

UNIVERSIDAD SAN PEDRO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA ACADÉMICA PROFESIONAL DE DERECHO



**La infracción de deber en el delito de
peculado culposo**

TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL PARA OBTENER EL TÍTULO
PROFESIONAL DE ABOGADO

Autora

Andrea Ydalia Tapia Santamaria

Asesor

Dr. Javier Cabanillas Sulca

Huacho – Perú

2018

Palabras Claves:

Tema	Peculado Culposo
Especialidad	Derecho Penal

Keywords:

Theme	Wrongful Peculation
Specialty	Penal Law

Línea de investigación: **Derecho**

A DIOS POR HABERME PERMITIDO
CONCLUIR ESTE PROYECTO

A LA MEMORIA DE MI PADRE MARIO
TAPIA SALAZAR, QUIEN FUE MI
ESTÍMULO PARA CUMPLIR ESTA META

A MI MADRE BERTILA SANTAMARIA
VILAR, POR SU AYUDA INCONDICIONAL Y
POR ESTAR SIEMPRE CONMIGO

A MI HERMANO MIGUEL TAPIA
SANTAMARIA POR BRINDARME SU
APOYO CONSTANTE.

AGRADECIMIENTO

A Dios por haberme permitido que me mantenga firme y no decaer a pesar de las adversidades presentadas durante mis estudios de la carrera de Derecho.

A mi padre Mario, hoy en el cielo, mi eterno agradecimiento por haberme enseñado con su ejemplo de vida que todo se logra con fe, esfuerzo y dedicación.

A mis padres Mario y Bertila y a mi hermano Miguel, por su cariño y sus consejos, y por haberme apoyado y motivado constantemente en esta aventura académica de estudiar una segunda carrera profesional.

A mis profesores, amigos y todas aquellas personas, que de alguna u otra manera hicieron posible realizar con éxito el presente trabajo.

ÍNDICE

Palabras Claves	i
Dedicatoria	ii
Agradecimiento	iii
Índice	iv

LA INFRACCIÓN DE DEBER EN EL DELITO DE PECULADO CULPOSO

1. Resumen	1
2. Descripción del problema	2
3. Marco teórico	4
3.1 Antecedentes Históricos.....	4
3.2 Cuestiones preliminares.....	6
3.2.1 La Administración Pública y su protección mediante el Derecho Penal.....	6
3.2.2 Concepto de funcionario y servidor público.....	6
3.3 Doctrina jurídica	12
3.3.1 Teoría de infracción de deber	13
a) El deber que fundamenta la autoría es un deber penal especial	14
b) La infracción de un deber especial como criterio para la determinación de la autoría	15
c) Delitos de infracción del deber y la tesis de la unidad de título de imputación	16

d) Determinación de la responsabilidad penal del <i>intraneus</i> y el tercero en el delito de peculado culposo	18
3.4 Concepto de Peculado Culposo	20
3.5 Tipo penal del delito de Peculado Culposo	21
3.6 Tipicidad objetiva	21
3.6.1 Bien jurídico protegido.....	21
3.6.2 Sujeto activo.....	22
3.6.3 Sujeto pasivo.....	22
3.6.4 Conducta típica	23
a. La culpa generada por el funcionario o servidor público	23
b. Objeto material del delito.....	24
c. El caudal o efecto debe ser objeto de percepción, administración o custodia por parte del autor	26
d. Vinculación funcional del funcionario o servidor público respecto de los caudales o efectos públicos	28
e. La intervención del tercero en el proceso de sustracción de caudales o efectos del Estado.....	30
f. La afectación patrimonial al Estado.....	31
3.7 Tipicidad subjetiva.....	31
3.8 Circunstancias agravantes.....	32
3.9 Legislación nacional.....	33
3.10 Jurisprudencia nacional.....	35
3.11 Derecho comparado.....	43
4. Análisis del problema	47
5. Conclusiones.....	48
6. Recomendaciones	49
7. Referencias Bibliográficas.....	50
8. Anexos: Proyecto de Sentencia	52

CAPÍTULO I

RESUMEN

La teoría de infracción de deber se aplica en la mayoría de los delitos contra la Administración Pública donde el autor del delito tiene la calidad de funcionario o servidor público. Dicha teoría es predominante en la jurisprudencia e incluso ha sido acogida por nuestra legislación penal para solucionar los problemas en la determinación de la autoría en delitos funcionariales. Según esta teoría, autor de un delito de infracción de deber es aquel que infringe un deber especial de carácter personal en virtud de su competencia institucional. Así, el injusto penal de peculado culposo es un delito de infracción de deber donde el funcionario o servidor público vulnera su deber de protección y salvaguarda de los bienes estatales, ocasionando con ello que un tercero aprovechándose de su negligencia sustraiga los caudales o efectos públicos.

Para determinar la responsabilidad penal del funcionario o servidor público y del tercero que sustrae los caudales y efectos públicos en el delito de peculado culposo, es necesario tener en cuenta que ambos responderán de manera independiente; al primero de ellos se le imputa el título de autor del delito de peculado culposo, debido a que mediante su conducta imprudente quebranta deberes especiales que derivan de su vinculación funcional con los bienes públicos; por su parte el tercero, que puede tratarse de un funcionario o de un particular, que actúa de manera dolosa desplegando actos de sustracción de caudales o efectos estatales, responderá como autor del delito de hurto, ya que en su persona no recae ningún deber especial de custodia sobre el bien público.

CAPÍTULO II

DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

En la mayoría de los sistemas penales de corte europeo-continental como Alemania, España, Suiza, Argentina, Perú prevalece la teoría diferenciadora que consiste en distinguir entre autores y cómplices en delitos comunes, teniendo como criterio el dominio del hecho. Sin embargo, con la aparición de sonados casos judiciales de delitos contra la administración pública, donde los autores del delito poseen una cualidad especial, la de ser funcionario o servidor público, al tratarse de delitos de naturaleza compleja surgen dificultades al momento de determinar quiénes serían los autores o partícipes de los mismos. (Abanto, 2016, p. 2).

Así, en países como Francia, Panamá, Argentina, Colombia, Chile, Bolivia y Perú que contemplan el delito de peculado culposo en sus legislaciones es de suma importancia desde una perspectiva político criminal dar una solución a los problemas de determinación de la autoría y participación en delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos.

Al respecto, en el distrito fiscal de Huaura frente a hechos de sustracción de caudales o efectos estatales realizados por un tercero, aprovechándose del descuido del funcionario o servidor público que los tiene bajo su custodia, de los cuales toma conocimiento la fiscalía especializada en corrupción de funcionarios, se apertura las diligencias preliminares por el delito de peculado culposo.

Sin embargo, al determinar la autoría y la participación en el delito de peculado culposo, existen dos posiciones, por un lado hay quienes califican como autor del delito de peculado culposo al funcionario o servidor público que tiene el deber especial de custodiar los bienes del Estado, y como cómplice de dicho delito al tercero, ya sea funcionario o cualquier particular que sustrae dichos caudales. Por otro lado, hay quienes sostienen que el funcionario o servidor público a quien se le ha conferido dicho deber de custodia debe responder como autor y el tercero que sustrajo los bienes estatales tendría la calidad de autor de un delito común como es el de hurto.

Esta problemática encuentra una solución clara con la teoría de infracción de deber proveniente del derecho penal alemán, según la cual la autoría se basa en la infracción de un deber de carácter especial que solo poseen determinados sujetos, lo que es aplicable en el caso de funcionarios o servidores públicos. En tal sentido, el problema del presente trabajo se plantea de la siguiente forma: ¿De qué manera la teoría de la infracción de deber permite determinar la autoría y participación en el delito de peculado culposo?

CAPÍTULO III

MARCO TEÓRICO

3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El término peculado proviene de dos latinismos *pecus* que significa ganado y *latus* que significa hurto, en consecuencia, etimológicamente significa “hurto de ganado”. El origen del peculado se remonta al Derecho Romano, cuando el ganado era el bien máspreciado junto a la tierra, servía de medio de cambio comercial y definía el estatus socioeconómico. Posteriormente, se estableció la noción del *criminis peculatus* o hurto de dinero y bienes públicos.

Carmignani (como se citó en Nakazaki, et al., 2016) afirma que la tipificación de las apropiaciones de dinero público y de toda defraudación contra el erario público como peculado tuvo lugar con la *Lex Julia*, la cual se promulgó bajo el régimen de Cayo Julio César, y llevaba como título *Peculatus et de sacrilegis et de residuis*, estableciéndose como pena la privación o interdicción del agua y del fuego, sanción que luego fue sustituida por la deportación. Después, los administradores públicos que cometían este delito y sus auxiliares eran castigados con la muerte.

Así pues, en el derecho penal romano se crearon las figuras del peculado y la malversación que se extendieron por el mundo occidental, siendo recepcionadas por el derecho medieval con la Ley de las Siete Partidas, las ordenanzas francesas de 1620, 1690, 1701, hasta llegar a los

códigos penales de Francia de 1810, Alemania de 1870 e Italia de 1889. (Rojas, 2007, p. 466).

En lo que respecta a nuestra legislación penal, podemos apreciar que el delito de peculado tiene su origen en el Código Penal de 1863, que en su Libro Segundo (De los delitos y sus penas), Sección Quinta (De los delitos peculiares a los empleados públicos), Título 9, se tipificó bajo la modalidad de “malversación de caudales públicos”. Luego, el Código Penal derogado de 1924 también tipificaba el delito de peculado en el Libro Segundo (Delitos), Sección Décimo Cuarta: Delito contra los Deberes de Función y los Deberes Profesionales, Título III, precisamente bajo el membrete de Peculado. (Nakazaki, et al., 2016, p. 249). Ahora bien, el delito de peculado en su modalidad culposa se encontraba tipificado por primera vez en el segundo párrafo del artículo 346° de dicho código, bajo el siguiente modelo: “la pena será de tres a noventa días de multa si el delincuente, por negligencia, hubiese dado ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales y efectos.”

