decisión adoptada fueron :**  
**Aplicación de la doctrina de la Infracción De Un Deber.**

El delito de peculado al ser catalogado como un delito de infracción de deber, sólo admitir la autoría directa o personal, excluyéndose las otras dos formas de autoría (coautoría y autoría mediata), en correspondencia con su naturaleza de delito de infracción de un deber institucional personalísimo.

#### **Atribuirle responsabilidad penal al encausado**

Es hacerle responder por hechos de terceros, lo que vulnera el principio de culpabilidad, o de proscripción de la responsabilidad objetiva, consagrado en el artículo VII del Título Preliminar del Código penal, como el principio de imputación personal como límite al poder punitivo del Estado, que impide el castigo a alguien por hechos ajenos o de terceros; de tal manera que se excluye su responsabilidad por eventos que no ha realizado o en los cuales no ha intervenido prestando una contribución jurídicamente relevante y que ha podido ser realizado por terceras personas.

#### **No se puede aplicar la nulidad de sentencia**

Se debe considerar nulidad como una medida solo aplicable a casos en que el supuesto vicio no sea claro, o en su defecto puede ser subsanable , en casos de autos o sentencias consideraba como defectuosamente motivadas se debe resolver el fondo revocando o confirmando las resoluciones impugnadas por los fundamentos expuestos.

**Aplicación del principio Indubio Pro Reo**, consagrado en el inciso once del artículo 139 Constitución Política, en virtud de la duda razonable originada por los fundamentos expuestos ya que no se acreditó la vinculación funcional por razón del cargo, al encausado, no se pudo enervar la presunción de inocencia de AFF. Estos datos que son comparados con lo encontrado por Yánac (2019), en su investigación 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”. Esta investigación tuvo como objetivo “analizar, identificar similitudes y diferencias entre los diversos conceptos planteados por la doctrina y la jurisprudencia a 30 nivel nacional” (p.3).

Los resultados revelaron que la acción típica de omitir ya sea por descuido o voluntariamente la rendición de viáticos no configura el delito de peculado ya que la situación, la naturaleza y otros aspectos más son diferentes con respecto al delito de peculado y concluye “Es imposible que la rendición de gasto por concepto de viáticos configure el delito de peculado por apropiación” (p. 3)., además el autor, de rojas (2016)

Está determinado por el “conocimiento del sujeto activo en el carácter del bien público y de la relación funcional, así como la intención de apropiarse o dar uso privado a los bienes, entendido esto el dolo requerirá que el funcionario sea consciente que las conductas de apropiación o utilización que lleva a cabo involucran bienes que constituyen patrimonio del estado y que lleva a cabo su accionar con la intención de dar un uso privado o particular a los bienes en cuestión.

5. Se Identificó y explico la decisión adoptada en la resolución en estudio, Declararon Haber Nulidad en la sentencia del ocho de enero de dos mil quince -fojas once mil treinta y tres- que condenó a AFF, por delito contra la Administración Pública-Peculado doloso, a ocho

años de pena privativa de libertad efectiva; a la pena de inhabilitación por el término de tres años de conformidad con el inciso dos del artículo treinta y seis del Código penal; y al pago de tres millones de soles por concepto de reparación civil, que deberá abonar en forma solidaria con los demás condenados en la causa 30-2001 1 SPE/CSJL, a favor del Estado; y, reformándola lo absolvieron de la acusación fiscal por el referido delito y citado acusado; Dispusieron la anulación de sus antecedentes penales y judiciales generados a consecuencia del presente proceso; encontrándose sufriendo carcelería Ordenaron su inmediata libertad. Estos datos que son comparados con lo encontrado por Zambrano (2022) en su artículo de investigación titulada “Impunidad del delito de peculado en la administración pública ecuatoriana. Revisión a la normativa establecida en la Constitución de 2008” .Los resultados revelaron que la falta de voluntad y honestidad política y judicial ejercida por los sujetos activos del ilícito de peculado han si los principales obstáculos que tiene el sistema de justicia al momento de establecer las sanciones ante dicha acción (p 8) Con estos resultados se afirma que si hay una relación en la sentencias emitidas por este deliro con la doctrina y la normativa legal, además el autor, Bockenforde (2000) expresa que el principio de legalidad material se constituye en un receptáculo de garantías para el ciudadano, a fin de afianzar las libertades públicas ante los poderes públicos, en otras palabras: garantizar la previsibilidad de la actuación estatal. Sin duda, en el estado de derecho, el poder político es sometido a las máximas de la razón, el estado de derecho es el estado de derecho racional, esto es, el estado que realiza los principios de la razón y para la vida común de los hombres, tal y como estaban formulados en la tradición de la teoría del derecho racional. (p.19).

## VI. CONCLUSIONES

En el presente trabajo de investigación, se Identifico los hechos que dieron inicio a la controversia, siendo lo más importante en el trabajo la aplicación de la doctrina, normas procesal pertinente, porque estos instrumentos doctrinarios y legales permitieron identificar las características del recurso en estudio, así como examinar el recurso de nulidad en estudio comparando con la norma procesal pertinente, lo que ha contribuido para determinar el cumplimiento de los hechos porque se observa que tiene etapas y cada una de ellas tiene plazo es por tal motivo que resulta necesario estudiar el recurso de nulidad de inicio a fin, asimismo siendo lo más difícil para determinar si se motivó correctamente y se cumplieron de acuerdo a ley dificultando de esta manera identificar si los plazos los parámetros normativos del delito se configuraron correctamente las preguntas se responden en mérito a su objetivo planteado.

En el presente trabajo de investigación, se identificó la pretensión recursal en la resolución en estudio, siendo lo más importante en el trabajo la aplicación del principio de legalidad, debido proceso y motivación pertinente, porque estos instrumentos doctrinarios y legales permitieron identificar la pretensión recursal del recurso en estudio, así como examinar el recurso de nulidad en estudio analizando los presupuestos de la pretensión pertinente, lo que ha contribuido para determinar el cumplimiento de la causal se denota que cumple los requisitos de la misma es por tal motivo que resulta necesario estudiar el recurso de nulidad de inicio a fin, asimismo siendo lo más difícil para determinar la procedencia y se cumplieron de acuerdo a ley dificultando de esta manera identificar estas causales ya que deben ser bajo la normativa vigente.

En el presente trabajo de investigación, se describió las razones fundamentales que sustentan la decisión adoptada en la resolución en estudio, siendo lo más importante en el trabajo la correcta aplicación de la doctrina, la ley y la legalidad pertinente, porque estos instrumentos doctrinarios



y legales permitieron identificar el mérito para que no se proceda con desestimar continuar con el proceso y luego la impugnación de la sentencia por parte del ministerio público y la contraloría general de la republica del recurso en estudio, así como examinar el recurso de nulidad en estudio comparando con los presupuestos de la pretensión pertinente, lo que ha contribuido para determinar el cumplimiento de los hechos porque se observa que tiene etapas y cada una de ellas tiene plazo es por tal motivo que resulta necesario estudiar el recurso de nulidad de inicio a fin, asimismo siendo lo más difícil para determinar si se motivó correctamente y se cumplieron de acuerdo a ley dificultando de esta manera identificar si los plazos los parámetros normativos del delito se configuraron correctamente las preguntas se responden en mérito a su objetivo planteado.

En el presente trabajo de investigación, se describió las razones complementarias que sustentan la decisión adoptada en la resolución en estudio, siendo lo más importante en el trabajo que se determinó que no se configuro el delito de peculado una vez analizado la doctrina, la ley y la legalidad pertinente, porque estos instrumentos doctrinarios y legales permitieron identificar que no se configuro el delito del recurso en estudio, así como examinar el recurso de nulidad en estudio comparando con los presupuestos de la pretensión pertinente, lo que ha contribuido para determinar el cumplimiento de los hechos porque se observa que no hay una relación directa y funcional es por tal motivo que resulta necesario estudiar el recurso de nulidad de inicio a fin, asimismo siendo lo más difícil para determinar los fundamentos para definir si hay relación causal o no en el funcionario y no se probó y si se motivó correctamente y se cumplieron de acuerdo a ley dificultando de esta manera identificar si los plazos los parámetros normativos del delito se configuraron correctamente las preguntas se responden en mérito a su objetivo planteado.

En el presente trabajo de investigación, se identificó y explico la decisión adoptada en la resolución en estudio, siendo lo más importante en el trabajo la aplicación de la doctrina, la ley y la legalidad

pertinente, porque estos instrumentos doctrinarios y legales permitieron identificar que no se configuro el delito del recurso en estudio, así como examinar el recurso de nulidad en estudio comparando con los presupuestos de la pretensión pertinente, lo que ha contribuido para determinar el cumplimiento de los hechos porque se observa que no hay una relación directa y funcional es por tal motivo que resulta necesario estudiar el recurso de nulidad de inicio a fin, asimismo siendo lo más difícil para determinar si se motivó correctamente y se cumplieron de acuerdo a ley dificultando de esta manera identificar si los plazos los parámetros normativos del delito se configuraron correctamente las preguntas se responden en mérito a su objetivo planteado.

## **VII. RECOMENDACIONES**

Se recomienda establecer criterios unificados en cuanto a la configuración del delito de peculado ya que los criterios de interpretación no están correctamente interpretados en cuanto a la teoría de la infracción del deber es la rectora de los delitos contra la administración pública.

Se recomienda a los responsables de delimitar una imputación deben realizar un mayor análisis no solo basándose en la ley, si no estableciendo el análisis de la doctrina de forma más minuciosa y específica.

Se recomienda que, cuando se impute el delito de peculado, ya sea el artículo 387 o 388 del código penal peruano, se tiene a desglosar los elementos del tipo penal y especificar por los hechos delictivos que cometió el funcionario o servidor público.

Se recomienda una mejora en la delimitación específica de los documentos de gestión como el ROF – MOF – MAPRO – de las instituciones públicas establecidas para limitar las funciones de los funcionarios no delimita concretamente sus atribuciones o funciones.