En la actualidad, bajo la vigencia del Código Penal de 1991, el delito de peculado se encuentra previsto en el Libro Segundo Parte especial, Título XVIII Delitos contra Administración Pública, Capítulo II Delitos cometidos por funcionarios públicos, Sección III Peculado, tipificándose su modalidad culposa en el cuarto párrafo del artículo 387°, cuando el agente por culpa da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, asimismo se establece como circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social.

3.2 CUESTIONES PRELIMINARES

3.2.1 La Administración Pública y su protección mediante el Derecho Penal

Ferreira (como se citó en Salinas, 2016) define a la Administración pública como toda actividad o trabajo realizado por los funcionarios y servidores públicos, los mismos que se encargan de poner en funcionamiento al Estado, orientado al cumplimiento de sus fines y funciones, sometidos a una jerarquía o niveles y roles o funciones en todos sus órganos o entidades.

De esa forma, los bienes jurídicos que se pretenden proteger con la sanción penal son dos: el normal, correcto y transparente desenvolvimiento o desempeño de la Administración Pública, orientada siempre al logro de su fin último, el bien común; que constituye el bien jurídico general que se pretende cautelar con cualquiera de las fórmulas legislativas de los delitos contra la Administración Pública recogidas en el Código Penal. El segundo bien jurídico que se protege es particular a cada delito, es decir, cada fórmula legislativa que regula un delito en particular pretende proteger un bien jurídico específico que vienen a ser los principios de lealtad, eficiencia, imparcialidad, honestidad, etc. (Salinas, 2016, p. 7).

3.2.2 Concepto de funcionario y servidor público

Funcionario público es aquella persona natural que presta sus servicios al Estado y tiene poder de decisión, en cambio el servidor público es aquella persona natural que también trabaja para el Estado,

pero no posee poder decisión, cuyo rol es brindar sus conocimientos técnicos o profesionales para facilitar la tarea de los funcionarios públicos.

Ahora bien, en la mayoría de los delitos contra la Administración Pública en los que el tipo penal exige que el autor tenga la calidad de funcionario o servidor público, para efectos penales debe entenderse como todos aquellos contenidos en el artículo 425° del Código Penal, modificado por la ley N° 30124, publicada el 13 de diciembre del 2013, en concordancia con la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en vigencia desde el 14 de diciembre de 2005. A continuación se detalla el listado de funcionarios y servidores públicos comprendidos en el referido artículo.

i. Los que están comprendidos en la carrera administrativa

Son aquellos funcionarios o servidores de carrera que acceden a cargos por concurso de méritos. De acuerdo a la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, Decreto Legislativo N° 276 del 6 de marzo de 1984, se encuentran comprendidos en la carrera administrativa los pertenecientes a grupos profesionales, técnicos y auxiliares. En el primer grupo se encuentran aquellos que poseen título profesional obtenido a nombre de la nación o grado académico reconocido por la Ley Universitaria. El segundo grupo comprende a aquellos que cuentan con formación superior incompleta o capacitación tecnológica o experiencia técnica reconocida. En el tercer grupo incluye a aquellos que tienen instrucción secundaria y experiencia para realizar labores de apoyo. (Reátegui, 2017, p. 1130).

ii. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular

Los cargos políticos o de confianza deben entenderse solo como designaciones a través de autoridades competentes. Este tipo de funcionario no requiere de cualidades especiales o que se trate de especialista o técnico. En este grupo tenemos a los Ministros de Estado que son designados por el Presidente de la República, estos a su vez designan a los Vice-Ministros y otros funcionarios (asesores) que son de confianza; así también a los miembros del Directorio del BCR, del Banco de la Nación, el Superintendente de Banca y Seguros (SBS), el Superintendente de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), etc. (Reátegui, 2017, p. 1130). Asimismo, tenemos a los funcionarios públicos que emanan de elecciones por voluntad ciudadana, vía elecciones generales, regionales o municipales, como por ejemplo el Presidente de la República, congresistas, gobernadores regionales, alcaldes, regidores, etc.

iii. Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos

Se refiere a todas aquellas personas que presten algún tipo de servicios en entidades u organismos del Estado y ejerzan funciones dentro de ella, sin importar la naturaleza del vínculo laboral o contractual existente. Quedan incluidos los trabajadores con contrato dentro del régimen privado del Decreto Legislativo 728, quienes se

encuentren bajo periodo de prueba, las personas en Contrato Administrativo de Servicios, quienes tengan un contrato de Locación de Servicios, los que tengan Contrato de Formación Profesional; las personas con Contratos de Prácticas Profesionales, y todo sujeto que cumpla funciones en mérito a algún tipo de relación laboral o contractual, existente o que llegue a existir.

Consecuentemente, lo que determina la condición de funcionario o servidor público no es la naturaleza del régimen laboral al que pertenece el *intrañeus*, sino su vinculación competencial con el objeto material del delito (caudales o efectos), lo que precisamente le permite afectar los intereses jurídicos tutelados por el derecho penal. Sobre este punto se ahondará más adelante.

iv. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositarios por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares

Comprende a los depositarios o administradores judiciales cuyo deber es velar por la integridad y conservación de los bienes que le fueron encargados, que no solo pueden ser bienes de propiedad del Estado sino también de particulares. En ese sentido, si bien los decomisos e incautaciones se efectúan sobre bienes de procedencia delictiva, es decir, de carácter privado, quienes tienen el encargo de vigilar y cautelar dichos bienes son susceptibles de ser considerados funcionarios o servidores públicos para efectos penales.

v. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional

Se señala de modo genérico a mandos dotados de autoridad y jurisdicción (a la alta oficialidad en su conjunto) como al personal subalterno (oficiales y clases) que cumplen función o servicio público. Poco interesa al derecho penal que sean de carrera o asimilados, siempre y cuando se encuentren ejerciendo funciones o servicios públicos, lo que descarta la posibilidad que los militares y policías en retiro tengan la calidad de sujetos públicos para el ámbito de relevancia penal. (Rojas, 2007, p. 186).

vi. Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades

Este supuesto fue adicionado por la Ley 30124 de fecha 13 de diciembre del 2013, mediante el cual el Perú se adecúa a plenitud a la Convención Interamericana contra la Corrupción (ratificada por el Estado peruano el 6 de abril de 1997) que establece la siguientes definiciones: “Función pública: toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos. Funcionario público, oficial gubernamental o servidor público: cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todo sus niveles jerárquicos.”

En cuanto a la designación de un funcionario, tenemos que conforme lo dispone el artículo 4° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, comprende a aquel funcionario que es designado por autoridad competente, conforme al ordenamiento legal, para desempeñar cargos del más alto nivel en los poderes públicos y los organismos con autonomía; asimismo, establece que los cargos políticos y de confianza son determinados por la ley. Por lo que ante designaciones irregulares de funcionarios, por autoridad incompetente, quedaría fuera de los alcances del referido supuesto normativo.

De otro lado, la norma hace alusión a los funcionarios que son electos por votación popular (Presidentes, Vice presidentes, Congresistas, Alcaldes, etc.) mediante sufragio directo, secreto y obligatorio, luego de que el Jurado Nacional de Elecciones da conocer los resultados. Por último, la proclamación es un acto formal a través del cual el Jurado Nacional de Elecciones, una vez concluido todo el proceso electoral, otorga las respectivas credenciales a las autoridades electas.

vii. *Los demás indicados por la Constitución Política o por la Ley:*

En efecto, el artículo 149° de la Constitución Política señala que: “Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de las personas. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y

con las demás instancias del Poder Judicial”. De ello se colige que según la Constitución, el rondero posee atribuciones para administrar justicia consuetudinaria, y por lo tanto son equiparados a la calidad de funcionario público para estrictos efectos penales.

Con respecto al artículo 425° inciso 6 del Código Penal, que señala a los demás indicados por la ley, podemos mencionar a los que están comprendidos en el artículo 392° de dicho código, referido a la extensión de punibilidad, que prevé lo siguiente: “Están sujetos a lo prescrito en los artículos 387° a 389°, 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.”

3.3 DOCTRINA JURÍDICA

En nuestra normatividad penal es común identificar conductas que pueden ser cometidas por cualquier persona, es decir, cada individuo en tanto domine su propio comportamiento puede lesionar o poner en peligro bienes jurídicos protegidos ya sea la vida humana, la salud, la propiedad, etc. En tal sentido, será autor del delito de homicidio, lesiones, hurto, aquel tiene las riendas del suceso delictivo, que domina el curso del hecho ilícito y que tiene la capacidad de decidir sobre la realización del mismo.

Sin embargo, existen tipos penales en los que para determinar la autoría se debe verificar que el agente se trate de un sujeto cualificado investido de deberes especiales, como ocurre en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública, la misma que tiene como finalidad prestar servicios públicos a la población, de modo que para cumplir con tan importante misión, el Estado confiere una serie de deberes y obligaciones a los funcionarios y servidores públicos.

En ese orden de ideas, cuando dichos agentes públicos quebrantan sus deberes institucionales vulnerando el correcto funcionamiento de la administración pública, para determinar la autoría en delitos funcionariales, se utilizarán los criterios, ya no de la teoría del dominio del hecho, sino de la teoría de la infracción de deber, que se sustenta en la infracción de un deber específico al cual el sujeto activo se encuentra especialmente obligado.

3.3.1 Teoría de infracción de deber

La teoría de la infracción de deber fue creada por el penalista alemán Claus Roxin en 1963, como criterio para la determinación y delimitación de la autoría. Según la concepción de Roxin, el autor es la figura central, quien realiza la conducta prohibida infringiendo un deber especial, en tanto que el partícipe es aquel que también participa en la realización de la conducta prohibida pero sin infringir deber especial alguno.

Se define a los delitos de infracción de deber como aquellos delitos donde el sujeto activo está vinculado a la Administración Pública mediante deberes preexistentes de cuidado, protección y fomento de los valores integrantes del bien jurídico penal "Administración Pública". La violación a estos deberes, cuando concurren además los

específicos elementos del tipo penal que agrega el plus de relevancia, implica la comisión de un delito de infracción de deber. (Rojas, 2017, p. 69).