Se recomienda que las autoridades clarifiquen las políticas de lucha contra la corrupción para evitar que estos delitos sigan aumentando en desmedro de la sociedad.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abanto, M. (2007). *Los delitos contra la administración pública*. Legales.
- Arias, F. (2012). *El Proyecto de Investigación. Introducción a la Metodología Científica*.  
Universidad de Venezuela::  
<https://www.academia.edu/23573985/>.
- Bernal, J (2015). *La casación en el nuevo modelo procesal penal*. Ideas.
- Böckenförde, E.(2000). *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*. Trotta
- Campos, W. (2010). *Apuntes de Metodología de la Investigación Científica*. Magister SAC.  
Consultores Asociados:  
<https://issuu.com/wbcliz/docs/wbcl.apuntesmic2>.
- Carrión, J. (2003) *El recurso de casación en el Perú*. Grijley.
- San Martín, C.( 2020). *Derecho Procesal Penal*. Instituto de Criminología y Ciencias
- Centy, D. (2006). *Manual Metodológico para el Investigador Científico*. Facultad de Economía  
de la U.N.S.A. Sin edición. Nuevo Mundo Investigadores & Consultores.
- Código Penal. (2019). *Código Penal*. Jurista editores.
- Cubas, V. (2007) *el proceso penal – teoría – práctica*. Palestra
- Hernández, R. Fernández, C. y Baptista, P. (2010). *Metodología de la Investigación*. Mc Graw  
Hill
- Jakobs, G.( 1996). *Sociedad, norma y persona en una Teoría de un Derecho Penal Funcional*.  
Civitas
- Gaceta Jurídica. (2005). *La Constitución Comentada*. Gaceta Jurídica
- Gimeno, V.( 2015) *Los procesos especiales*, Castillo de Luna Editores.
- Giesecke, M. (2020). *Elaboración y pertinencia de la matriz de consistencia cualitativa para las*

*investigaciones en ciencias sociales. Desde el Sur*, 12(2), pp. 397-417.

<http://www.scielo.org.pe/>.

Lozada,S. (2018). *La rendición de cuentas de los viaticos y el delito de peculado*. Tesis para grado Universidad de Piura. Repositorio institucional

<https://repositorio.unp.edu.pe/bitstream/handle/UNP/1533/DER-LOZ-YAM-2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Iberico (2017), *La etapa intermedia*, Juristas Editores

Ley D.S: 017-93- JUS (1993): T.U.O de la ley orgánica del poder judicial.

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a6d71b8044baf16bb657ff1252eb7eb2/TEXTO+UNICO+ORDENADO+DE+LA+LEY+ORGANICA+DEL+PODER+JUDICIAL.pdf?MOD=AJPERE>

S

Lugo, Z. (2013). Población y muestra. <https://www.diferenciador.com/poblacion-y-muestra/>

Mejía J. (2004). Sobre la investigación cualitativa. Nuevos conceptos y campos de desarrollo. *Investigaciones Sociales*, 8(13), 277 - 299.

<https://doi.org/10.15381/is.v8i13.6928>

Muñoz, D. (2014). *Constructos propuestos por la asesora del trabajo de investigación en el IV Taller de Investigación-Grupo-B-Sede-Central*. Uladech Católica

Ñaupas, et al. (2014). *Metodología de la investigación*. Cuantitativa – cualitativa y redacción de la tesis. Ediciones de la U.

Parra, M.(2002). *Manual de derecho probatorio*. Librería del profesional

Quiroz & Zambrano, L. (2022) *Peculado un delito en contra de la Administración Pública en el Ecuador*. tesis de grado Universidad San Gregorio De Portoviejo. Ecuador. Archivo digital.

- <http://repositorio.sangregorio.edu.ec/bitstream/123456789/2887/1/DER-2022-010.pdf>
- Supo, J. (2012) *Seminarios de investigación científica. Tipos de investigación*. Seminario de Investigación Científica.
- [https://kupdf.net/download/investigacion-cientifica-jos-eacute-supopdf\\_58f42a6adc0d60c24cda983e\\_pdf](https://kupdf.net/download/investigacion-cientifica-jos-eacute-supopdf_58f42a6adc0d60c24cda983e_pdf)
- Roxin, C.(1997). *derecho penal especial*. Pons Librero Editores.
- Peña, A.(2020). *delitos contra la administración pública* .Jurista
- Rojas,F.(2016). *Manual operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios público*. Nomos & Thesis
- Reategui,J. (2022). *delitos contra la administración pública en el código penal*. Gaceta Jurídica
- Salinas, R.(2020).*delitos contra la administración pública*. Grijley
- Santamaria,D. (2019). *El poder punitivo del estado y la proporcionalidad de la pena para el delito de peculado*,Tesis grado, Universidad de Ambato . Repositorio institucional de la universidad de Ambato, Ecuador
- [;https://repositorio.uta.edu.ec/handle/123456789/30723](https://repositorio.uta.edu.ec/handle/123456789/30723)
- Salinas R (2020). *La teoría de infracción de deber como fundamento de la autoría y participación en los delitos funcionariales, Tesis doctoral , Universidad Mayor de San Marcos. Repositorio institucional de la universidad de San Marcos;*
- [https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/16746/Salinas\\_se.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/16746/Salinas_se.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Sentencia 615-2015 (16/08/2016). *Corte Suprema de la República (pariona hinoztroza MP)*.
- <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2018/05/R.N.-615-2015-Lima.pdf>
- Tamayo, M. (2012). *El proceso de la investigación científica. Incluye evaluación y*

*administración de proyectos de investigación*. Limusa

Taruffo, M.(2005).*La prueba de los hechos*.Palestra

Taruffo, M. (2005). *Ensayos sobre la Casación Civil*. Palestra

Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote (2020). Línea de investigación: Derecho Público y Privado (Objetivo de la línea: Desarrollar investigaciones relacionadas a estudiar las instituciones jurídicas vinculadas al derecho público y privado – Aprobado por Resolución N° 0535-2020-CU-ULADECH – católica – Julio 22, 2020. Registrado en el Vicerrectorado de Investigación-ULADECH Católica.

Universidad de Celaya, (2011). *Manual para la publicación de tesis de la Universidad de Celaya*.Archivopdf.

[http://www.udec.edu.mx/i2012/investigacion/manual\\_Publicacion\\_Tesis\\_Agosto\\_2011.pdf](http://www.udec.edu.mx/i2012/investigacion/manual_Publicacion_Tesis_Agosto_2011.pdf)

Yánac ,M.(2019).*Atipicidad del peculado por apropiación en los casos de una aparente o inexistente rendición de gastos por concepto de viáticos en la jurisprudencia peruana*. tesis de grado Universidad Antúnez de Mayolo, repositorio de la Universidad Antúnez de Mayolo.Perú.

<http://repositorio.unasam.edu.pe/handle/UNASAM/3615>

Valderrama, S. (s.f.). *Pasos para elaborar proyectos y tesis de investigación científica*. San Marcos

Zambrano,D. ( 2022).Impunidad del delito de peculado en la administración pública ecuatoriana,revisión a la normativa establecida en la Constitución de 2008. *Polo de conocimiento, Vol 7 .Num 1*. <https://dialnet.unirioja.es › servlet › articulo>.

# ANEXOS



### Anexo 01. Matriz de consistencia

G/E	PROBLEMA	OBJETIVOS
GENE RAL	¿Qué problemática jurídica del sujeto activo en el delito de peculado: recurso de nulidad N° 615-2015-Lima, 2023.	Determinar las características de la casación N° 615-2015 – (lima) – peculado. Sala penal permanente de la corte suprema Perú. 2023
ESPECÍFICOS	¿Cuáles fueron los hechos que dieron inicio a la controversia?	Identificar los hechos que inicio a la controversia
	¿Cuál es la pretensión recursal en la resolución en estudio?	Identificar la pretensión recursal en la resolución en estudio.
	¿Cuáles son las razones fundamentales que sustentan la decisión adoptada en la resolución en estudio?	Describir las razones fundamentales que sustentan la decisión adoptada en la resolución en estudio.
	¿Cuáles son las razones complementarias que sustentan la decisión adoptada en la resolución en estudio?	Describir las razones complementarias que sustentan la decisión adoptada en la resolución en estudio.
	¿Cuál es la decisión adoptada en la resolución en estudio?	Identificar y explicar la decisión adoptada en la resolución en estudio.

## Anexo 02. Objeto de estudio

### **EVIDENCIA EMPÍRICA DEL OBJETO DE ESTUDIO: RECURSO DE NULIDAD 615-Nº 2015.**

El presente trabajo académico tiene como objetivo principal el análisis de la autoría y participación en el delito de peculado doloso desde la posición de la Corte Suprema del Perú en el Recurso de Nulidad Nº 615-2015, sobre el cual versa el proceso penal seguido contra A F F por haber ordenado el desvío de fondos públicos al Servicio de Inteligencia Nacional (SIN) para la compra de diversos titulares de diarios nacionales, llamados Diarios Chicha, con el fin de favorecerlo en su campaña de reelección presidencial. Respecto a ello, la Corte Suprema determina que A F F no puede ser autor del delito de peculado, dado que como delito de infracción de deber requiere la existencia de un deber positivo institucionalizado que lo vincule a ello, en ese sentido, en su condición de Presidente de la República, no presenta ningún deber establecido respecto a la administración o custodia de los caudales del SIN. La metodología empleada requirió la revisión y análisis de jurisprudencia nacional, así como de doctrina extranjera y nacional relevante para la materia tratada. Tras el desarrollo se concluye que dada la postura asumida por el Tribunal Supremo siempre tendríamos que remitirnos a un deber específico identificado que le compete al funcionario público para ser imputado como autor de peculado. No obstante, esta posición no resulta la más adecuada y genera que se vuelva una imputación administrativa de un delito y no sea coherente con la protección de bienes jurídicos establecida en nuestro ordenamiento penal.

Hechos imputados en el caso. Consecuentemente, el R.N. Nº 615-2015-LIMA. Nº615-2015 detalla los hechos imputados contra A F F, el cual se desarrolla como sigue. En virtud del Dictamen de acusación de fecha 11 de marzo de 2013, se le atribuye a A F F, en su condición de Presidente de la República, el haber ordenado durante los años 1998 al 2000, sin sustento legal, el desvío de fondos tanto de la Fuerza Aérea como del Ejército Peruano al Servicio de Inteligencia Nacional por un monto aproximado de S/. 122' 000,000.00 nuevos soles. Con ese propósito, a través de los denominados Gastos Reservados se usaron estos fondos del Servicio de Inteligencia Nacional para comprar diversos titulares de diarios nacionales, denominados Diarios Chicha, para favorecerlo durante su campaña de reelección presidencial (periodo 2000-2005), con el propósito de manipular e influenciar en la opinión pública a costa de sus adversarios políticos.. Dado los hechos, el Ministerio Público le imputó la comisión del delito de Peculado doloso previsto en el artículo 387 del Código Penal, solicitando que se le impongan 8 años de pena privativa de libertad y 3 años de inhabilitación, al igual que el pago de una reparación civil de S/. 3'000,000.000 nuevos soles, que pagará solidariamente con los otros partícipes.

En la sentencia de primera instancia se analizó 2 hechos controvertidos sobre los cuales versa el desarrollo que hace la Corte Suprema, estos son: i) Si, el encausado A F F, en su calidad de Presidente de la República en la fecha de los hechos, puede tener la calidad de sujeto activo del delito de peculado; y, II) Si el encausado ordenó o tuvo conocimiento del desvío de fondos públicos provenientes de la Dirección de Inteligencia de la FAP y de la Dirección de Inteligencia del Ejército hacia el Servicio de Inteligencia Nacional (SIN)- fondos reservados-, para el pago de los denominados Diarios Chicha.

Respecto al primer punto, el Tribunal Supremo señaló que para atribuir responsabilidad penal tiene que existir una vinculación funcional por razón de su cargo respecto a la administración o de ser el caso custodia de los caudales o efectos públicos. Este aspecto encuentra su fundamento en un componente normativo que debe ser verificado en el sector donde se vincula el autor, mediante la ley de la materia- ROF, MOF, etc. Del análisis de las declaraciones y verificación de

las normas respectivas, el Tribunal Supremo determinó que A F F no ostentaba de vínculo funcional normativo respecto a la administración y custodia de los caudales del SIN, no pudiendo calificar como autor del delito de Peculado.

Finalmente, respecto al segundo punto, sobre si A F F ordenó o tuvo conocimiento del desvío de los fondos, el Tribunal Supremo señala que el ex presidente no tuvo intervención alguna en los hechos que son materia de imputación, es así que, en base a dichos fundamentos, decidió absolver al encausado A F F, declarando la nulidad de la sentencia del 8 de enero de 2015.

I.2 Problemas jurídicos identificados en el RN 615-2015. A partir de los hechos expuestos, el Tribunal Supremo decidió absolver al ex presidente A F F del delito imputado, dado que en virtud de la conducta concreta del encausado, al analizarla en virtud de la imputación objetiva, es decir, respecto a la existencia de la vinculación funcional por razón de su cargo concluyó expresamente que “el recurrente no tuvo la posesión, ni la disposición de los causales públicos, es decir, no ostentaba el vínculo funcional normativo que lo determina a administrar o custodiar los caudales del SIN- no lo vincula una posición de garante específico- más aún si desconocía del plan paralelo para su campaña realizado por M T, ni tuvo contacto con los editores de los denominados Diarios Chicha. Lo señalado nos lleva a plantearnos el problema principal de este trabajo académico:

¿Cuál es la postura desarrollada por la Corte Suprema para resolver el Recurso de Nulidad N° 615 – 2015- LIMA, respecto a la autoría en el delito de peculado doloso, en vinculación al proceso penal seguido contra A F F la compra de diversos titulares de diarios nacionales?

Las preguntas que serán de ayuda a resolver el problema principal son las siguientes: ¿Cuáles son las tesis existentes en la doctrina para el estudio y análisis de la autoría y participación en los delitos especiales?, y finalmente, ¿Cuáles son los fundamentos que usa la Corte Suprema para sostener que el delito de peculado es de infracción de deber?

II. Elementos del delito de peculado para el análisis de los problemas jurídicos del Recurso de Nulidad N°615-2015-LIMA. Dado que el trabajo académico tiene como centro de sus objetivos el análisis del R.N. N°615-2015 en relación a la autoría en el delito de peculado doloso como delito especial, me remitiré a profundizar en los elementos del tipo penal que son relevantes para el propósito de esta investigación, para así no caer en un desarrollo superfluo de otros aspectos del delito que también generan debate y son motivos de estudio. Es por esta razón que me limitaré a enfocarme en tres aspectos fundamentales para la finalidad de esta investigación; primero, partiré por desarrollar cuál es bien jurídico protegido general como delito contra la administración pública y el bien jurídico específico del delito de peculado; segundo, expondré cuál es el fundamento presente en los llamados delitos especiales; y finalmente, pasaré a desarrollar el vínculo entre el funcionario público y los caudales o efectos. Ahora bien, antes de pasar al desarrollo respectivo, comencemos por describir el tipo penal regulado en nuestro Código Penal para entender cuál es la tipificación establecida: 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.

II.1 El bien jurídico protegido en el delito de peculado. Para desarrollar este punto, será necesario tener en mente la siguiente premisa, no existe un concepto único de bien jurídico y no todos los bienes jurídicos son bienes jurídicos penales, dado que se han presentado diferentes acercamientos dogmáticos que buscan dotarlo de contenido en el tiempo y a su vez la protección

de los mismos no solo puede derivarse de las normas penales. En este apartado se pretende inicialmente hacer un breve desarrollo de las nociones vinculadas a las principales teorías de los bienes jurídicos, para luego comprender su relevancia en el Derecho penal y cómo el Tribunal Constitucional se ha vinculado con dicha concepción. Luego se buscará comprender la teoría de los bienes jurídicos en los delitos contra la administración pública, para lo cual se describe la teoría del bien jurídico general y el específico. Finalmente, se planteará las teorías del bien jurídico relacionadas al delito de peculado y a cuál se adhiere nuestra jurisprudencia. Ahora, si bien no se pretende hacer un análisis exhaustivo de todas las teorías en torno a los bienes jurídicos, es importante describir brevemente su evolución como concepto central en el derecho penal, ya que recordemos que nuestro Código Penal establece en el artículo IV del Título Preliminar lo siguiente: La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley. El profesor Abanto (2014) señala que la concepción tradicional de la protección de bienes jurídicos en el Derecho penal marcó el inicio del llamado principio de lesividad u ofensividad (p.14).

. Al respecto, la Corte Suprema ha señalado en la Casación N° 634-2015/LIMA la autonomía del concepto así como el no ser una cláusula cerrada, al respecto en su fundamento segundo señala: La autonomía propia de ese concepto, en sede penal, y su carácter funcional, determinó que el artículo 425 del Código Penal contemple una forma abierta. El último numeral, en todas las normas legales, establece: “Los demás indicados por la Constitución Política y las leyes. Dado ello, en este trabajo se sostiene lo manifestado por el profesor Montoya (2015) quien señala que “(...)para definir el concepto de funcionario público en el Derecho Penal es importante determinar quiénes pueden lesionar, por su proximidad y función, el correcto funcionamiento de la administración pública” (p. 39). Existe en la doctrina dos presupuestos adheridos al concepto de funcionario público desarrollado por el profesor Montoya (2016); “el primero, la persona deberá estar incorporada a la actividad pública (título habilitante); segundo, la persona debe ejercer la función pública”. A su vez el profesor señala que estos deben ser entendidos como una “Incorporación heterónoma a la función pública” y “Posibilidad efectiva de desempeñar el cargo público” (p. 40). En relación, al título habilitante por el cual se requiere la existencia de un título ya sea mediante designación, elección o selección de la persona para desempeñar actividades dentro de la Administración Pública, deben ser leídas en articulación con los tratados internacionales en materia, estos son Convención Americana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Montoya, 2015). Esta lectura conjunta con los tratados internacionales como la Convención Interamericana contra la Corrupción suscrita por el Perú, se encuentra evidenciada también en la Casación N° 634-2015/LIMA, dado que la Corte Suprema de manera muy acertada señala en el fundamento tercero que debemos tomar en consideración los conceptos y elementos desarrollados sobre el rol de la función pública, por lo tanto, de los funcionarios y servidores públicos. 25 Al respecto, se pueden precisar los siguientes elementos que son rescatados en ambas Convenciones internacionales: 1 “No importa la denominación o nomen Iuris(...)

2 Título habilitante: (...) señala como título de incorporación a la selección, designación y/o elección, elementos que, como ya se ha visto, incorporan todas las posibilidades de acceso a la función pública de forma heterónoma. 3 Irrelevancia del nivel jerárquico: como señala la CICC, será funcionario público aquel que cumpla con los elementos anteriormente descritos, en todos los niveles jerárquicos.

4 Irrelevancia del carácter remunerado u honorífico del cargo.” (Montoya, 2015, p. 42) Para finalizar el último punto de este apartado, es inevitable señalar algunos casos especiales, no