A continuación se analizarán los aspectos más relevantes de la teoría penal en comento:

a) El deber que fundamenta la autoría es un deber penal especial

La autoría en los delitos de infracción de deber se fundamenta en un deber especial que recae en aquellos sujetos que reúnen la condición personal que exige el tipo penal para cometer dichos delitos, tal es el caso del delito de peculado donde solo puede ser autor aquél que tiene la condición de funcionario o servidor público.

En ese contexto, este deber especial no se origina directamente del tipo penal, sino que surge de otras ramas del derecho; en el caso de los funcionarios y servidores públicos, se tratan de deberes establecidos en el Derecho Público. De este modo, en los delitos contra la Administración Pública, los sujetos públicos tienen el deber de proteger e impulsar el correcto funcionamiento de la Administración Pública.

En efecto, podemos conceptualizar a los delitos de infracción de deber, como aquellas conductas en las cuales el autor vulnera un deber especial que surge de su rol social, ocasionando una puesta en peligro o lesión de determinados bienes jurídicos. Cabe precisar, que en esta clase de delitos los bienes jurídicos que se pretenden proteger están representados por principios o deberes funcionales, por ejemplo en el delito de peculado sería el principio de no lesionar el patrimonio del Estado.

b) La infracción de un deber especial como criterio para la determinación de la autoría

Los delitos de infracción de deber se caracterizan porque el autor (funcionario o servidor público denominado *intraneus*) interviene en la comisión del evento delictivo infringiendo un deber especial, sin importar si ha tenido o no el dominio del hecho. Por el contrario, el tercero (*extraneus o extraño a la administración pública*) que contribuye o ejecuta el hecho delictivo por orden del sujeto obligado, responderá en calidad de cómplice, aunque haya tenido el dominio del hecho, ya que no está vinculado a un deber especial que pueda lesionar o poner en peligro.

Se puede graficar lo señalado en líneas anteriores con el siguiente ejemplo: de acuerdo a la teoría de infracción de deber, si un funcionario público (tesorero) planifica con su compadre espiritual (extraño), llevarse los caudales existentes de la municipalidad donde trabaja, y dispone que este último ingrese a la tesorería y se lleve el dinero, mientras que aquel distrae a los demás trabajadores de la tesorería; el funcionario (*intraneus*) es el autor, mientras que el otro (*extraneus*) es solo cómplice porque no está vinculado a un deber especial. (Salinas, 2016, p. 21)

Lo mismo sucede en los casos en los cuales participa un tercero que tiene la calidad de funcionario público, pero no tiene vinculación funcional con el bien estatal, así por ejemplo en un caso concreto de sustracción de dinero de la oficina de tesorería de una municipalidad, perpetrado por dos funcionarios públicos: el jefe de la oficina de tesorería y el jefe del área legal; el primero de ellos será autor del delito de peculado, debido a que además de ser funcionario público, tiene

una relación funcional específica con el objeto del delito de peculado (caudales públicos), mientras que el segundo responderá por el mismo delito pero en calidad de cómplice.

c) Delitos de infracción del deber y la tesis de la unidad de título de imputación

En la comisión de los delitos contra la Administración Pública se dan casos en los que participan más de dos personas, resultando problemático determinar quién es autor y quién es cómplice del delito. Para tal efecto, la jurisprudencia nacional acoge la teoría de la infracción de deber, así la Corte Suprema mediante Acuerdo Plenario N°2-2011/CJ-116 del 06 de diciembre del 2011 expone los siguientes fundamentos:

- Este tipo de delitos (de infracción de deber) restringe el círculo de autores -como se anotó-, pero se admite la participación del *extraneus* que no ostenta esta obligación especial, como partícipe: inductor o cómplice. Para fundamentar esta perspectiva -en torno a la accesoriedad de la participación- en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad de título de imputación para resolver la situación del *extraneus*.
- Esta posición sostiene lo siguiente: *i)* un mismo hecho no puede ser reputado bajo dos tipos penales diferentes. *ii)* el *extraneus* puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del *extraneus* no constituye una categoría autónoma de co-ejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal. Esto es, no posee autonomía y

configuración delictiva propia a pesar de que aquél toma parte en la realización de la conducta punible.

Por su parte, el Decreto Legislativo N° 1351 de fecha 07 de enero del 2017, adiciona un tercer párrafo al artículo 25° del Código Penal, el cual señala taxativamente lo siguiente: “El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él”.

De dicha fórmula legislativa se pueden apreciar dos cuestiones fundamentales: en primer término, al preverse que el cómplice siempre responderá penalmente por el delito efectuado por el autor, el legislador ha optado por la teoría de la unidad del título de imputación. Esto quiere decir que si en un hecho punible participan más de dos personas, unos como autores y otros como cómplices, todos responderán penalmente por el mismo delito y en un solo proceso penal. En segundo lugar, al establecerse que el cómplice siempre responderá por el hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él, significa que así en el cómplice no concurren los elementos especiales que fundamentan la penalidad del autor, igual aquel responderá por el delito cometido. (Salinas, 2017, p. 9-10)

Al respecto, los elementos esenciales que fundamentan la penalidad del autor a los que hace referencia la norma son dos: la calidad de funcionario o servidor público y el deber funcional. Si se verifica que un extraño a administración pública (*extraneus*) que no tiene ninguno de los elementos mencionados o un funcionario o servidor público que no tiene el segundo elemento que es el deber

funcional específico, participaron en la comisión del delito junto al autor, responderán penalmente pero en calidad de cómplices.

En ese orden de ideas, en nuestro sistema jurídico se asume la tesis de la accesoriedad de la participación, de lo cual deriva que toda complicidad es dependiente de un hecho principal efectuado por un autor, careciendo por lo mismo de autonomía y estructura delictiva propia (tesis de la unidad de la imputación). En suma, con la modificación del artículo 25° del Código Penal el legislador se adhiere a los planteamientos de la teoría de la infracción de deber.

d) Determinación de la responsabilidad penal del *intraneus* y el tercero en el delito de peculado culposo

En cuanto a los injustos penales culposos nuestra legislación adopta un sistema de *numerus clausus*, según el cual solo son punibles en su realización culposa, los delitos específicos previstos como tales en la parte especial del Código Penal o en las leyes especiales, dicha cláusula de taxatividad se encuentra prevista en los artículos 11° y 12° del Código Penal. Asimismo, según la parte general del código punitivo no es admisible título participativo alguno de forma culposa, tal como se desprende de los artículos 24° y 25° del Código Penal.

Respecto a la figura legal del peculado culposo, el jurista Hugo (como se citó en Peña Cabrera, 2016) afirma que el juicio de disvalor se construye a partir de una contemplación normativa que individualiza la actuación del funcionario y del particular, que si bien desde un plano fáctico importa que la intervención del tercero sea indispensable para dar por configurada la responsabilidad culposa del funcionario, el legislador -por motivos de política criminal- toma en referencia la

conducta dolosa del *extraneus* para sostener la materialidad delictiva del *intraneus*.

Así pues, el delito de peculado culposo viene a ser un injusto culposo *sui generis*, en el sentido de que el sujeto calificado (funcionario o servidor público) es autor de un delito, en el cual se observa otro protagonista, un tercero (funcionario u otro particular) a quien se le atribuye un delito patrimonial. Claro está, que al tratarse de una modalidad culposa que no admite formas de participación delictiva, al tercero solo se le puede atribuir la comisión de un delito común.

Para entender la responsabilidad penal tanto del *intraneus* como del *extraneus* en el delito de peculado culposo se plantea el siguiente caso concreto: una joven profesional fue contratada mediante la modalidad de Contratación Administrativa de Servicios (C.A.S), para ocupar un puesto en el área de tesorería de una municipalidad a fin de que organice dicha oficina y eventualmente atienda al público usuario a través de las respectivas ventanillas. Un día la joven tesorera se encontraba conversando en uno de los pasillos con sus demás compañeros de trabajo por algunos minutos, y en ese preciso momento el gerente de asesoría jurídica de la municipalidad, que iba a saludar a dicha tesorera, entra a su oficina, ve que no hay nadie y observa que en una de las gavetas (que estaba semiabierta) del escritorio de la tesorera, habían varios billetes y monedas, los mismos que se encontraban dentro de un sobre manila abierto, dinero perteneciente a la caja chica, es decir dinero que iba a ser utilizado para gastos corrientes de la municipalidad; en tal situación, el gerente de asesoría jurídica de la municipalidad coge los billetes y monedas, los guarda inmediatamente en el bolsillo de su saco y sale de la oficina. (Reátegui, 2017, p. 9-10).

En el caso propuesto, la tesorera responderá como autora del delito de peculado culposo y el gerente de asesoría jurídica de la municipalidad que obviamente no tiene vinculación funcional con los caudales públicos que sustrajo, responderá como autor del delito de hurto.

Por lo tanto, en el peculado culposo tenemos la conducta de un tercero que se aprovecha de la indiligencia del *intraneus*, para sustraer el caudal público y por otro lado la conducta de aquel funcionario (receptor, administrador o custodio del bien estatal) que no adoptó la diligencia debida para evitarlo. En consecuencia, ambos se hacen responsables de forma independiente, esto es, el funcionario responde por el delito de peculado culposo y el tercero como autor del delito de hurto.

3.4 CONCEPTO DE PECULADO CULPOSO

El delito de peculado culposo consiste en la sustracción de caudales o efectos del Estado por una tercera persona que se aprovecha del descuido imputable al agente público. Es decir, a diferencia del delito de peculado doloso donde el funcionario o servidor público se apropia de los bienes públicos cuya custodia le fue confiada, en este caso es un tercero quien sustrae dichos bienes de la esfera de custodia de la Administración Pública, debido a que el funcionario o servidor no tomó las medidas de precaución necesarias para evitar la sustracción. En tal sentido, la conducta culposa del funcionario o servidor público, que implica la infracción de deberes propios de su cargo, facilita o permite que se ejecute la conducta dolosa de una tercera persona.