ajenos a nuestra realidad nacional, son los llamados funcionarios de facto o lo que usurpan funciones en la administración pública. Sobre ello, resulta importante citar el caso seguido frente a V M T tras la difusión de los llamados “Vladivideos”, donde se observa a este haciendo entrega de dinero a políticos y autoridades del país. Respecto a este caso, se llegó a condenar a V M por el delito de peculado doloso, pese a que no ostentaba el cargo de Jefe del SIN ya que no contaba con un título habilitante en el sentido descrito, pero en la realidad cumplía dichos roles y actuaba como si lo fuera. Respecto a ello el Tribunal Constitucional en el 2004, mediante sentencia recaída en el Expediente 2758-2004-HC/ TC, fundamento 10 señaló: En conclusión, en los casos de funcionarios de facto (como el de Montesinos), el sujeto ya ha sido incorporado a la función pública y tiene el poder necesario para vincular al Estado con sus actos; por lo tanto, debe ser considerado funcionario público. A modo de recapitulación de este apartado, al igual que lo expuesto por el profesor Montoya, considero que cuando analicemos el delito de peculado, debemos partir por señalar que este es un delito que vincula a los funcionarios públicos, y su justificación no se da solo en base a un presupuesto meramente formal, sino que existe una especial vinculación de cercanía para lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos que protege los delitos contra la administración pública. En consecuencia, en base a lo expuesto, queda claro que el fundamento presente en los delitos de infracción de deber para Roxin, corresponde a un deber extrapenal que es infringido, por lo que ahora resulta necesario analizar cómo este presupuesto se relaciona con los supuestos de coautoría, autoría mediata y la intervención de un extraneus. Respecto a la autoría y participación, considerando lo sostenido, si para Roxin será autor quien posea el deber extrapenal existente, ello significa que quien no cumpla tales condiciones no podrá nunca responder como autor. En base a ello Sánchez- Vera (2002) señala que “de esto se deducirá que solo cumple el tipo penal quien quebranta el deber y, a su vez, quien quebranta el deber, cumple siempre por ello con la descripción típica y es por tanto, siempre, autor” (p.32). En ese sentido, “el no cualificado con el deber específico no puede ser nunca autor” (Sánchez-Vera, 2002, 32). Y de esta forma haciendo referencia nuevamente a SánchezVera (2002): “Roxin llega a la conclusión de que participe en los de infracción de deber será aquel que coopera en la realización del tipo en alguna manera, pero son lesionar el deber especial extrapenal que fundamenta la autoría” (p. 32). En este punto, otro aspecto importante que debe mencionarse, es la posición de Roxin frente a los delitos comisivos y omisivos en relación a la infracción del deber. Al desarrollar tales enunciados. “En efecto, Roxin señala que, puesto que en el delito de infracción la base de la responsabilidad es la lesión de un deber específico, sería de todo punto irrelevante si la lesión se produce por acción o por omisión” (Sánchez-Vera, 2002, p. 32). 36 Hasta ahora se ha expuesto la teoría planteada por Roxin, la cual fue desarrollada hace aproximadamente más de 4 décadas, por lo tanto, en base a lo detallado, es posible señalar a modo de resumen algunas premisas que se concluyen de su propia teoría y que servirán para al análisis posterior con el propósito de cumplir los objetivos de este trabajo académico: Primero, el deber extrapenal al que se refiere son deberes previos existentes, como realidad previas ya presentes, es decir, “ se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico de la norma y que, por lo general, se originan de otras ramas jurídicas” (Roxin, 2000, p. 387). Segundo, el deber extrapenal presente en los delitos de infracción del deber será solo fundamento para determinar la autoría, como bien expresa Sánchez-Vera (2002) al desarrollar los postulados de Roxin, “en cualquier caso, el fundamento último de la punibilidad- señala Roxin- es también aquí, como siempre, la lesión de bienes jurídicos; el incumplimiento del deber especial fundamenta tan solo la autoría” (p. 31). Tercero, solo podrá ser autor de un delito de infracción del deber quien posea el deber extrapenal, en ese sentido, quien carezca de tal deber no podrá ser nunca autor, y deberá responder como



partícipe, en virtud de la cooperación que realice respecto al tipo. Cuarto, para Roxin no resulta trascendental si trata de una acción u omisión cuando se está al frente de un delito de infracción de deber, dado que en ambos casos si se está frente a la infracción del deber extrapenal, el sujeto obligado responderá siempre como autor. Con estas premisas breves desarrolladas podemos comprender el planteamiento de Roxin, el cual, si bien permite explicar determinadas realidades que no fueron posibles con la anterior teoría, está sujeta a críticas y como lo menciona Sánchez-Vera en su texto: “En verdad, Roxin no ha fundamentado el delito de infracción de deber suficientemente, ni, por otra parte, ha investigado sus casos de manera detallada. Pero es que, por lo demás, tampoco lo ha pretendido” (2002, p.33).<sup>37</sup> Es así que podemos recoger entonces que respecto a los delitos de infracción de deber, “En todos estos delitos el obligado tiene una especial relación con el contenido del injusto, el deber que porta lo convierte en «figura central» del suceso de la acción” (Caro John, 2002, p. 4); sin embargo, como menciona profesor Caro John(2020): Roxin no fundamenta en qué consisten esos deberes extrapenales conformados como realidades previas al tipo, dejando más bien al legislador la tarea de regular los tipos, bien en función de delitos de dominio o de infracción de deber, porque, a su juicio, finalmente es una cuestión que atañe a la decisión valorativa del legislador (p.4).

Este escenario abierto a crítica y de mayor profundización fue recogido después por el profesor Jakobs, quien termina elaborando una teoría de la infracción del deber que será explicada en el próximo apartado. III.2.2 Tesis de Günther Jakobs. Como se expuso, se ha desarrollado la teoría de la infracción del deber desde la postura del profesor Roxin, ahora este apartado se centrará en explicar otra tesis vinculada referente a la infracción de un deber pero que a diferencia de Roxin se fundamenta en el carácter institucional del deber, esta es la tesis del profesor Günther Jakobs. Para ello, partiremos por detallar de manera breve los postulados dogmáticos que fundamentan el Derecho Penal para el profesor Jakobs, quien a diferencia de Roxin, no comparte la postura que la función del derecho penal protege subsidiariamente bienes jurídicos sino la estabilización normativa, posteriormente, pasaremos a analizar los fundamentos que diferencian su teoría de la infracción del deber. Resulta importante comprender que “en la concepción de Jakobs, el Derecho penal obtiene su legitimación material de su necesidad para garantizar la vigencia de las expectativas normativas esenciales” (Jakobs, 1997a, p. 18). En ese sentido Jakobs señala que “la contribución que el Derecho penal presta al mantenimiento de la configuración social y estatal reside en garantizar las normas” (1997b, p.45).<sup>38</sup> Sobre ello es importante tener en cuenta que el derecho penal no se involucra en cualquier hecho o situación, al respecto Jakobs (1997b) menciona que “Al Derecho penal no le interesa toda alteración perjudicial para un bien en tanto que situación valorada positivamente; más bien la alteración debe dirigirse contra la propia valoración positiva” (p. 46). Como ha quedado expuesto, para el profesor Jakobs el derecho penal cumple una función de estabilización normativa o también llamada de vigencia de la norma, es por ello que a diferencia de Roxin, no comparte la tesis de la protección de bienes jurídicos. En ese sentido, al hablar de bienes jurídicos, señala citando a Welzel que “El bien jurídico se ha convertido en un auténtico Proteo, que en las propias manos que creen sujetarlo se transforma en seguida en algo distinto” (Jakobs, 1997b, p. 47-48). Dentro de este orden de ideas y frente a la tesis que es defendida por Jakobs, el profesor Roxin al plantear su diferencia de las bases del sistema que defiende, es expreso al señalar en sus palabras que: “Pero mientras yo baso mi sistema en finalidades políticocriminales, JAKOBS, renunciando a ello, ve el fin del Derecho penal únicamente en la estabilización del contenido de la norma desde fundamentos de la teoría de sistemas” (2012, p. 13). Es por ello que critica abiertamente la tesis defendida por Jakobs la cual señala, entre otros postulados, que el castigo funciona solo para confirmar la clamada vigencia

normativa (Roxin, 2012), pues para Roxin (2012) “El daño a la vigencia de la norma, como JAKOBS caracteriza el delito, carece de todo contenido empíricamente aprehensible, pues es una pura adscripción” (p. 16). Como acabamos de señalar, si bien la postura de Jakobs sobre la función del Derecho penal también es criticada, ahora corresponde detallar la tesis de la infracción de deber defendida por el autor, dado que el aporte que realiza para el desarrollo de esta teoría resulta fundamental, ya que profundiza en determinados conceptos y nociones planteadas por Roxin y cuyos fundamentos han sido recogidos en nuestro ordenamiento jurídico, 39 como ocurre en el caso del R.N. N° 615-2015-LIMA materia de análisis, cuyo desarrollo corresponde al último apartado de este trabajo. Para ilustrar lo recientemente manifestado sobre dicha jurisprudencia, se puede hacer referencia a uno de los fundamentos que realiza la Corte Suprema en el R.N. N° 615-2015-LIMA al analizar el delito de peculado, dado que afirma que: “En la doctrina se ha establecido que el delito de peculado constituye un delito especial de infracción de deber fundamentado en instituciones positivas” (Fundamento 2.1.1). Esta fundamentación en las instituciones positivas nos remite inmediatamente a la tesis del profesor Jakobs que ahora se expondrá. Por ello, para facilitar la comprensión respecto al desarrollo de la teoría de infracción de deber de Jakobs; primero detallaremos los fundamentos presentes en su teoría; segundo, analizaremos las diferencias de las dos competencias planteadas por el autor; tercero, detallaremos cómo se vincula la autoría y participación en los delitos de infracción de deber; cuarto, abordaremos cuál es a noción de las llamadas instituciones; y finalmente, analizaremos cuáles son las semejanzas y diferencias que presenta con la tesis desarrollada por Roxin. Con esta premisa expuesta pasaremos a desarrollar el primer punto, las bases que fundamentan el postulado del profesor Jakobs, la cual se puede concretar del siguiente modo: “Esta señala que existen dos tipos de deberes (correspondientes a dos ámbitos de competencia)” (Montoya, 2015, p. 53). Es por ello que para Jakobs en la realidad una persona puede estar sujeta a un denominado deber organizacional y otro llamado deber institucional. Al respecto, del mismo modo que Roxin hace una clasificación de dos categorías de delitos, aquellos de dominio del hecho y los de infracción del deber (Sánchez-Vera, 2002), como bien menciona Sánchez-Vera (2002), “Jakobs establece también una clasificación bifronte de los delitos; a saber, en “delitos de dominio”- también por él llamados “en virtud de una organización” o, simplemente, “de organización”- y en “delitos de infracción de deber” (p. 37-38). 40 La fundamentación de ambos tipos de delitos se diferencian en su imputación o responsabilidad (Sánchez-Vera, 2002, p. 38), en consecuencia “en los delitos de dominio del hecho se trata de responsabilidad en virtud de la propia organización; en los de infracción de deber, en virtud de una relación de carácter institucional”(Sánchez-Vera, 2022, p.38). Sobre este particular punto, el profesor Caro John (2002) señala que para Jakobs la diferenciación que realiza frente a ambos tipos de delitos tendrá su justificación en la incumbencia del autor, expresamente señala que Jakobs: En el marco de un pensamiento normativista del sistema del Derecho penal, en los últimos veinte años ha orientado su ponencia dogmática a una fundamentación ampliada de los delitos de infracción de deber. En Jakobs la distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber se explica mediante el criterio del ámbito de competencia del autor (p. 4). En ese sentido, como segundo punto, debemos comprender cuál es la tesis que sostiene ambos tipos de delitos y a qué hace referencia Jakobs cuando habla de competencia por organización y competencia de carácter institucional, siendo este último el vinculado a los delitos de infracción de deber. Respecto a la competencia por organización, expone el profesor Caro John (2002) que “el primer fundamento de la responsabilidad penal lo conforma la lesión de los deberes generales de actuación, los mismos que en la terminología jakobsiana se conocen como deberes en virtud de competencia de organización” (p. 4). En ese sentido, la

existencia de estos deberes serían atribuidos a todos los ciudadanos, por lo que “la norma se dirige al ciudadano con la expectativa de que este no invada la esfera de libertad ajena a través de un comportamiento comisivo u omisivo” (Montoya, 41 2015, p. 53). En ese sentido si se pretende hacer un símil con los postulados de Roxin sería un semejante con los delitos de dominio (Caro John, 2002). En cuanto al fundamento de la competencia institucional, el profesor Caro John (2002) explicando los postulados de Jakobs señala que esta “viene dada por la inobservancia de deberes especiales, esto es, deberes en virtud de competencia institucional —a los que pertenecen los delitos de infracción de deber” (p. 5). Es por ello que cuando se establecen las diferencias con la competencia de organización se menciona que tiene que ver “(...) con la inobservancia de los límites trazados por un estatus especial” (Caro John, 2002, p. 5). Ahora bien, desarrollada las diferencias entre ambas competencias, corresponde analizar el tercer punto, referente a la repercusión al momento de imputar autoría y participación en los delitos de infracción de deber, y si es posible que se presenten casos de coautoría y autoría mediata, partamos por mencionar lo que Sánchez- Vera (2015) señala : En primer lugar, mientras que la autoría y participación en los delitos de organización se constituye y determina mediante el dominio del hecho- más exactamente: mediante el quantum de lo organizado-, en los delitos de infracción de deber- en idéntico sentido que Roxin- la autoría la constituye la lesión del deber (p. 39). En por ello, que responderá como autor aquel quien posea la obligación constituída por el estatus que se le atribuye, en ese sentido, como nuevamente señala Sánchez-Vera “la incumbencia del interviniente- obligado respecto al suceso no viene, pues, delimitada por la regla de si domina o no el hecho (...), sino que se determina en virtud del especial estatus del sujeto” (p. 39). Lo mencionado anteriormente permite explicar la autoría, dado que ya que no importa el dominio del hecho, “cae por su propio peso la diferencia entre autoría y participación; antes bien, todo obligado especial que quebrante el deber será autor” (Sánchez-Vera, 2015, p. 39). Esta noción nos permite aducir inicialmente que en este tipo de delitos no podría hablarse de participación de aquel quien posea el deber, dado que siempre responderá como autor. 42 Como se puede apreciar de lo expuesto por el profesor Caro John (2002) quien señala que: “En esta categoría de delitos el obligado especial responde siempre como autor y no como partícipe” (p. 10), y a su vez “la infracción del deber no admite cuantificación porque su concreción no depende de cuánto se aporte al hecho o de quién hace más o de quién menos” (p.10). Por dichas razones, en otras palabras, no podrá responder como partícipe quien tenga el deber y solo podrá ser autor. Bajo estas consideraciones, no puede hablarse de accesoriedad de la participación en los delitos de infracción de deber dado que “es un concepto que no desempeña ningún papel en los delitos de infracción de deber, ella pertenece más bien a los delitos de dominio”(Caro John, 2002, p.10). En ese sentido, la evaluación de los criterios de accesoriedad que la hacen depender de la autoría corresponden solo a los delitos de dominio y no de infracción de deber. Siguiendo con otras formas de autoría, compete analizar la coautoría en estos delitos, entonces, si para Jakobs este deber le corresponde al sujeto como parte de su estatus, y en virtud de la institución previa existente del cual forma parte, no sería posible admitir un reparto de funciones entre dos sujetos que los vincule como coautores, dado que, si ambos presentan dichos deberes de carácter institucional, ambos tendrán que responder como autores. En ese sentido, para el profesor Caro John (2002) “La inadmisibilidad de la coautoría se explica en que ésta presupone el mismo criterio de imputación para todos los coautores, mientras que la lesión del deber es totalmente personal e independiente” (p.11). Por tal razón no podría presentarse coautoría “ni cuando los intervinientes son intranei, ni cuando un intraneus y otro extraneus llevan a cabo conjuntamente el hecho típico. (Caro John, 2002, p. 11) Por lo que se refiere a la autoría mediata, ocurre lo mismo, “donde tampoco existe una lesión común del deber entre el hombre de



delante y el hombre de atrás” (Caro John, 2002, p.11), por lo tanto, al igual que en la autoría, no tiene importancia si el hombre de atrás o adelante es intraneus o extraneus (Caro John, 2002), no se podría imputar coautoría. 43 A modo resumen respecto a las modalidades de intervención, el profesor Caro John (2002) señala que: (...) como el deber especial compete sólo a su portador, es decir, es personal, y la infracción del deber no depende de cuánto se domine en una situación típica, el obligado especial ha nacido para ser sólo «autor directo», y no así coautor, ni autor mediato, ni partícipe (instigador o cómplice). (p.12) Ahora bien, corresponde abordar el cuarto punto, referente a cuál es la noción o concepto de las llamadas instituciones que caracterizan al grupo de los delitos de infracción de deber. Como bien se ha venido señalando, para Jakobs los delitos de infracción de deber están vinculados con la existencia de determinados deberes de carácter institucional. El profesor Caro John (2002) para explicar la noción de estas instituciones, cita a Jakobs y señala que “Una «institución es entendida en el sentido de las ciencias sociales como la forma de relación duradera y jurídicamente reconocida de una sociedad, la que está sustraída a la disposición del hombre individual y que más bien la constituye»” (p. 6-7) La diferencia que representa los deberes institucionales es que estos no solo implican un mandato a no dañar los bienes jurídicos ajenos sino que tiene una exigencia positiva. Sobre ello, Caro John (2002) menciona que el deber institucional va orientado al obligado especial “(...) no para que simplemente «no dañe» los bienes de los demás, sino para que fomente y mantenga seguros los bienes situados bajo su esfera jurídica frente a las amenazas ajenas de peligro o de lesión” (p. 7). Al clasificar estos deberes, Jakobs (1997b) menciona en su tratado “Por eso sólo se tienen en cuenta las siguientes: las relaciones paterno-filiales y sus sustitutos, el matrimonio, la confianza especial, así como-para los deberes genuinamente estatales- las relaciones estatales de poder” (p. 994). No obstante, como bien menciona Sánchez-Vera (2002), “más tarde, ha reducido la lista, al suprimir de la misma la institución matrimonial” (p. 41). 44 Como último punto de este desarrollo, habiendo detallados aspectos importantes de la tesis de Jakobs, y así como, una vez expuesta la tesis de Roxin, en un apartado anterior, resulta relevante resaltar algunas semejanzas y diferencias que se han podido observar del estudio de ambas tesis respecto a la infracción del deber. Respecto a la autoría y participación al igual que Roxin, se señala lo siguiente en su postulado: “mientras que en la autoría y participación en los delitos de organización se constituye y determina mediante el dominio del hecho- más exactamente mediante el quatum de lo organizado-, en los delitos de infracción de deber- en idéntico sentido que Roxin- la autoría la constituye la lesión de deber”. Jakobs subraya, igual que Roxin, que en el delito de infracción de deber el especialmente obligado habrá de responder, en principio, como autor (Sánchez-Vera, 2002, p. 39). Otro aspecto importante se relaciona frente a la omisión, dado que, como menciona Sánchez- Vera (2002), “Jakobs llega a la misma conclusión que Roxin: en los delitos de infracción de deber existe equiparación por acción y aquella otra por omisión”(p. 39-40), en otras palabras, al final no resulta relevante si la conducta del autor es comisiva y omisiva, lo que importa es el cumplimiento o no del deber (Sánchez-Vera, 2002). Como otro elemento que relaciona a ambos autores, vinculado a sus principales fundamentos, recordemos que Roxin habla de determinadas realidades las cuales ya se encuentran presentes, sobre este aspecto, Sánchez-Vera (2002) indica que “Jakobs, por su parte, se ha esforzado en precisar las particularidades de los deberes que nacen de esas ◊” (p.40) En este sentido, “las realidades previas ya conformadas de que hablara Roxin no son otra cosa que “instituciones”” (Sánchez-Vera, 2002, p. 40), ello se explica en que la persona ingresa a una realidad ya conformada bajo una serie de instituciones que le otorgan un determinado estatus (Sánchez-Vera, 2002). Habiendo expuesto los diversos puntos sobre la teoría de Jakobs e incluso presentado un breve desarrollo sobre las semejanzas y diferencias respecto a la teoría de la