3.5 TIPO PENAL DEL DELITO DE PECULADO CULPOSO

El delito de peculado culposo se encuentra regulado en el cuarto párrafo del artículo 387° del Código Penal, el mismo que tiene el siguiente contenido:

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

3.6 TIPICIDAD OBJETIVA

3.6.1 Bien jurídico protegido

La jurisprudencia nacional mediante el Acuerdo Plenario N°4-2005 del 30 de setiembre del 2005 ha reconocido al peculado como un delito pluriofensivo cuyo bien jurídico se bifurca en dos objetos específicos: por un lado el de garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y, por otro lado, evitar el abuso del poder del que se halle facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad. Dicho en otras palabras, se busca proteger los intereses patrimoniales del Estado, a través de una correcta administración de los bienes estatales, y asimismo garantizar el cumplimiento de deberes por parte del funcionario y/o servidor público a fin de asegurar el

destino del patrimonio público en aras de servir a los intereses generales de la sociedad.

3.6.2 Sujeto activo

El término “*agente*” previsto en el tercer párrafo del artículo 387° que contempla la modalidad culposa del delito de peculado se refiere al funcionario o servidor público que posee relación funcional con los caudales o efectos públicos, teniendo la percepción, administración o custodia de dichos bienes, por razón del cargo que desarrolla al interior de la Administración Pública.

En este contexto, el sujeto activo del delito de peculado culposo es el funcionario o servidor público que infringe los deberes de cuidado sobre los caudales o efectos, al no haber tomado las medidas necesarias para ponerlos a buen recaudo, dicha obligación se deriva de la vinculación funcional con el patrimonio estatal, dando ocasión a que un tercero lo sustraiga.

3.6.3 Sujeto pasivo

Es el Estado como titular y dueño del patrimonio que administran, custodian o perciben los funcionarios y servidores públicos, en razón del cargo funcional. De forma mediata los comunitarios como naturales destinatarios de los fondos públicos que han sido apropiados indebidamente. (Peña Cabrera, 2016, p. 392).

3.6.4 Conducta típica

La conducta típica está conformada por los siguientes elementos:

a. La culpa generada por el funcionario o servidor público

Culpa es un término global usado para incluir en él todas las formas conocidas de comisión de un hecho, diferentes al dolo, la fuerza mayor y el caso fortuito. Habrá culpa en el funcionario o servidor público, cuando éste no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones; vale decir cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público. (Rojas, 2007, p. 525).

En lo que concierne a las modalidades y formas de culpa, la dogmática penal se refiere a la culpa consciente e inconsciente, según haya tenido el sujeto la capacidad y posibilidad de prever la producción de un resultado lesivo al bien jurídico con la violación practicada al deber de cuidado con su comportamiento, en el entendido que confiaba que ello no se produciría; de no haber existido la capacidad de previsión, estaríamos ante la culpa inconsciente. (Rojas, 2007, p. 527)

En ese orden de ideas, se debe determinar en cada caso cuál es el deber específico que ha infringido el funcionario o servidor, para ello es necesario efectuar remisiones jurídicas hacia otras normas extrapenales, vale decir, se tendría que recurrir al Reglamento de Organización y Funciones (R.O.F.) o Manual de Organización y Funciones (M.O.F) para verificar exactamente qué deberes y obligaciones tenía cada funcionario o servidor público en el ejercicio de sus funciones.

Las simples pérdidas, desórdenes o extravíos no son suficientes para generar culpa a nivel de relevancia penal, lo mismo cabe indicar de las infracciones a los reglamentos que sean imputables al sujeto público y que no produzcan el resultado sustracción. (Reátegui, 2017, p. 598-599).

Se tiene que acreditar en el proceso penal que el autor actuó mediante negligencia, imprudencia o impericia en el hecho investigado, pues si el funcionario o servidor público tenía conocimiento de los hechos de sustracción de caudales o efectos por parte de otra persona, y no obstante ello lo permite; será considerado, ya no como autor de peculado culposo, sino como autor de peculado doloso. (Reátegui, 2017, p. 605).

Es necesario recalcar, que en el peculado culposo la vinculación causal directa se establece entre la violación del deber de cuidado por parte del funcionario o servidor público y la sustracción del dinero o bienes por el tercero. Si la sustracción se produce con base a fuente distinta de la violación del deber de cuidado, vale decir que el tercero se valga de otros mecanismos de anulación de defensas (por ejemplo, violando la seguridad de la ventana o el techo, no obstante existir culpa en el sujeto público), no existirá posibilidad de imputación por el delito de peculado culposo. (Rojas, 2007, p. 528).

b. Objeto material del delito

Rojas (2017) sostiene que “el caudal posee por sí valor económico, mientras que el efecto representa un valor económico, ambos con capacidad de negociación en el tráfico jurídico” (p. 499). Asimismo, se ha establecido como precedente vinculante en el

Acuerdo Plenario N° 4-2005 del 30 de setiembre del 2005 que los caudales son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero; y los efectos, son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociable.

En esa medida, el patrimonio público está representado por caudales y efectos, entendiéndose por caudal al dinero y todos aquellos bienes en general que por sí poseen valor económico en el mercado; en cambio, los efectos son los títulos valores negociables y todos aquellos objetos o bienes distintos del dinero que representan un valor económico.

Por otra parte, el concepto patrimonio público comprende también a aquellos bienes particulares (privados) que se encuentran temporalmente bajo la administración del sector público, sea cual sea su dependencia, porque el Estado está asumiendo en esos momentos una relación de posesión jurídica sobre esos bienes. Por ejemplo, son patrimonio público los bienes incautados, como las maquinarias tragamonedas que se decomisan en trámite administrativo y que pasan a almacenes públicos o privados, pero bajo la administración de la entidad pública. Estos bienes son de origen privado pero jurídicamente tienen una significación pública porque el Estado asume -en esos momentos- relaciones de posesión jurídica sobre dichos bienes. (Rojas, 2007, p. 264-265)

c. El caudal o efecto debe ser objeto de percepción, administración o custodia por parte del autor

La administración, percepción o custodia son diferentes formas de posesión de los bienes estatales que ejerce el funcionario o servidor público en razón de su cargo, las cuales se pueden definir de la siguiente manera:

- **Percibir:** En palabras de Rojas (como se citó en Salinas, 2016) percibir significa la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa, pero siempre lícita (del tesoro público, de particulares, donaciones, etc.) y que ingresan o pasan a integrar el patrimonio estatal en calidad de bienes públicos. De ahí que, perciben los caudales o efectos tanto aquellos a quienes el Estado asigna bienes en razón de sus cargos, como los que recaudan del ámbito externo a la Administración Pública, tal es el caso de las contribuciones e impuestos que ingresan a los fondos públicos.
- **Administrar:** Significa la facultad de disponer de los bienes públicos para aplicarlos a las finalidades legalmente determinadas. Lo cual no implica que el sujeto debe detentar la posesión directa de los bienes que administra, pero sí resulta necesario que tenga dominio sobre ellos debido a sus funciones, pudiendo disponer de ellos en razón de ser responsable de la unidad administrativa o titular del pliego. (Salinas, 2016, p. 384)

Por ende, el administrador debe procurar que los recursos estatales sean ejecutados conforme a las leyes del presupuesto y los objetivos plasmados al interior de la Administración. Si aquel no es lo suficientemente diligente para cautelar su correcto uso y, así toma lugar la sustracción del dinero se configura el delito de peculado culposo. (Peña Cabrera, 2016, p. 397).

- **Custodiar:** Se traduce en actos de protección, conservación y vigilancia de los caudales o efectos públicos por parte del funcionario o servidor público. Debe haber custodia funcional entre el agente y el bien público por lo que es imposible una simple custodia ocasional o coyuntural. (Salinas, 2016, p. 385)

Es la actividad de cuidado y vigilancia de los bienes, que importa su tenencia, y que es realizada como función administrativa; no es la mera actividad administrativa de vigilancia, por ejemplo, el cuidado de un furgón de dinero de un banco que lleva a cabo un agente de la fuerza pública. (Peña Cabrera, 2016, p. 395)

En esa misma línea de interpretación, la Corte Suprema mediante el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116 de fecha 30 de septiembre del 2005 define las tres formas de posesión del bien público en los siguientes términos: La percepción no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita; la administración implica las funciones activas de manejo y conducción; y, la custodia importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales o efectos públicos.

d. Vinculación funcional del funcionario o servidor público respecto de los caudales o efectos públicos

Así pues, la expresión “por razón de su cargo” a la que hace alusión el tipo penal de peculado, supone que el bien público se encuentre en posesión del agente en cualquiera de las tres formas que establece la norma penal, mediante percepción, administración o custodia, en virtud las atribuciones del cargo que aparecen determinadas previamente, por la ley o normas jurídicas de menor jerarquía como reglamentos o directivas de la institución pública.

Según Salinas (2016) “el agente puede estar en contacto directo con los caudales y efectos públicos o darla por asumida, bastando solamente la facultad de disposición jurídica o disposición funcional” (p.376). Este aspecto ha sido establecido como jurisprudencia vinculante en el Acuerdo Plenario 4-2005 del 30 de setiembre del 2005, allí se prescribe que para la existencia del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener por lo tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte de la Administración Pública.

Por otro lado, la vinculación funcional entre el agente y los caudales o efectos puede concretarse por delegación o encargo de un

superior jerárquico, siempre que las leyes o reglamentos internos no lo prohíban de manera expresa. En este punto podemos señalar a los funcionarios de facto, que en palabras de Peña Cabrera: “son aquellos que estando propiamente insertos en la plana funcionarial, asumen funciones que legalmente se les atribuye a otros funcionarios, pero que en los hechos se les reconoce dichas potestades”. (p. 390). Tal como sucedió en el caso de Vladimiro Montesinos Torres, en el cual el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 2758-2004-HC/TC-Lima de fecha 23 de noviembre de 2004 ha señalado: “si bien es cierto que formalmente Vladimiro Montesinos ocupaba el cargo de Asesor II de la Alta Dirección del Servicio de Inteligencia Nacional, en realidad, ejercía de hecho, la Jefatura del SIN, cargo que le permitía la custodia y administración de los fondos públicos, por lo que puede considerársele sujeto activo del delito, tal como lo prevé el artículo 387° del Código Penal.”

En consecuencia, el funcionario o servidor público que asume de facto o de hecho las funciones de administrar los bienes o caudales del Estado con anuencia de un funcionario competente como en el caso de Montesinos, del Presidente de la República, al tener bajo su administración efectos o caudales que pertenecen al Estado, asume en forma automática el deber de manejar, administrar, proteger y custodiar los bienes públicos en forma debida dándole la aplicación al destino que tienen fijado al interior de la Administración Pública. (Salinas, 2016, p. 380).

e. La intervención del tercero en el proceso de sustracción de caudales o efectos del Estado

El verbo rector en el delito de peculado culposo es “sustraer”, que significa extraer, retirar o alejar los caudales o efectos del lugar donde se encuentran, es decir, del dominio de la Administración Pública con la aprehensión física del tercero, que se aprovecha del estado de culpa incurrido al funcionario o servidor público. Ahora bien, la única forma de cumplir con una parte del tipo penal de peculado es que las terceras personas realicen el proceso de sustracción de caudales o efectos, que implica el respectivo traslado físico de los caudales o efectos del lugar donde se encontraban hacia otro lugar donde los órganos de vigilancia y control del Estado, no puedan ubicarlo; esto es que ya han pasado al poder de terceras personas. (Reátegui, 2017, p. 606).

Conforme a los argumentos señalados en puntos anteriores, al tratarse de un tipo penal culposo en el que no se admite participación delictiva alguna, en estricto respeto al principio de legalidad, se tiene que el funcionario público cuya conducta imprudente es aprovechada por el tercero responderá por el delito de peculado culposo, en tanto que al tercero que interviene sustrayendo los caudales o efectos solo se le puede atribuir la comisión de un delito común (hurto). Sin embargo, en un supuesto de confabulación entre el funcionario o servidor público y el tercero para sustraer los bienes o efectos del Estado, no estaríamos ante un delito de peculado culposo, ya que el sujeto activo ha actuado con dolo, en consecuencia dicha conducta delictiva se subsume en el primer párrafo del artículo 387° del código sustantivo que corresponde al peculado doloso.

f. La afectación patrimonial al Estado

Para la configuración del delito de peculado culposo no basta la infracción del deber de cuidado, sino se debe verificar que la sustracción producida por el tercero cause un perjuicio económico al Estado. En tal sentido, a parte de la probanza de la infracción de los deberes inherentes al cargo por parte del funcionario o servidor público, se debe acreditar la afectación patrimonial a los intereses del Estado mediante prueba técnica.

En ese orden de ideas, la Corte Suprema mediante Recurso de Nulidad N°889-2007-Lima del 23 de setiembre del 2008, ha señalado que constituye línea jurisprudencial definida, considerar acreditada la lesión al patrimonio público con la presentación de la pericia técnica (contable); en razón de que ésta permite establecer la existencia de los bienes, apreciar el destino de los mismos y demostrar las diferencias entre los ingresos y egresos de dinero. Por lo tanto, de las conclusiones en ella contenidas y en la seriedad del análisis y evaluación técnica de los datos que sustenta dependería la existencia del aspecto material del delito.

3.7 TIPICIDAD SUBJETIVA

El tipo penal materia de análisis es meramente culposo, esto quiere decir que el funcionario o servidor público no debe actuar dolosamente, ya que si existiera un acuerdo con el *extraneus* para generar situaciones de culpa, permitiendo que este último se apodere ilegalmente de los bienes públicos, el funcionario o servidor público sería responsable penalmente por el delito de peculado doloso.

Resulta factible verificar el componente subjetivo en la imputación culposa, en el sentido de la conciencia o representación del deber de impedir la sustracción; para afirmar dicho componente deberá concluirse que el hecho era previsible y evitable con un debido comportamiento de cuidado por parte del sujeto activo. (Reátegui, 2017, p. 620).

3.8 CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

El legislador mediante la Ley N° 26128 del 13 de junio de 1993 toma en consideración la importancia de la finalidad social de los caudales o efectos públicos, aumentando el desvalor del ilícito culposo materia de análisis, cuando dichos caudales estuvieran destinados a fines asistenciales o programas de apoyo o inclusión social.

Se debe entender como fines asistenciales a aquellas campañas de ayuda o auxilio destinadas a cubrir urgencias coyunturales de la población necesitada (en salud, educación, alimento, abrigo, etc.), mediante la asignación de recursos que hace el Estado con las donaciones de organismos nacionales o internacionales. La expresión programas de apoyo o inclusión social hace alusión a programas de carácter más permanente y con asignación presupuestada para paliar las carencias socioeconómicas en la población de menos recursos. (Salinas, 2016, p. 411).

3.9 LEGISLACIÓN NACIONAL

3.9.1 CÓDIGO PENAL

SECCIÓN III

PECULADO

Artículo 387.- Peculado doloso y culposo

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

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

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

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de dos años 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 la libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa.

Artículo 392.- Extensión de punibilidad

Están sujetos a lo prescrito en los artículos 387 a 389, 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.

Artículo 425.- Funcionario o servidor público

Son funcionarios o servidores públicos:

1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
3. Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las

empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.

4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
6. Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.
7. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.

3.10 JURISPRUDENCIA NACIONAL

En el presente apartado se reseña una serie de decisiones emitidas por la Corte Suprema en relación al delito de peculado culposo y la teoría de la infracción de deber:

3.10.1 JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

- **PECULADO CULPOSO (CONDUCTA TÍPICA)**

En su condición de jefa de Recaudación de la Municipalidad, propietaria de dicho mercado modelo, le correspondía supervisar y controlar que se haga efectivo el pago de los alquileres en los puestos y tiendas de dicho mercado (...), función que no desempeñó a cabalidad, por cuanto no efectuó los arqueos respectivos en su oportunidad y, por el contrario, imprudentemente permitió que otros empleados ajenos a la función realicen la labor de su coprocesado,

provocando un desorden que ha permitido que se genere faltante de dinero (...), en igual forma no puso de conocimiento de la Autoridad de Control la disposición indebida que hizo su coprocesado sobre parte del dinero proveniente del cobro de los alquileres. Ejecutoria Suprema del 28/06/2002, Exp. N° 1146-2001, Callao. (Urquiza, 2016, p.391)

- **PRESUPUESTOS DEL DELITO CULPOSO**

La conducta de la encausada cumple con los presupuestos típicos del delito de peculado culposo, por cuanto concurren los tres presupuestos del delito culposo: a) la creación del riesgo típico que, en el presente caso, está representado por el actuar negligente de la encausada (colocación del dinero hurtado en la gaveta del escritorio pese a existir una caja fuerte); b) la realización del riesgo típico, el cual se ha materializado mediante la sustracción del dinero por un tercero; c) relación valorativa entre la infracción del deber de cuidado (abandono de dinero) y hurto. Ejecutoria Suprema del 10/07/2002, Exp. N° 3278-2001, Apurímac. (Urquiza, 2016, p.391)

- **PECULADO CULPOSO (CONDUCTA TÍPICA)**

Ha quedado suficientemente acreditada la responsabilidad penal de los encausados en el delito de peculado culposo (...), toda vez que en razón de sus cargos, no cumplieron con su función de velar por la integridad y la permanencia de los bienes municipales materia del presente proceso, los mismos que debieron de administrar y custodiar, permitiendo con su actitud negligente en tomar las acciones correspondientes, que desaparezcán inexplicablemente. Ejecutoria

Suprema del 02/08/2002, Exp. N° 3056-2001, Puno. (Urquiza, 2016, p.391)

- **INOBSERVANCIA DEL DEBER DE CUIDADO**

Los encausados admiten que el dinero fue retirado del banco y, no obstante, las adquisiciones tenían que hacerse en la misma localidad, tal como lo señala el Manual de Procedimientos (Convenio de Agua Potable), lo deciden hacer en la ciudad de Lima y sin tomar medidas de seguridad dada la cantidad considerable de dinero que se había retirado, dicha inobservancia del deber de cuidado dio lugar a que el Tesorero del Núcleo Ejecutor fuera asaltado cuando pretendía hacer el depósito en otro banco. Ejecutoria Suprema del 16/10/2002, Exp. N°4168-2001, La Libertad. (Urquiza, 2016, p.391)

- **NATURALEZA JURÍDICA**

Cuarto. El tipo penal previsto en el artículo 387° del Código Penal, es un delito especial, que exige como elemento constitutivo para su configuración una determinada cualidad del agente, lo que conlleva establecer que la esfera de los autores está limitada (no está abierta a cualquiera) a determinados sujetos, siendo el bien jurídico tutelado en este tipo penal lesionado por la conducta de los funcionarios o servidores públicos desde dentro, es decir, por los *intraneus*. Consecuentemente, el particular al carecer de un supuesto de hecho fundamental para la estructuración típica de la conducta, gozar de la calidad de funcionario o servidor público, no puede ser autor material del delito de peculado. Recurso de Nulidad N° 027-2004 Sullana-Piura del 11/10/2004. (Urquiza, 2016, p.382)

- **EL DELITO DE PECULADO ES UN DELITO PLURIOFENSIVO**

El delito de peculado es un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobra en dos objetivos específicos merecedores de protección jurídico-penal: a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública; y, b) evitar el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad, y el tipo penal exige para su configuración que el funcionario o servidor público se apropie o utilice, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le estén confiados por razón de su cargo. Recurso de Nulidad N°1601-2006-Huaura, del 28-01-2009. Primera Sala Penal Transitoria. (Caro, 2016, p.647)