infracción 45 de deber de Roxin, podemos concluir a modo de resumen, que la infracción de deber para Jakobs implica: Por un lado, para Jakobs a diferencia de Roxin, los deberes de infracción de deber se fundamentan en los deberes institucionales, como menciona el profesor Montoya (2015) citando a Sánchez- Vera “(...) nacen de un estatus del sujeto (deberes positivos)” (p. 53). Por otro lado, la diferencia entre los deberes de organización e institucionales es, como expone Sánchez- Vera (2002) que para “(.)la responsabilidad por organización se imputa consecuencias de la propia organización; en la responsabilidad en virtud de una institución, por su parte, existe responsabilidad como corolario de la previa existencia de un mundo en común entre bien jurídico y autor” (p. 38) Asimismo, “en Jakobs, el criterio de la lesión del deber ya no es solo una regla para determinar la autoría, sino que es, además y sobre todo, fundamento esencial de la imputación jurídico penal” (Sánchez-Vera, 2002, p. 39). Por último, estas llamadas instituciones, son preexistentes a la persona, es decir, “la cualificación especial del autor se basa en la existencia de una institución, en la que se encuentra inmerso el autor” (Sánchez-Vera, 2002, p. 41). Hasta ahora se han desarrollado dos tesis importantes en vinculación a la infracción de deber, las cuales permitieron resolver determinados problemas presentes en la teoría del dominio del hecho también analizada. No obstante, si bien tanto la teoría de la infracción del deber de Roxin y Jakobs tienen gran influencia en la jurisprudencia nacional, especialmente el R.N. N° 615-2015-LIMA materia de análisis, resulta fundamental abarcar ahora otra teoría que posibilita la sanción de los delitos cometidos por funcionarios públicos pero bajo otros presupuestos. Entrar al análisis de una tercera teoría es necesaria porque nuestra Corte Suprema utiliza la teoría de infracción de deber para absolver a A F F argumentando que no existió un deber positivo institucionalizado que lo vinculara con los fondos del SIN. Este fundamento a crítica personal resulta peligroso, en tanto se buscaría siempre una especie de infracción administrativa para poder imputar autoría en el delito de peculado. Es por ello que, la teoría sobre la vulnerabilidad del bien jurídico que ahora 46 será expuesta resulta importante porque esta se basa en el vínculo real del funcionario respecto a la vulnerabilidad del bien jurídico. III. 3 Teoría sobre la vulnerabilidad del bien jurídico en los delitos especiales El desarrollo de la teoría sobre la vulnerabilidad del bien jurídico de este apartado requiere que nos remitamos a la tesis planteada por el profesor Schünemann. Es por ello que en este apartado corresponde remitirse a determinados puntos; primero, detallar el planteamiento propuesto por Schünemann; segundo, estudiar cuáles son las críticas que realiza a Roxin y Jakobs; y finalmente, cómo se vincula esta teoría con los fundamentos de la autoría y participación. Ahora bien, partamos por señalar lo expuesto por el profesor Montoya (2015) citando a Gomez sobre la teoría de la vulneración del bien jurídico, este menciona que “parte por preguntarse cuáles son las necesidades político-criminales detrás de la decisión del legislador de elaborar un delito especial” (p.54). En esta misma línea, al explicar la concepción de Schünemann sobre los delitos especiales, Gomez (2014) señala que para el profesor alemán: “la limitación de la autoría que tendría lugar en delitos especiales como los delitos contra la función pública (...) no podría ser explicada con la simple referencia a la infracción de un especial deber jurídico extrapenal. Es por ello que Schünemann (2018) realiza una crítica fuerte al expresar cómo en nuestra jurisprudencia nacional, ha seguido los postulados de Jakobs, sobre este particular considera que resultaría confuso que: (...)no se puede compatibilizar con los fundamentos legales del derecho penal peruano una teoría del hecho punible que se conforme con la infracción de cualquier deber y que no tenga en consideración que un bien jurídico tutelado por la ley debe ser lesionado o puesto en peligro (101). Schünemann (2018) señala que el derecho penal “(...) debe, por lo tanto, dirigir sus normas prohibitivas prioritariamente a aquellas personas que ejercen el dominio decisivo sobre el proceso causal dañoso”(p. 101). Es por ello que plantea que este dominio se presentará mediante 2

aspectos: “como dominio de vigilancia o supervisión de una fuente de peligro, y como dominio de protección sobre el bien jurídico vulnerable y puesto en peligro” (Schünemann. 2018, p. 101). A su vez, respecto a estas 2 formas realiza una subdivisión, en relación al dominio de vigilancia o supervisión de fuente de peligro menciona que esta se separa “según si la 49 fuente de peligro consiste en una acción humana activa o en una cosa peligrosa” (p. 101). Respecto al dominio de protección sobre el bien jurídico o puesta en peligro se vincula a la vulnerabilidad del bien jurídico presente. Desarrollemos ahora un aspecto relevante de los delitos de omisión impropio y su relación con lo abordado por el jurista alemán, dado que Schünemann (2002) señala que para el tiempo que Roxin exponía sobre los llamados delitos impropios de omisión y los consideraba como delitos de infracción de deber, existía en la jurisprudencia alemana la vinculación a la teoría formal del deber jurídico. La teoría formal del deber jurídico implicaba hacer “depender la equiparación de la omisión con el hacer activo de que se haya lesionado un deber de actuar del autor proveniente especialmente de la ley o de un contrato, es decir, de una fuente del Derecho extrapenal” (Schünemann, 2006, p. 288). Del mismo modo, continúa señalando Schünemann (2006) que Roxin fundamentó otros delitos especiales como delitos que requieren la infracción de un deber extrapenal como elemento clave de autoría. Esta concepción expuesta es criticada por Schünemann (2006) y basándose en el ejemplo del caso de una niñera, quien al incumplirse algún elemento propio del Derecho civil tiene un contrato nulo pero de manera consciente permite que el niño bajo su cuidado suba a una fuente y se ahogue, alude que es claro que la niñera en este caso asume una posición de garante frente al niño. Es en base a esta situación que Schünemann (2006) que durante el año de 1971 expuso que la justificación de homologar la omisión con el hacer o comisión “no consiste en la infracción de un deber especial extrapenal, sino en la categoría de la asunción de la custodia y, de este modo, en una relación de dominio sobre el suceso” (p. 289). Sobre ello expone que el dominio no vincula con un hacer activo, al contrario señala Schünemann (2006) esta se justifica “(...) a través de la asunción de la custodia en forma de dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico” (p. 289). En consecuencia, resume Schünemann (2006) que: en los delitos impropios de omisión se trata, en realidad, también de una forma de dominio, es decir, - como la he denominado- de un dominio sobre el fundamento del resultado, consistiendo el fundamento del resultado en los delitos de omisión 50 no en el propio movimiento corporal, sino en una fuente de peligro dominada por el autor, o bien en la situación de desamparo del bien jurídico dominada por el autor (p. 290). Y es en este aspecto que la noción de protección de bienes jurídicos defendido por Schünemann (2006) guarda relación ya que “las normas del Derecho penal con amenaza de pena deben dirigirse, en interés de esta finalidad, a aquellas personas que toman la decisión determinante sobre la cuestión de la lesión al bien jurídico” (p. 291). Frente a lo expuesto es que en opinión de Schünemann (2006) estas nociones también deben vincularse con los delitos especiales y no solo los delitos impropios de omisión, como consecuencia señala que “debe reconocerse también en los delitos especiales que la responsabilidad penal tampoco puede vincularse aquí con la infracción de un deber especial extrapenal como tal” (p. 292). Un elemento particular a resaltar es que para esta tesis no será importante el status del sujeto, como menciona Jakobs al hablar de los deberes institucionales que le otorgan un status especial. Para Schünemann (2006) “(...) lo que importa no es la posesión de un status, sino portar una función, con la asunción de la función se cumplen también los presupuestos del merecimiento de pena” (p. 293). Por estas razones, Schünemann (2006) expresamente ha denominado a estos delitos especiales como “delitos especiales de garantía”, dado que “la posición de autor consiste en una posición de garante penal” (Schünemann, 2006, p. 293). En ese sentido, siguiendo nuevamente a Schünemann (2006) “todo aquel que asume de modo fáctico la relación de dominio se coloca en posición de garante”

(p. 293). En consecuencia, “el criterio de autor en los delitos especiales debe ser buscado, del mismo modo, no en la infracción de un deber formal extrapenal, sino en una situación de dominio sobre el suceso” (Schünemann, 2006, p. 295). Para ejemplificar esta noción, Schünemann (2006) señala “esto es muy evidente en los delitos de funcionarios, porque el funcionario público ejerce un control cualificado sobre el suceso en el marco de su competencia, a raíz del poder estatal del que dispone” (p.295). Dentro de este orden de ideas, como Schünemann habla de delitos especiales de garantía, resulta relevante conocer brevemente la clasificación que el autor mantiene sobre la 51 posición de garante, para lo cual divide la misma en dos grupos, habla de posición de garante en virtud de la defensa en torno al bien jurídico y como la posición de garante en virtud del control de una fuente de peligro (Schünemann, 2006). Tomando en consideración lo señalado, el propio Schünemann reconoce que los delitos especiales en su gran mayoría están conformados por delitos especiales de garante, “en los cuales el dominio de protección sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o el dominio de supervisión o vigilancia de una fuente de peligro fundamentan el injusto” (Schünemann, 2018, p. 103). Y recalca que “la lesión o infracción de deberes institucionales no puede, por lo tanto, fundamentar como regla general ningún injusto penal”(Schünemann, 2018, p. 103). Como último punto de este apartado, abordaremos la vinculación de esta teoría con los fundamentos de la autoría y participación, que interesan para el propósito de este trabajo académico. Al respecto es importante mencionar, sin ánimos de profundizar el análisis en el siguiente apartado, que la Corte Suprema en el R.N. N° 615-2015-LIMA señala expresamente que en virtud del deber especial institucional que vincula al delito de peculado no podría admitirse coautoría ni autoría mediata, a su vez, el imputado AF Fno podría responder como autor de peculado, en tanto, no ostentaba el deber específico respecto a los fondos del SIN. Sobre este caso, el profesor Schünemann (2018) realiza su propia valoración de manera general, y al referirse a la coautoría señala que “no es posible reconocer ningún motivo concluyente por el que el dominio de protección o el dominio de supervisión no puedan ser ejercidos conjuntamente, como sucede con la división del trabajo en el caso del dominio del hecho” (p. 105). Por último, respecto a la autoría mediata expone que tampoco existiría impedimento que se presenten casos de autoría mediata bajo los mismos fundamentos de la autoría, así menciona Schünemann que “en el marco de referencia de la teoría del dominio no existe, sin embargo, ningún reparo fundamental en contra de que el poseedor del dominio utilice para sus planes fuerzas subordinadas (...)” (p. 106). Recapitulando, a lo largo de este tercer apartado se han expuesto diversas teorías con la intención de abordar la autoría y participación en los delitos especiales, para ello, partimos por analizar la teoría del dominio hecho, para luego abordar la teoría de la infracción de deber, y finalmente, estudiar la teoría del dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o también llamada por Schünemann teoría de los delitos especiales de garantía. Como ha quedado claro a lo largo de estos apartados, el propósito del desarrollo de estas cuestiones dogmáticas, algunas de ellas vinculadas a nuestro ordenamiento, tiene como finalidad servir de base para lograr el objetivo del trabajo académico, el cual intenta responder a la siguiente pregunta de investigación ¿Cuál es la postura desarrollada por la Corte Suprema para resolver el Recurso de Nulidad N° 615 - 2015, respecto a la autoría en el delito de peculado doloso, en vinculación al proceso penal seguido contra A F F por la compra de diversos titulares de diarios nacionales?. Con esto en mente, a continuación, corresponde realizar el análisis concreto del R.N. N° 615-2015-LIMA correspondiente al proceso seguido contra AF respecto al delito de peculado doloso, por el cual fue absuelto por nuestra Corte Suprema de Justicia.