- **EXIGENCIA DE VÍNCULO FUNCIONAL PARA CONFIGURACIÓN DE DELITO DE PECULADO**

“(...) La acusada (...) al tiempo de los hechos se desempeñó en el Núcleo Ejecutor del Proyecto PESR-RURAL como Inspector Técnico, de lo que se desprende que sus funciones se circunscribían a la verificación de la realización de la obra y no al manejo de información contable sobre la misma, funciones que correspondían al Inspector Administrativo como se especificó en el Convenio (...), pues era responsable solidario con el núcleo ejecutor por la buena ejecución del Proyecto; que, por tanto, la calidad especial exigida para el agente de peculado no se tipifica dentro de la labor técnica que desempeñó y para la que fue contratada, es decir, no existió vínculo funcional con los caudales que fueron entregados por FONCODES al citado proyecto; que, en consecuencia, no le son atribuibles los

cargos imputados en la acusación.” Recurso de Nulidad N°840-2009-Huánuco, del 06-07-2010. Sala Penal Permanente. (Caro, 2016, p.650)

- **EN EL PECULADO CULPOSO SE PRESENTA UNA INFRACCIÓN DEL DEBER DE CUIDADO DE LOS BIENES: NO SE CUMPLIÓ CON VERIFICAR DEBIDAMENTE EL CONTENIDO DE LOS BIENES QUE SE RECIBÍAN**

El delito de peculado culposo (...) se configura cuando el funcionario o servidor público por su descuido da ocasión a la sustracción del bien por un tercero, esto es, se presenta una infracción del deber de cuidado de los bienes o caudales que se le entregaron por razón de su cargo o función, esa infracción debe producir un resultado típico -pérdida del bien por sustracción dolosa de un tercero- y una relación de antijuricidad -esto es, que el resultado se deba a la infracción del deber de cuidado-; (...) los encausados (...) admitieron que no cumplieron debidamente sus funciones de verificar el contenido de las cajas que recibían, para determinar si contenían los productos que se indican en las guías de remisión (tampoco comunicaron a sus superiores de tal donación, no efectuaron el inventario respectivo y tampoco verificaron las cajas que recibían), motivo por el cual se configura la infracción del deber de cuidado que originó la pérdida de los productos que se detallan en la pericia contable. Recurso de Nulidad N° 2674-2009-Cajamarca, del 15-07-2010. Sala Penal Permanente. (Caro, 2016, p.647)

- **FUNCIONARIOS COMETEN PECULADO CULPOSO AL ACTUAR NEGLIGENTEMENTE Y PERMITIR QUE OTRO SE APROPIE DE BIENES DEL ESTADO.**

En relación al delito de peculado culposo, de la revisión de los autos se verifica que la encausada (administradora) y los coencausados (jefes de las áreas de almacén y logística) actuaron con negligencia en el cumplimiento de sus funciones al no haber tomado las precauciones debidas de supervisar el correcto manejo del material (tuberías) que fue recibido por su encausado (...); que, en efecto, a dicha conclusión se arriba si se tiene en cuenta las funciones administrativas que dichos imputados debían cumplir conforme se aprecia del Manual de Organización y Funciones (de la entidad); que el actuar negligente de dichos encausados permitió que el encausado (...) se apropie para sí de modo sistemático de los bienes del Estado, generando un detrimento en su patrimonio, pues los tres imputados tuvieron la posibilidad de supervisar, vigilar, y custodiar que los bienes del Estado sean debidamente retirados para las obras en las que debían utilizarse, empero, al no haber cumplido con sus funciones administrativas, permitieron la apropiación por parte de otra persona. Recurso de Nulidad N° 550-2011-Cusco, del 16-09-2011. Sala Penal Transitoria. (Caro, 2016, p.648)

- **PECULADO CULPOSO: BIEN JURÍDICO, ELEMENTOS TÍPICOS, CONSUMACIÓN, RELACIÓN FUNCIONAL.**

En la modalidad de peculado culposo es un presupuesto necesario para que opere, el comportamiento típico culposo de quien se halle en posesión, en virtud a los deberes o atribución del cargo, y la existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales o efectos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón del cargo (esto ha permitido sostener a nivel doctrinario que el peculado trasciende la simple esfera patrimonial, siendo más una violación flagrante a los deberes de

garantía y confianza asumidos por el funcionario o servidor en razón a su cargo). Hecho que se ha consumado con la conducta del imputado, ya que al no tener el cuidado debido en la custodia de los caudales del Estado y brindar las seguridades del caso, así como el no haber efectuado el depósito oportuno al Banco de la Nación para el pago de los ESER- provincias (Estación de Control del Espectro Radioeléctrico) ha operado que en dicho ínterin se haya sustraído el dinero (...). Exp. N° 00084-2011-2-1826-JR-PE-02, Sentencia del 25-11-2011. Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos de la Corte Superior de Justicia de Lima. (Caro, 2016, p.663)

3.10.2 ACUERDOS PLENARIOS DE LA CORTE SUPREMA

- **DEFINICIÓN Y ESTRUCTURA TÍPICA DEL DELITO DE PECULADO CULPOSO**

Respecto a la conducta culposa, es de precisar que dicha figura no está referida a la sustracción por el propio funcionario o servidor público de los caudales o efectos, se hace referencia directamente a la sustracción producida por tercera persona, aprovechándose del estado de descuido imputable al funcionario o servidor público. Es decir, se trata de una culpa que origina (propiciando, facilitando, permitiendo de hecho) un delito doloso de tercero; sea que lo sustrajo con la intención de apropiación o de utilización, sea que obtuvo o no un provecho. El tercero puede ser un particular u otro funcionario o servidor público que no tenga la percepción, administración o custodia de los bienes sustraídos, no se castiga la sustracción de caudales o

efectos, sino el dar lugar culposamente a que otro lo sustraiga dolosamente.

En el peculado culposo debe tenerse en cuenta: La sustracción y la culpa del funcionario o servidor público como elementos componentes típicos de esta figura penal, describiéndolas como: **a) la sustracción**: entendiéndosela como el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la Administración Pública, por parte de un tercero, que se aprovecha así del estado de culpa incurrido por el funcionario o servidor público; **b) la culpa del funcionario o servidor público**: culpa es un término global usado para incluir en él todas las formas conocidas de comisión de un hecho, diferentes al dolo, la fuerza mayor y el caso fortuito. Habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando este no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones, vale decir cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio. Acuerdo Plenario 4-2005/CJ -116 del 30-09-2005. Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitoria. (Caro, 2016, p.642-643)

- **PARA LA COMISIÓN DEL DELITO DE PECULADO NO SOLO ES NECESARIO COMPROBAR LA CUALIDAD DEL AUTOR, SINO LAS OTRAS EXIGENCIAS TÍPICAS, COMO LA VINCULACIÓN FUNCIONAL CON EL OBJETO**

El autor del delito -de infracción de deber- no puede ser cualquier persona, sino sólo aquél funcionario o servidor público que ocupa un status especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que no tiene ninguna trascendencia jurídica, pues el

fundamento está construido por la posición que domina en relación al deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la Administración Pública y con los bienes que se encuentran bajo su ámbito. En este espacio, por ejemplo, deberá disponer correctamente del patrimonio estatal que administra.

Por consiguiente, el funcionario o servidor público, en tanto en cuanto su responsabilidad penal se sustenta en la infracción del deber, siempre será autor del delito contra la Administración Pública, sin perjuicio -claro está- de los diferentes presupuestos que también se requieran para determinar la autoría de cada injusto, como por ejemplo en el delito de peculado, que exige además el vínculo funcional con el objeto. Acuerdo Plenario 2-2011/CJ -116 del 06-12-2011. VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitoria. (Caro, 2016, p.643)

3.11 DERECHO COMPARADO

1. Argentina (1984)

Artículo 261°

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

Artículo 262°

Será reprimido con multa del veinte al sesenta por ciento del valor substraído, el funcionario público que, por imprudencia o negligencia o por inobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo, diere ocasión a que se efectuare por otra persona la substracción de caudales o efectos de que se trata en el artículo anterior.

2. Colombia (2000)**Artículo 400°**

El servidor público que respecto a bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, por culpa dé lugar a que se extravíen, pierdan o dañen, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por el mismo término señalado.

3. Chile (1874)**Artículo 233°**

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

1.- Con presidio menor en su grado medio y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si la sustracción excediere de una unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales.

2.- Con presidio menor en su grado máximo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si excediere de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta unidades tributarias mensuales.

3.- Con presidio mayor en su grado mínimo a medio y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si excediere de cuarenta unidades tributarias mensuales. En todos los casos, con la pena de inhabilitación absoluta temporal en su grado mínimo a inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos.

Artículo 234°

El empleado público que, por abandono o negligencia inexcusables, diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos o de particulares de que se trata en los tres números del artículo anterior, incurrirá en la pena de suspensión en cualquiera de sus grados, quedando además obligado a la devolución de la cantidad o efectos sustraídos.

4. Bolivia (1972)

Artículo 142°

El funcionario público que, aprovechando del cargo que desempeña se apropiare de dinero, valores o bienes de cuya administración, cobro o custodia se hallare encargado, será sancionado con privación de libertad de tres a ocho años y multa de sesenta a doscientos días.

Artículo 143°

El funcionario público que culposamente diere lugar a la comisión de dicho delito, será sancionado con prestación de trabajo de un mes a un año y multa de veinte a cincuenta días.

CAPÍTULO IV

ANÁLIS DEL PROBLEMA

A fin de darle solución al problema que surge al determinar la autoría y participación en el delito de peculado culposo se deben aplicar los fundamentos de la teoría de la infracción de deber, de tal manera que autor del referido delito solo podrá ser aquel funcionario o servidor público que infringe deberes funcionales que le han sido conferidos, y que posee vinculación funcional con los caudales estatales mediante percepción, administración o custodia.

En palabras de Peña Cabrera en el caso del peculado culposo, no se admiten formas de participación delictiva, a quien interviene en la modalidad imprudente del peculado, sustrayendo los caudales y/o efectos, careciendo de la vinculación funcional con los mismos, sólo se le puede atribuir la comisión de un delito común y no del delito especial propio en análisis. (Peña Cabrera, 2017, p. 11).

En ese sentido, el tercero que puede tratarse de un funcionario público o un particular que sustrae caudales o efectos estatales aprovechándose del descuido del funcionario o servidor que tenía dichos bienes bajo su custodia, responderá como autor de un delito común como es el delito de hurto, ya que al no haber infringido deber especial alguno no se le puede atribuir el delito de peculado culposo.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES

1. La autoría de un delito no necesariamente se determina por el criterio del dominio del hecho, ya que existen delitos contra la administración pública como el ilícito penal de peculado culposo que implican que el autor tenga un deber de garante, no importando si éste ha tenido o no dominio del hecho, y que al vulnerar este deber se convierte en autor del delito, en cuyo caso se aplicaría la teoría de infracción de deber, la misma que ha sido aceptada por nuestra jurisprudencia y legislación penal.

2. El delito de peculado culposo es un delito de infracción de deber donde el autor además de tener una cualidad especial que es la de ser funcionario o servidor público, debe tener la calidad de garante de los caudales o efectos estatales, dicho deber deriva de la vinculación funcional del funcionario público con el bien estatal que se encuentra bajo su percepción administración o custodia, asimismo la referida vinculación deberá estar previamente establecida en normas extrapenales.

3. En cuanto a la determinación del grado de responsabilidad penal del tercero que sustrae el bien estatal aprovechando el descuido del funcionario o servidor público que posee relación funcional con dicho bien, se le imputará la autoría de un delito común como el delito de hurto. Ello, debido que si bien es cierto que llevó a cabo los actos de sustracción, no recae en su persona el deber de protección y salvaguarda del bien estatal, al que sí está obligado el funcionario o servidor público, quien responderá como autor del delito de peculado culposo.

CAPÍTULO VI

RECOMENDACIONES

1. Se ha determinado en la jurisprudencia penal nacional que la vinculación funcional de los sujetos públicos y los caudales estatales en el delito de peculado culposo se sustenta en las funciones establecidas en reglamentos formales de cada institución pública, pero también dicha relación funcional puede basarse en actos de posesión directa de los caudales públicos; aspecto que debe ser meritudo por los operadores de justicia a fin de no dejar impunes ilícitos contra la administración pública, que afectan seriamente a la sociedad en general.
2. A partir de los fundamentos de la teoría de la infracción del deber se ha establecido que sólo podrá ser autor de peculado culposo aquel que tenga la calidad funcionario o servidor público, que tiene una relación funcional con el caudal público y que por su negligencia infringe un deber especial; no pudiendo imputársele este delito a un tercero que no reúne estas condiciones, cuyos actos de sustracción del bien público configurarían un delito común; cuestión a tener en cuenta a fin de realizar una correcta imputación y una adecuada teoría del caso.
3. Se requiere que los operadores de justicia, jueces, fiscales y abogados tengan capacitación especializada en delitos contra la Administración Pública para evitar dificultades en la interpretación de los tipos penales, ya que se trata de delitos de naturaleza compleja, máxime si los referidos injustos penales debilitan la confianza de los ciudadanos hacia la institucionalidad democrática, afecta el progreso socio-económico y retrasa la posibilidad de los ciudadanos de alcanzar una vida más digna.

CAPÍTULO VII

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Caro, J. A. (2016). *Summa Penal*. Lima, Perú: Nomos y Thesis.
- Nakazaki C., Hugo, J., Cabrera, A., Huarcaya, B., Cáceres, R., Hugo, S.,...Calderón L. (2016). *Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Peña Cabrera, A. R. (2016). *Derecho Penal Parte Especial. Tomo V*. Lima: Idemsa.
- Reátegui, J. (2017). *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. Lima: Jurista Editores.
- Rojas, F. (2007). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Grijley.
- Rojas, F. (2017). *Manual Operativo de los Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*. Lima: Nomos & Thesis.
- Salinas, R. (2016). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Iustitia.
- Urquiza, J. (2016). *Código Penal Práctico*. Lima: Gaceta Jurídica.

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS

- Abanto, M. (2016) Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción de deber. Recuperado de:
<http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/9.1abanto-vasquez.pdf>
- Peña Cabrera, A. R. (2017). Diferencia del delito de peculado doloso con el de Peculado Culposo, desde una mirada jurisprudencial. Recuperado de:
https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3267_peculado_pena_cabrera.pdf

Salinas, R. (2017). La teoría de infracción de deber en los delitos de corrupción de funcionarios, p.9-10. Recuperado de:

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e741c08041bf820599c2ff49cfa7f5d/LA+TEOR%C3%8DA+DE+LOS+DELITOS+DE+INFRACCI%C3%93N+DE+DEBER1-SALINAS.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e741c08041bf820599c2ff49cfa7f5d>

ANEXOS

En este punto se desarrolla un proyecto de sentencia en base a hechos ficticios, a partir de los fundamentos del Recurso de Nulidad N° 1229-2010-Loreto emitido por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de fecha 01 de junio del 2011. (Caro, 2016, p.649)

PROYECTO DE SENTENCIA

RECURSO DE NULIDAD N° 2120-2018 HUAURA

PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SUMILLA: Peculado culposo agravado, circunstancia agravante: cuando los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales (desastre natural).

Lima, dos de junio de dos mil dieciocho

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por el acusado Juan Carlos Ramírez Quispe contra la sentencia de fojas novecientos cuarenta y ocho, expedida el treinta de octubre de dos mil dieciséis, en el extremo que lo condena como autor del delito contra la Administración Pública -peculado culposo agravado- en agravio de INDECI (Instituto Nacional de Defensa Civil), imponiéndole tres años de pena privativa de libertad suspendida por el período de prueba de dos años, bajo

el cumplimiento de reglas de conducta; interviniendo como ponente la señorita Jueza Suprema Bertila Urbano Yábar.

CONSIDERANDO:

PRIMERO. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El procesado Juan Carlos Ramírez Quispe en su recurso formalizado a fojas novecientos sesenta y seis, solicita se le absuelva de los cargos formulados en su contra, alegando lo siguiente:

- 1.1 El ingeniero José Luis Tello Miranda en su informe número setenta y cuatro - dos mil diez - ODC-GRNGMA- GRL, da cuenta del apoyo logístico a los damnificados de la Comunidad de Manco Cápac y Chambara, asimismo refiere que su institución no fue agraviada sino que estos hechos se deben a una entrega tardía de materiales.
- 1.2 La demora en la entrega de estos bienes se debe a hechos ajenos a su voluntad y que al tener conocimiento de ello actuó inmediatamente para sancionar a los responsables. En ese mismo sentido han declarado en juicio oral los señores Rafael Jiménez Borja, Jefe de Abastecimiento de la Municipalidad, y Ana López Chávez Técnico Administrativo de la Oficina de Abastecimiento, quien manifiesta que no le comunicaron oportunamente, dando ello lugar a que se les iniciara un proceso administrativo ya que incurrieron en falta grave.
- 1.3 Finalmente, afirma que la pericia es determinante para demostrar si hubo perjuicio o no al Estado. En el caso en concreto la pericia valorativa sobre los supuestos bienes apropiados, no determinan que el recurrente haya sido la persona que cometió tal delito en agravio de INDECI.

SEGUNDO. CONTENIDO DE LA ACUSACIÓN

Del tenor de la acusación fiscal de fojas quinientos cincuenta y ocho, trasciende como sustento fáctico de la imputación, lo siguiente:

2.1 Juan Carlos Ramírez Quispe, en su condición de Alcalde y Presidente del Comité Distrital de Defensa Civil del Distrito de Sayán, y Roberto Suarez Méndez, como Secretario Técnico del Comité Distrital de Defensa Civil del mismo distrito, se habrían apropiado indebidamente de setenta y cinco planchas de calamina, de una y media bovina de plástico y ochenta y siete raciones de alimentos fríos, donados por el Comité de Defensa Civil, recepcionados por el Municipio mediante Pecosa número cero cero cero seiscientos setenta y ocho del dieciocho de marzo del dos mil once: bienes asistenciales que no fueron entregados oportunamente a los damnificados de la Comunidad de Sayán.

TERCERO. FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

3.1 En el presente caso cabe señalar que luego de que el recurrente Juan Carlos Ramírez Quispe fue acusado bajo la calificación jurídica de peculado doloso -fojas quinientos cincuenta y ocho- en la sentencia recurrida se procedió a la desvinculación atendiendo a que la conducta del citado encausado se encuentra prevista en el último párrafo del artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal.

3.2 En lo concerniente a la adecuación del tipo penal -de peculado doloso a peculado culposo agravado- importa una modificación de la calificación jurídica de los hechos, conforme a los alcances del Acuerdo Plenario cuatro- dos mil siete/CJ- ciento dieciséis, que en su fundamento jurídico doce, precisa que no es necesario que la Sala Superior haya planteado la tesis de la desvinculación; que en el presente caso es de significar que ha sido el acusado Juan Carlos Ramírez Quispe quien incorporó tácitamente una distinta calificación jurídica, ante su versión respecto de

los hechos que se le atribuyen, puntualizados en la sesión de fecha treinta y uno de marzo de dos mil dieciséis- ver acta de fojas setecientos cincuenta y cuatro- audiencia en la que al preguntársele si actuó con negligencia sostuvo “así es, me he atrasado en la función que me correspondía (...) pero no me he apropiado”.