IV. Análisis de la teoría de infracción de deber aplicada por la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad 615-2015-LIMA. El Recurso de Nulidad 615-2015-LIMA desarrolla varios temas en

relación al delito de peculado, pero para remitirnos al propósito del presente trabajo académico, se abordará solo determinados presupuestos que permitirán responder a la pregunta de investigación, es decir, comprender los fundamentos que son usados por la Corte Suprema para imputar autoría en el delito de peculado y la noción que desarrolla al catalogarla como un delito de infracción de deber, para partir de ello plantearnos las críticas. En ese sentido, este cuarto apartado se centrará en exponer los aspectos desarrollados por la Corte Suprema al analizar determinados elementos del delito de peculado y al catalogarlo como delito de infracción de deber, luego nos centraremos en analizar cómo tales presupuestos expuestos se relacionan con la teoría de la infracción del deber planteada por Roxin y Jakobs; y finalmente, se pretende analizar desde una perspectiva propia que repercusiones genera la postura adoptada por la Corte Suprema y si la asumida resulta la más conveniente para sancionar este delito. Respecto a la autoría mediata señala lo mismo, dado que en estos casos “(...) tampoco existe una lesión común del deber entre el hombre de delante y el hombre de atrás”, por tal razón, no importará qué posición tenga la persona, pues lo que importa es la relación que tenga respecto al deber institucional, el cual cuando es infringido, la persona se convertirá en autor.(R.N. N° 615-2015-LIMA, p. 16-17). Con estas premisas como base, corresponde desarrollar el siguiente punto de este apartado, es decir, el análisis concreto realizado por la Corte Suprema sobre los hechos del proceso seguido contra A F F por el delito de peculado doloso en calidad de autor. Al respecto nos remitimos a exponer el análisis respecto del primer punto controvertido que desarrolla el Tribunal Supremo, esto es, si A F F pudo ser considerado autor del delito de peculado, en calidad de Presidente de la República. Sobre el particular, la Corte Suprema es expresa al señalar la no configuración de los presupuestos típicos del delito de peculado atribuido a A F F, para fundamentar su postura el Tribunal Supremo, toma en consideración los presupuestos normativos que desarrolló líneas anteriores y determina lo que a continuación se expone: • “Para atribuir responsabilidad penal de peculado a un funcionario o servidor público se tiene que demostrar su vinculación funcional “ por razón de su cargo” respecto de la administración o custodia de los caudales públicos. Este 57 componente normativo de la vinculación funcional tiene que ser verificado en el sector parcial social donde se desenvuelve la conducta del autor por las normas que se regulan en dicho segmento- ley de la materia, ROF, MOF, etc” (...) “Es decir, cada funcionario responde por el deber especial que tiene determinado ámbito de organización (...)” (R.N. N° 615-2015-LIMA, p. 20-23) Por ello, señala que el contenido que se encuentra regulado en el artículo 118, inciso 17 de la Constitución Política es más una atribución general del Presidente de la República, puramente política y de carácter representativo, en ese sentido, no es fundamento de atribución de un deber especial, para ello se debe recurrir a la norma del sector, la cual es la del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN). Al respecto, al verificar la norma del sector, determinó que el vínculo funcional respecto a la administración y custodia de los fondos públicos del SIN le corresponden a la Oficina Técnica de Administración, al ser el órgano encargado de la ejecución y manejo presupuestal, así como la contabilidad y las actividades de tesorería. En base a lo expuesto, la Corte Suprema sostiene que será el Director de la Oficina Técnica de Administrativa del SIN quien tendrá la relación funcional específica, y expresamente señala que “pues en este funcionario público recae el deber institucional de fomentar y mantener seguros los bienes situados bajo su esfera jurídica”. (R.N. N° 615- 2015-LIMA, p. 24). Sobre este deber institucional positivo de fomento nos remitiremos en breve. Finalmente, un aspecto interesante que detalla la Corte Suprema es que no es ajena a la realidad del contexto político y social que existió, es que producto de cierta debilidad institucional se hayan presentado situaciones de administradores de hecho, como se dio en el caso de V M T, quien fue condenado bajo los presupuestos de la figura de funcionario de hecho. No obstante, señala la Corte Suprema, que en



el caso materia de análisis se debió probar no solo la usurpación de facto sino también que producto de esta se configuró el delito de peculado. 58 Hasta ahora se han expuesto los fundamentos materiales que comparte la Corte Suprema al analizar el delito de peculado y su criterio de autoría, y a la vez cómo se materializa en la resolución de un caso concreto, es decir, el proceso recaído en el R.N. N° 615-2015- LIMA que imputó a A F F como autor del delito de peculado doloso, pero que finalmente terminó por absolverlo. Como siguiente punto corresponde analizar tales fundamentos expuestos a la luz de las dos teorías de la infracción de deber desarrolladas en el trabajo académico, se hace referencia a la tesis planteada por Claus Roxin y Günther Jakobs, por tal razón, partiremos primero por resumir la postura del Tribunal Supremo expuesta anteriormente en las siguientes premisas: • Para la Corte Suprema el delito de peculado es un delito especial y a la vez un delito de infracción de deber, dado que el círculo de autoría se encuentra restringido a ciertos sujetos que ostentan determinada cualificación y porque la responsabilidad penal del autor se fundamenta en un deber positivo institucional que es infringido. • En los delitos de infracción de deber donde la autoría reside en la infracción de un deber positivo institucional, rige la imputación por autoría única, esto quiere decir que, para la Corte Suprema en el delito de peculado, no se admite otras formas de intervención como la coautoría ni autoría mediata. • Para la Corte Suprema, para la configuración del delito de peculado se requiere la existencia de una relación funcional del funcionario o servidor con vinculación al patrimonio público que permite restringir el círculo de autoría. En otras palabras, el sujeto debe ostentar un deber positivo institucionalizado que le otorgue la relación funcional respecto a la percepción, custodia o administración del patrimonio público. • Por último respecto a esta relación funcional respecto a la posesión (percepción, administración o custodia) no debe confundirse con una posesión material, sino que debe entenderse como una disponibilidad jurídica, esto quiere decir, que basta que en virtud de esta relación funcional positivizada se le haya otorgado la libertad para que pueda disponer del patrimonio. 59 • Este componente normativo de la vinculación funcional tiene que ser verificado en el sector específico donde se el autor desarrolla sus funciones, específicamente en las normas que se regulan en dicho segmento, ya sea en el ROF, MOF, otras. • Esta vinculación funcional existente en base al deber institucional también implica el fomento o resguardo de aquellos bienes que se encuentran bajo su esfera de protección. Ahora bien, el primer fundamento que nos expone el Tribunal Supremo requiere una remisión a la tesis de la infracción de deber del profesor Jakobs, dado que la responsabilidad en estos delitos se fundamentaría en un deber positivizado de carácter institucional que es infringido. A su vez, que se señale que este deber institucional implique el resguardo de bienes bajo la esfera jurídica del sujeto encuentra vinculación con la categoría de la competencia institucional desarrollada por Jakobs. Respecto a esta competencia institucional, el profesor Jakobs explica que se trataría de deberes que tienen carácter positivo, que a diferencia de la competencia organizacional, la cual relaciona deberes de no hacer o lesionar los bienes de los demás, la competencia institucional exige acciones de fomento, garantía, es decir, deberes positivos, estando los deberes estatales en este grupo. Además, otro elemento importante que se observa de los fundamentos de la Corte Suprema es la restricción de la autoría, para Jakobs será autor quien tenga la obligación generada por el deber de carácter institucional, el cual le otorgó un determinado estatus, en ese sentido, no sería posible la imputación a nivel de coautoría o autoría mediata, tal línea de fundamento es aceptada por nuestro Tribunal Supremo. Además, como se señaló en el apartado correspondiente a la tesis respectiva “en Jakobs, el criterio de la lesión del deber ya no es solo una regla para determinar la autoría, sino que es, además y sobre todo, fundamento esencial de la imputación jurídico penal” (Sánchez-Vera, 2002, p. 39).

Por último, estas llamadas instituciones, son preexistentes a la persona, es decir, “la

cualificación especial del autor se basa en la existencia de una institución, en la que se encuentra inmerso el autor” (Sánchez-Vera, 2002, p. 41).

Como se ha podido observar de estos puntos, el Tribunal Supremo vincula el análisis del delito de peculado como delito de infracción de deber tomando como fundamentos determinados presupuestos presentes en la teoría de Jakobs, tal caso generará una serie de resultados, que ahora expondremos. No obstante, también es importante mencionar algunos aspectos que podrían vincularse con la tesis de Roxin, para ello, recapitulemos lo que se concluyó en el apartado correspondiente a su teoría, en ella se sostiene en que en los delitos de infracción de deber se infringe un deber extrapenal, y estos son deberes ya existentes, los cuales el autor llama realidades previas y que usualmente se originan en otras ramas jurídicas. Este presupuesto, nos tentará a llevarnos a pensar en la referencia a las normas del sector que menciona la Corte Suprema al analizar el caso, dado que habla que para determinar esta relación funcional se debe remitir a sector social donde se desenvuelve el autor, es decir, el ROF y MOF del SIN, con el propósito de determinar si existe el deber establecido dentro sus funciones específicas. Al respecto, es importante hacer mención lo que el mismo Roxin (2000) también expone en su Tratado al mencionar sobre los deberes extrapenales, señala que estos no se tratan de deberes generales como el de la ética pública del funcionario sino que hace referencia a deberes específicos los que harán que un determinado sujeto sea autor cuando los quebrante. Ahora bien, las consecuencias de asumir los fundamentos desarrollados por la Corte Suprema pueden ser vistos en la propia decisión de la sentencia, la cual, sin entrar a analizar otros elementos como las cuestiones probatorias, termina por argumentar la imposibilidad de imputar autoría por el delito de peculado si el funcionario público no tiene un deber positivizado a nivel institucional, que se remita a otro sector, donde se establezca específicamente el deber respecto a la percepción, custodia o administración de los efectos o caudales públicos. Como vimos, la teoría que acoge el Tribunal Supremo toma en cuenta premisas de la tesis de Jakobs sobre la infracción de deber pero también determinados elementos que pueden llevarnos a ciertos postulados de Roxin. Sobre ello, se comparte el análisis crítico que realiza Sánchez - Vera sobre ambos autores, que vincula el desarrollo de sus conceptos. Si bien ambos autores en sus respectivas tesis presentan diferencias, principalmente respecto a lo que representa el deber específico, dado que para Roxin termina siendo el fundamento solo para determinar autoría pero para Jakobs es el fundamento de todo el injusto penal, pese a ello, ambos se encuentran vinculadas, al respecto Sánchez- Vera (2002) señala que: Como se indicó supra, en la opinión de Roxin los conceptos de dominio y deber << se encuentran frente a los tipos correspondientes como realidades previas ya conformadas>>. Jakobs, por su parte, se ha esforzado en precisar las particularidades de los deberes que nacen de esas << realidades previas ya conformadas>>. En primer término, característica de todos ellos es poder ser reconducidos al concepto genérico de “institución”; en otras palabras, las realidades previas ya conformadas de que hablara Roxin no son otra cosa que “instituciones” (p. 40). Desde mi punto crítico puede aducirse que en determinados aspectos ambas teorías pueden complementarse pero también presentan fundamentos que vinculan dogmáticamente a sus autores que marcan una diferencia, por ello, aun si consideramos que ambas tesis son totalmente distintas o no, igual es posible encontrar en el desarrollo de la Corte Suprema fundamentos que se relacionan con ambas, ello ha generado que se resuelva el caso materia de análisis bajo tales premisas y que se sostenga en nuestra jurisprudencia una determinada postura al resolver casos vinculados al delito de peculado. A continuación, como último apartado, corresponde abordar determinadas consecuencias que genera la postura asumida por la Corte Suprema y una apreciación crítica desde la cual se considera debió analizarse el caso correspondiente, para lo cual nos servirá el estudio que realizamos sobre la teoría