- 3.3** En efecto, como se ha indicado al proceder la Sala de la forma antes descrita no ha vulnerado el principio acusatorio, ni el derecho de defensa, en tanto ello no implica una alteración de los hechos incriminados sino solo un cambio de lo esencial con idéntico bien jurídico al del delito acusado, el que es de menor gravedad. Asimismo, el evento objeto de la condena integró el debate contradictorio en la medida que el delito de peculado culposo agravado tiene como presupuesto la acreditación de la vulneración del deber de control sobre los caudales y efectos del Estado por parte del funcionario público; por lo que se concluye que la desvinculación se encuentra arreglada a ley.
- 3.4** La incursión en el delito objeto de condena está acreditada con el acta de entrega/recepción de fecha dieciocho de marzo de dos mil once- obrante a fojas treinta y seis- en la que se detalla la recepción por parte de la Municipalidad (suscrita por el procesado) de noventa planchas de calamina galvanizada, una y media bovina de plástico y ochenta y siete raciones frías de alimentos, en calidad de donación provenientes del Almacén de la Dirección Desconcentrada de INDECI- Lima, dirigida a cubrir los estragos producidos por el huaico ocurrido en el lugar ante la necesidad de apoyo logístico en las Comunidades de Manco Cápac y Chambara, ambas jurisdicción del Distrito de Sayán, Provincia de Huaura, desde el doce de marzo del dos mil once, conforme se comprueba con los informes números ciento cuatro y ciento cinco -dos mil once INDECI/DDI-L de fojas ciento diez y ciento catorce.

- 3.5** Asimismo, con las actas de Entrega y Recepción, fechadas el quince de mayo del dos mil once (véase fojas treinta y tres y treinta y ocho), en la que se aprecia que el citado apoyo logístico fue entregado meses después de su recepción, verificándose que no eran los mismos bienes provenientes de INDECI sino otros; ello, orientado esencialmente a ocultar la apropiación de los bienes donados que ya se había producido.
- 3.6** En lo concerniente a la circunstancia agravante del delito de Peculado Culposo -previsto en la última parte del cuarto párrafo del artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal- se configura cuando “los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social”. Que, en el presente caso esta circunstancia se encuentra acreditada con los Informes números ciento cuarenta y cinco y ciento cincuenta y dos mil once INDECI/DDI-L, precedentemente aludidos, dirigidos al Director de la Dirección Desconcentrada del INDECI-Lima, a través del cual se pone en conocimiento el Informe de Evaluación de Daños ocurridos en las Comunidades de Manco Cápac y Chambara, señalándose las necesidades de apoyo logístico a favor de las familias damnificadas por dicho desastre natural, por lo que, encontrándose estos orientados a salvaguardar sus carencias, su conducta se encuadra dentro de la agravante específica para el tipo penal de Peculado.
- 3.7** En lo atinente a la responsabilidad penal del encausado Juan Carlos Ramírez Quispe, se advierte lo siguiente: *i)* que, la apropiación se produjo cuando Roberto Suarez Méndez ocupaba el cargo de Secretario Técnico del Comité de Defensa Civil del Distrito de Sayán; *ii)* que, tal como emerge del Acta de entrega y recepción del material logístico de fecha quince de mayo del dos mil once, que obra a fojas treinta y ocho, el recurrente Juan Carlos Ramírez Quispe aparece suscribiendo dicho documento en señal de conformidad, no obstante que nunca estuvo

presente en dicho acto, versión que se encuentra acreditada con la declaración de los testigos Rubén Estrada Dávalos, Simón Balta Cahuana, Julia Andrade Llanos, Bertha Lucas Dámaso, Hugo Delgado Pozo, Francisco Mendoza Pérez, Renzo Mendoza Pérez, verificada con la diligencia de Inspección Ocular -ver acta de fojas cuatrocientos cuarenta y uno-, además de la testimonial de Adriano Ruiz Salvador-Secretario Técnico del Comité Provincial de Defensa Civil de la Provincia de Huaura (véase fojas cuatrocientos ochenta)-; *iii*) con la declaración del procesado Juan Carlos Ramírez Quispe prestada en el plenario -ver acta de fojas setecientos cincuenta y cuatro-, audiencia en la que admite haberse retrasado en la función que le correspondía, negando haberse apropiado de los bienes.

3.8 De lo investigado se tiene que el procesado, en virtud, no solamente de su condición de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Sayán sino además de Presidente del Comité Distrital de Defensa Civil, incumplió los actos propios de su función inherentes al cargo, permitiendo que su coencausado Roberto Suarez Méndez -secretario técnico- dispusiera de los materiales que fueron oportunamente proporcionados por INDECI para cubrir las necesidades logísticas que venían afrontando los habitantes de la Comunidad de Manco Cápac y Chambara ante el huaico sufrido con afectación de sus viviendas.

3.9 En relación a que los hechos configuran una entrega tardía de los materiales, de acuerdo al informe emitido por el ingeniero José Luis Tello Miranda; de lo actuado se evidencia que en efecto el Oficio número setecientos cincuenta y siete -dos mil once- INDECI/DDI-L- corriente a fojas trescientos noventa y seis- da cuenta del cumplimiento del apoyo logístico a favor de los damnificados de la Comunidad de Manco Cápac. Sin embargo, como se señala en dicha instrumental ésta no realizó con la urgencia que requería el caso, ello si se tiene en consideración que ésta se produjo el dieciocho de marzo del dos mil once, en tanto que la

entrega al destinatario final, se materializó recién el quince de mayo del mismo año, lo que no se condice con la urgente necesidad que afrontaban los damnificados frente al huaico del que fueron víctimas, lo que se corrobora de los informes números ciento cuatro y ciento cincuenta mil once INDECI/DDI-L, del doce de marzo del dos mil once-que obran a fojas ciento diez y ciento catorce- dirigidos al Director de la Dirección Desconcentrada del INDECI de Lima; máxime si, de acuerdo con lo declarado por los damnificados Hugo Delgado Pozo, Francisco Mendoza Pérez, Renzo Mendoza Pérez- ver declaraciones de fojas doscientos setenta y cinco, doscientos setenta y siete, doscientos setenta y nueve-, así como por el testigo Julio Peña Flores- fojas doscientos setenta-, y por el Secretario Técnico del Comité Provincial de Defensa Civil, Adriano Ruiz Salvador- Acta Fiscal que corre a fojas ciento veintitrés, declaración de fojas cuatrocientos ochenta-; los bienes que les fueron alcanzados no contaban con el sello o el logotipo de INDECI, no siendo los mismos que entregaba dicha institución estatal oficialmente -verificado *in situ*, según Acta de Inspección Ocular de fojas cuatrocientos cuarenta y uno.

- 3.10** Los hechos señalados anteriormente permite establecer de manera suficiente que los bienes fueron objeto de apropiación por tercera persona, incorporándolo a su patrimonio personal, habiéndose procedido a cubrir éstos con otros de la misma naturaleza, lo que resulta irrelevante para la configuración del injusto penal afflictivo a los intereses patrimoniales del Estado; es decir, con la apropiación de los materiales de propiedad de la institución estatal se consuma el delito materia análisis, con prescindencia de la reposición de éstos- con otros iguales o de similares características-, que eventualmente signifiquen una desfiguración del perjuicio ocasionado, pretendiendo alegar un cumplimiento tardío de sus funciones, no obstante que la afectación se

concretizó al no haberse acudido oportunamente a las familias afectadas pertenecientes a las comunidades (Manco Cápac y Chambara).

- 3.11** En cuanto a lo esgrimido por el encausado en el sentido que la demora en la entrega de los bienes se produjo por causas ajenas a su voluntad; se tiene que el fundamento de la imputación por el delito de peculado culposo agravado, ciertamente reside en la ausencia de voluntariedad que gobierne la conducta del acusado respecto a la apropiación de los materiales destinados a los damnificados de las Comunidades de Manco Cápac y Chambara, teniendo en consideración que su conducta no comporta la intención de apropiarse de los bienes, sino que se sustenta en la inobservancia de un deber de cuidado inherente a su condición de Alcalde de la Municipalidad de Sayán, propiciando con ello que el tercero concretizara la apropiación de los materiales destinados a las indicadas poblaciones afectadas.
- 3.12** Que, en lo pertinente a que la pericia es determinante para demostrar el perjuicio causado al Estado; se tiene que el Informe Pericial de Valorización anexo en autos a fojas ochocientos noventa y tres, cuantifica el monto de los bienes apropiados; dictamen que ha sido objeto de ratificación en el acto oral por los peritos suscriptores- fojas novecientos doce-.
- 3.13** Finalmente, la sanción impuesta al procesado Juan Carlos Ramírez Quispe -tres años de pena privativa de libertad suspendida -si bien se encuentra dentro del marco punitivo que conmina el tipo penal de peculado culposo agravado previsto en el artículo trescientos ochenta y siete –último párrafo- del Código Penal, y que la determinación cuantitativa de la reparación civil fijada -trescientos nuevos soles-, no guarda correspondencia con la naturaleza y entidad del daño ocasionado; sin embargo, en autos se tiene que el fallo ha sido

impugnado únicamente por el sentenciado Juan Carlos Ramírez Quispe, por lo que este órgano revisor no se encuentra habilitado para incrementarla, en tanto entrañaría una agravación sobre la situación del recurrente, la cual se encuentra proscrita en virtud del principio de interdicción de la reforma peyorativa.

DECISIÓN

Por ello los integrantes de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia declararon: **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas novecientos cuarenta y ocho, del treinta de octubre de dos mil diez, en el extremo que condenó a Juan Carlos Ramírez Quispe como autor del delito contra la Administración Pública- peculado culposo agravado- en agravio de INDECI, imponiéndole tres años de pena privativa de libertad suspendida por el período de prueba de dos años, bajo el cumplimiento de reglas de conducta; con lo demás que dicha sentencia contiene y es materia de recurso y los devolvieron. Intervinieron los señores Neyra Flores y Cevallos Vega por licencia de los señores Prado Saldarriaga y Príncipe Trujillo.-

SS.

LECAROS CORNEJO

BARRIOS ALVARADO

NEYRA FLORES

CEVALLOS VEGA

VILLA BONILLA