sobre la vulnerabilidad del bien jurídico que fue analizada. 62 IV.2 Consecuencias y apreciación crítica de la posición de la Corte Suprema. Como es posible deducir del desarrollo realizado líneas anteriores, la Corte Suprema decidió absolver a A F F de la imputación a título de autoría del delito de peculado doloso por los hechos relacionados a la presunta compra de diarios nacionales para favorecerlo en durante su campaña de reelección en los años 1998-2000, por lo cual se le imputó el haber ordenado el desvío de fondos del presupuesto del SIN, a través de denominados “gastos reservados”. Al analizar todos los elementos y puntos controvertidos, el Tribunal Supremo dentro de los presupuestos que concluye, señala que: (...) Se advierte que el material probatorio actuado no resulta suficiente para generar convicción sobre la responsabilidad penal del encausado F F, por el delito de Peculado, máxime si se tiene que no obra en autos instrumental pertinente que se constituya como suficiente prueba de cargo y permita generar convicción respecto de su responsabilidad penal, ya que no se acreditó la vinculación funcional “por razón de su cargo” del encausado F F para la administración o custodia de los fondos públicos asignados al SIN -fondos de régimen especial (...) (R.N. N° 615-2015-LIMA, p. 46). Al respecto, como se advierte de los presupuestos señalados por la Corte Suprema, el sostener que el delito de peculado es un delito de infracción de deber que requiere la existencia de una relación funcional fundamentado en un deber institucional positivo, va a determinar una restricción en el círculo de autores no solo como delito especial, sino que la exigencia de que el deber esté establecido en una norma del sector, como el ROF o el MOF, a mi parecer no resultaría lo más conveniente. Lo expuesto, tal como es postura del Tribunal, restringe que se pueda imputar otras formas de autoría como la coautoría o incluso autoría mediata, al señalar la existencia de un autor único en estos delitos, podría terminar por contradecir el las reglas de autoría y participación de nuestro ordenamiento jurídico penal (Rodríguez, 2016, p. 11). A mi juicio esta es una consecuencia importante que no debe dejarse de lado.

A su vez, resulta notorio que la Corte Suprema al fundamentar este delito en los deberes institucionales para después reconducirse a las normas que regulan las funciones del sector del SIN no llega a ser a mi parecer muy convincente, dado que no llega a desarrollar de manera más profunda la naturaleza de estos deberes, por un lado nos puede parecer que señala la necesidad de un deber meramente positivizado pero también se vincula con la competencia institucional de Jakobs, la cual implica un deber institucional de carácter positivo, es decir, de acciones de fomento y garantía de protección de bienes. De tomar una postura como la anterior, tendríamos que remitirnos siempre a una norma como el ROF, MOF en la administración pública e identificar el deber específico que le corresponde al funcionario y solo si se encuentra claramente establecida podría infringirla, y consecuentemente ser imputado como autor; sin embargo, esto ocasionaría problemas en la práctica, dado que siempre tendría que existir una mera infracción administrativa, no resultando a primera vista coherente en un sistema donde la protección de bienes jurídicos es esencial. Es por ello que, la teoría de la vulneración de bienes jurídicos resultaría la más pertinente, sin ánimos de aclamar que no presenta también puntos por seguir analizando, pero como se expuso anteriormente, mediante ella Schünemann basa su planteamiento en señalar que para los delitos especiales se debe partir por la pregunta de cuál es la necesidad político-criminal que la fundamenta. En relación a ello, Gómez (2014) señala que Schünemann afirma en vinculación a esta teoría o método “(..) que la razón de ser general de los distintos deberes especiales presentes en los tipos concretos sería la especial lesionabilidad del bien jurídico con respecto al autor descrito en el tipo correspondiente” (p. 328). Como se expuso cuando se desarrolló la tesis de Schünemann, se comparte el fundamento sobre cómo el infringir deberes institucionales no puede ser la regla general para sostener un injusto penal, al contrario, se debe analizar la relación de dominio de



protección que se presenta sobre la vulnerabilidad del bien jurídico, de esta manera se podría imputar casos donde exista coautoría o autoría mediata. 64 Resulta relevante incluso señalar que en la crítica que realiza Schünemann a los delitos de infracción de deber en un artículo escrito para la comunidad peruana, también de manera breve y preliminar se muestra no convencido con los fundamentos sostenidos por la Corte Suprema para absolver a A F F, sobre ella expresamente señala que: De ahí se deduce forzosamente, en mi opinión, que la resolución de la Corte Suprema peruana en el nuevo caso F no puede convencer en su parte dogmática. No veo ningún motivo por el que F, en cuanto Presidente de la República altamente responsable del patrimonio público de Perú, no pueda haber sido coautor de un delito de peculado junto con el encargado especial Montesinos y el Director de la Oficina Técnica de Administración del Servicio de Inteligencia Nacional (Schünemann, 2018, p. 108). Por tales razones, y habiendo desarrollado las teorías expuestas, es que la teoría sobre la vulnerabilidad del bien jurídico, por un lado, permite que en un ordenamiento como el nuestro donde la protección de los bienes jurídicos constituye el fin del derecho penal, el cual se comparte, exista coherencia frente a los criterios establecidos, así como frente a los fundamentos de la autoría y participación regulado en nuestro Código Penal. Y por otro lado, esta teoría permite que se puedan analizar de manera más acertada los casos de delitos de corrupción de funcionarios tomando en cuenta la naturaleza concreta que vincula al funcionario y servidor público cuando asume el cargo y su posición frente a determinados bienes jurídicos, no basándonos en meras infracciones administrativas que podría ocurrir desde la posición asumida por la Corte Suprema al adherirse a la teoría de la infracción de deber, sino responder frente al vínculo real que presenta el funcionario respecto al bien jurídico.

### Anexo 03 Ficha o Guía de observación

<b>Órgano emisor</b>	Sala permanente de la corte suprema
<b>Tipo de recurso extraordinario</b>	<i>Recurso de nulidad</i>
<b>Número</b>	615-2015
<b>Materia - Asunto</b>	Peculado
<b>Órgano jurisdiccional de primera instancia y segunda instancia</b>	

<b>Hechos que dieron origen al conflicto judicializado</b>	
--	--

<b>Causal de procedencia del recurso planteado</b>	
--	--

<b>Razones principales que sustentan la decisión adoptada</b>	
---	--

<b>Razones complementarias que sustentan la decisión adoptada</b>	
---	--

<b>Decisión adoptada en la resolución suprema</b>	
---	--

*Elaboración propia de la investigadora*

## Anexo 04 declaración de compromiso ético

### DECLARACIÓN DE COMPROMISO ÉTICO Y NO PLAGIO

Mediante el presente documento denominado *declaración de compromiso ético y no plagio* el autor(a) del presente trabajo de investigación PROBLEMÁTICA JURÍDICA DEL SUJETO ACTIVO EN EL DELITO DE PECULADO: RECURSO DE NULIDAD N° 615-2015-LIMA, 2023. declaro conocer las consecuencias por la infracción de las normas del Reglamento de Investigación de la Universidad Católica los Ángeles de Chimbote y el Reglamento del Registro Nacional de Trabajos de Investigación para optar grados académicos y títulos profesionales – RENATI; que exigen veracidad y originalidad de todo trabajo de investigación, respeto a los derechos de autor y la propiedad intelectual. Asimismo, cumplo con precisar que éste trabajo forma parte de una línea de investigación dentro del cual se tiene como objeto de estudio las sentencias, se aplicó un diseño metodológico común, por lo tanto, es posible que tenga similitud en ese sentido y se explica, porque forma parte de dicha línea. También se declara que al examinar las sentencias se tuvo acceso a nombres, apellidos, datos que individualizan a los partícipes del proceso judicial, a cada uno se les asignó un código para preservar su identidad y proteger los derechos constitucionales, siendo el único aspecto inserto en las sentencias examinadas el resto de contenido es conforme a su fuente de origen. El análisis aplicado se hizo en ejercicio del derecho establecido en el artículo 139 inciso 20 de la Constitución Política del Estado. Finalmente se declara que: el presente trabajo es auténtico, siendo el resultado el producto de un trabajo personal acorde con la línea de investigación del cual se deriva, trabajado bajo los principios de la buena fe y respeto de los derechos de autor y propiedad intelectual, de modo que al utilizar las fuentes para su elaboración no hay copia, ni uso de ideas, apreciaciones, citas parafraseadas o citas textuales, etc. Tomadas de cualquier fuente sean en versión física o digital, sin mencionar de forma clara y exacta su origen o autor, por el contrario, en todos los casos se ha incorporado la cita y referencias respectivas conforme orienta las normas APA, previsto en la Universidad. En conformidad del presente contenido y como su legítimo autor(a) se firma el presente documento.

Chimbote 30 de julio 2023.



Tesista: Villar Quispe, Andy

Código de estudiante: 1806161016

DNI N°: 71256210